

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 25 n. 1, mar. 2021

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA

REITOR

Prof. Dr. Sérgio Carlos de Carvalho VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfieri

Diretora de Pós-Graduação: Prof^a Silvia Marcia Ferreira Meletti Diretora de Pesquisa: Prof. Arthur Eumann Mesas

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

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

Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno Chefe do Departamento de

Direito Público: Profa. Ms. Nélia Edna Miranda Batisti

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

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

Scientia Iuris : revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL / Departamento de
Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados,
Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997) -
. – Londrina : Ed. da UEL, 1997- .
v. ; 22 cm

Periodicidade quadrimestral a partir de 2016.
Descrição baseada em: Vol. 25, N. 1 (mar 2021).
ISSN 2178-8189

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais
Aplicados. Departamento de Direito Público. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de
Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Privado.

34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

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 / Indexed in: Base de Dados RVBI (Senado Federal) - DOAJ (Directory of Open Access Journals) - LATINDEX
- vLex (Espanha) - SHERPA RoMEO (Inglaterra) - Portal de Periódicos CAPES (Brasil) - WorldCat (EUA) - EZB (Alemanha)
- TULIPS-LinKer (Japão) - Scirus (Holanda) - Aladin (EUA) - NewJour (EUA) - VUBIS (Bélgica) - CCN - BASE (Alemanha) -
LivRe (Brasil) - RCAAP (Portugal).

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 25, n. 1, mar 2021

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA

SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Editora / Editor
Tânia Lobo Muniz
Titulares:

Cláudio Ladeira de Oliveira (Universidade Federal de Santa Catarina /SC) Gilvan Luiz Hansen
(Universidade Federal Fluminense/RJ)
Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP) Jussara Suzi Assis Borges Nassar
Ferreira (Universidade de Marília/SP) Luis María Chamorro Coronado (Universidad Rey Juan Carlos /
Espanha)

Luiz Otávio Pimentel (Universidade Federal de Santa Catarina/SC) Priscila Machado Martins
(Universidad Central de Chile/Chile) Sérgio Alves Gomes (Universidade Estadual de Londrina/PR)

Assessoria Técnica:

Bruna Faria, Eduardo Bueno Rodrigues, Indyanara Cristina Pini, Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi,
Letícia Rodrigues e Silva, Mylena de Souza Santos, Natali Silvana Zwaretch.

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

DR. CARLOS ALBERTO PEREIRA DAS NEVES
BOLONHA (UFRJ)
DR. JAYME BENVENUTO (UFPE)
DR. SAULO NUNES DE CARVALHO ALMEIDA
(UNIFOR)
REGINA CÉLIA MARTINEZ (FMU)
DR. JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA
JUNIOR (FEMA)
DR. CRISTÓVÃO JOSÉ DOS SANTOS JÚNIOR
(UFBA)
DR. LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA (UEL)
DR. MATEUS DE OLIVEIRA FORNASIER
(UNIJUÍ)
DRA. LUIZA VIEIRA SÁ DE FIGUEIREDO
(ENFAM/DF)
DR. ELOI MARTINS SENHORAS (UFRR)
DR. ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR (UIT)
DR. ROGERIO MONTAI DE LIMA (UNIR)

DRA. MARGARETH VETIS ZAGANELLI
(UFES)
DRA. SALETE ORO BOFF (UFPEL)
DRA. THAMI COVATTI PIAIA (URI)
DR. EDSON DAMAS DA SILVEIRA (FCBV)
DR. GILBERTO FACHETTI SILVESTRE
(UFES/ES)
DR. SILVIO ROMERO BELTRÃO (UFPE)
DRA. THAIS MAGANHINI (UNIR)
DRA. JULIANE CARAVIERI MARTINS (UFU)
DRA. CRISTINA DE SETA (UFRJ)
DRA. EDNA HOGEMANN (UNIRIO)
DR. GUSTAVO DA OLIVEIRA (USP)
DR. NELSON SILVA (UNIVEM)
DR. DANIEL BORGES (UNESP)
DR. RUBENS BEÇAK (USP)
DR. HENRIQUE PEREIRA (USP)
DR. ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR (UIT)

Curso de Mestrado em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil

Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br

Home page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
CONTROLE DE INTEGRIDADE DE AÇÕES PÚBLICAS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19.....	10
PUBLIC ACTION COMPLIANCE DURING THE COVID-19 PANDEMIC	
<i>Luciana Cristina de Souza e Fabiola Fonseca Fragas de Almeida</i>	
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, ROBÓTICA E O LADO OCULTO DE UM FUTURO SEM EMPREGOS: O INESPERADO PAPEL DA TRIBUTAÇÃO DE ROBÔS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	29
ARTIFICIAL INTELLIGENCE, ROBOTICS AND THE HIDDEN SIDE OF A FUTURE WITHOUT JOBS: THE UNEXPECTED ROLE OF ROBOT TAXATION IN THE LIGHT OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW	
<i>Saulo Nunes de Carvalho Almeida</i>	
A JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES RELATIVAS À RECUSA DO ESTADO EM FORNECER MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO.....	49
THE JUDICIALIZATION OF ISSUES RELATING TO THE STATE'S REFUSAL TO PROVIDE HIGH-COST DRUGS	
<i>Daniel Marinho Corrêa e Ana Cláudia Zuin Mattos do Amaral e Roberto Wagner Marquesi</i>	
SOCIEDADE LIMITADA E EIRELI: UMA ANÁLISE SOBRE A DIVISÃO DOS RESULTADOS.....	68
LIMITED LIABILITY COMPANY AND EIRELI: AN ANALYSIS OF THE DIVISION OF PROFIT	
<i>Simone Menezes Gantois e Leonardo Sant'anna</i>	
A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ANÁLISE DO CASO DOS PLANOS ECONÔMICOS	87
THE (IN)AVAILABILITY OF TRANSINDIVIDUAL RIGHTS IN CLASS ACTIONS: ANALYSIS OF THE CASE OF ECONOMIC PLANS	
<i>Oniye Nashara Siqueira e Zaiden Geraige Neto</i>	
PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO CRITÉRIO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL EM RELAÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS.....	109
SOLIDARITY PRINCIPLE AS A CRITERION FOR APPLYING THE PRINCIPLE OF BANNING SOCIAL REGRESSION IN RELATION TO SOCIAL RIGHTS	
<i>Guilherme Camargo Massau</i>	
O DESAFIO DO PROJETO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES COM VISTAS À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: O DIÁLOGO COMPETITIVO.....	128
THE CHALLENGE OF THE NEW BIDDING LAW BILL IN LIGHT OF PARTICIPATORY DEMOCRACY: THE COMPETITIVE DIALOGUE	
<i>José Eduardo Costa Devides e Jefferson Aparecido Dias e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer</i>	
DESOBEDIÊNCIA CIVIL E (IN)EFICÁCIA: UMA ANÁLISE DO MOVIMENTO INDÍGENA CONTRA A PEC N. 215/2000.....	144
CIVIL DISOBEDIENCE AND (IN)EFFICIENCY: AN ANALYSIS OF THE INDIGENOUS MOVEMENT AGAINST PEC N. 215/2000	
<i>Michelle Alves Monteiro e Luana Marina dos Santos e Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff</i>	

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA SOB A PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....163
 THE MONETARY RESTATEMENT OF THE PUBLIC TREASURY DEBTS UNDER THE PERSPECTIVE OF THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT

Amanda Karolini Burg e Everton das Neves Gonçalves e Lisandro Fin Nishi

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA: A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO178
 POLICY JUDICIALIZATION AND DEMOCRACY: THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION UNTIL THE THIRD MONTH OF PREGNANCY

Jânio Pereira da Cunha e Roberta Pessoa Moreira

RESENHAS|REVIEWS200
 A CIDADE PERIFÉRICA E AS INFLUÊNCIAS TEÓRICAS DA NOVA ESCOLA DO URBANISMO BRASILEIRO200
 THE PERIPHERAL CITY AND THEORETICAL INFLUENCES OF BRAZILIAN'S NEW SCHOOL OF URBANISM

Rodolfo Carvalho Neves dos Santos

OS DESPOSSUÍDOS: DEBATES SOBRE A LEI REFERENTE AO FURTO DE MADEIRA.....203
 THE DISPOSSESSED: LAW DEBATES REGARDING THE THEFT OF WOOD

Vitor Gabriel Garnica

EDITORIAL

Prezado Leitor, seja bem vindo!

A Revista Scientia Iuris, periódico vinculado ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, com enorme satisfação divulga o Número 1 de seu 25º Volume de Edição, divulgando-o com toda comunidade acadêmica e jurídica nacional e internacional e demais interessados no estudo dos temas vinculados à nossa linha editorial.

Nossa revista enquadra-se no estrato B1 da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior) e tem por escopo a publicação de trabalhos científicos que guardem afinidade com o Direito Negocial e temas atuais, relacionados às suas linhas de pesquisa.

Com o apoio de nosso corpo editorial sempre comprometido com os padrões de qualidade do periódico, reiteramos o compromisso com a periodicidade quadrimestral, a seriedade da avaliação às cegas, o respeito às normas estabelecidas pelo Qualis CAPES continuam sendo rigorosamente cumpridos, de forma a manter o padrão de excelência de uma revista científica de relevância como a nossa.

O atual Volume, conta com duas resenhas: A cidade periférica e as influências teóricas da nova escola do urbanismo brasileiro de Rodolfo Carvalho Neves dos Santos e Os despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira de Vitor Gabriel Garnica, e mais dez artigos, os quais versam sobre múltiplas áreas do direito, tais como: a) Controle de integridade de ações públicas durante a pandemia de covid-19, de Luciana Cristina de Souza e Fabiola Fonseca Fragas de Almeida; b) Inteligência artificial, robótica e o lado oculto de um futuro sem empregos: o inesperado papel da tributação de robôs à luz da análise econômica do direito, de Saulo Nunes de Carvalho Almeida; c) A judicialização das questões relativas à recusa do Estado em fornecer medicamentos de alto custo, de Daniel Marinho Corrêa, Ana Cláudia Zuin Mattos do Amaral e Roberto Wagner Marquesi; d) Sociedade Limitada e EIRELI: uma análise sobre a divisão dos resultados, de Simone Menezes Gantois e Leonardo Sant'anna; e) A (in)disponibilidade dos direitos transindividuais em ação

civil pública: análise do caso dos planos econômicos, de Oniye Nashara Siqueira e Zaiden Geraige Neto; f) Princípio da solidariedade como critério de aplicação do princípio de proibição de retrocesso social em relação aos direitos sociais, de Guilherme Camargo Massaú; g) O desafio do projeto da nova lei de licitações com vistas à democracia participativa: o diálogo competitivo de autoria, de José Eduardo Costa Devides, Jefferson Aparecido Dias e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer; h) Desobediência civil e (in)eficácia: uma análise do movimento indígena contra a PEC n. 215/2000, de Michelle Alves Monteiro, Luana Marina dos Santos e Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff; i) Atualização monetária dos débitos judiciais da Fazenda Pública sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal, de Amanda Karolini Burg, Everton das Neves Gonçalves e Lisandro Fin Nishi; j) Judicialização da política e democracia: a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, de Jânio Pereira da Cunha e Roberta Pessoa Moreira;

Diante da alta gama de assuntos extremamente relevantes ao cenário contemporâneo dos quais os artigos tratam, espera-se contribuir com conhecimento de nossos leitores diante da profundidade dada à importantes temas envolvendo o Direito Negocial. Assim, a Revista Scientia Iuris espera que o trabalho desenvolvido possa ser propagado cada vez mais, levantando questionamentos e discussões, a fim de auxiliar o desenvolvimento da ciência jurídica. Por fim, ciente que um periódico não se faz sem o constante empenho de seus colaboradores, agradecemos a todos que contribuíram com esse resultado, em especial aos nossos Autores, Avaliadores, Leitores e Assessoria Técnica... Muito Obrigada!

Uma excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

CONTROLE DE INTEGRIDADE DE AÇÕES PÚBLICAS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

PUBLIC ACTION COMPLIANCE DURING THE COVID-19
PANDEMIC

Luciana Cristina de Souza*
Fabiola Fonseca Fragas de Almeida*

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Coordenadora do Núcleo de Pesquisa da Faculdade Milton Campos (FAMC). Professora do Mestrado em Relações Econômicas e Sociais da Faculdade Milton Campos (FAMC). Professora da linha Estado Democrático e Gestão de Redes da Faculdade de Políticas Públicas da Universidade do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG). Pesquisadora FAPEMIG e CNPq. E-mail: dralucianacsouza@gmail.com

* Mestranda em Direito pela Faculdade Milton Campos (FAMC). Advogada. E-mail: fabiolafmattos@hotmail.com

Como citar: SOUZA, Luciana Cristina; ALMEIDA, Fabiola Fonseca Fragas de. Controle de integridade de ações públicas durante a pandemia de COVID-19. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 10-28, mar. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n1p10. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A corrupção representa uma preocupação global, sendo que o contexto nacional também revela uma necessidade de aprimoramento constante dos instrumentos utilizados na luta contra esse mal. O *compliance* anticorrupção, presente na Lei nº 12.846/13, desperta a importância de mudança de paradigma nas relações público-privadas, sobretudo por partir da perspectiva de autorregulação regulada. Contudo, o instituto vem sofrendo críticas e descrédito em razão dos recorrentes escândalos de corrupção, sobretudo diante das oportunidades de fraude trazidas pela pandemia de COVID-19. A partir do pensamento de Jürgen Habermas sobre ética, este artigo, utilizando o método de abordagem dedutivo, através de procedimento bibliográfico e documental, visa contribuir para uma abordagem jurídico-sociológica do instituto do *compliance* anticorrupção no cenário brasileiro, a fim de conferir-lhe maior efetividade na disseminação da cultura de integridade. Como resultado, constatou-se que a implementação dos programas de integridade pautada em um agir estratégico latente anula o seu caráter preventivo, sendo necessário desenvolver os pilares do *compliance* em um ambiente de confiança e transparência, que permita a participação de todos os envolvidos, atingindo, assim, a cooperação mútua no controle da corrupção.

Palavras-chave: Controle de integridade. Coronavírus. Corrupção. Ética. Gestão pública.

Abstract: Corruption is a global concern, and in Brazil there is a need for constant improvement of the instruments used to fight this evil. Anti-corruption compliance, present in Law 12.846/13,

awakens the importance of a paradigm shift in public-private relations, especially from the perspective of regulated self-regulation. However, the institute has been criticized and discredited due to the recurrent corruption scandals, especially given the opportunities for fraud brought by the Covid-19 pandemic. Utilizing Jürgen Habermas approach on ethics, this article, using the deductive method, with bibliographic and documentary analysis, aims to contribute to a legal-sociological approach of anti-corruption compliance in Brazil, to give it greater effectiveness in disseminating the culture of integrity. As a result, this paper finds that the implementation of compliance programs based on latent strategic action cancels out their preventive nature, which is counterproductive to the development of compliance pillars in an environment of trust and transparency, which permits the participation of all those involved, reaching thus, cooperation in the control of corruption.

Keywords: Compliance. Coronavirus. Corruption. Ethics. Public management.

INTRODUÇÃO

A corrupção, por ser um fenômeno social, mutável em razão do tempo e do espaço, demanda um conjunto de mecanismos de enfrentamento igualmente dinâmico, capaz de ser reformulado e aprimorado constantemente. Com a finalidade de efetivar uma autorregulação regulada no âmbito anticorrupção, surge o *compliance*, como uma promessa de criar um ambiente organizacional ético. Mais de meia década se passou desde a previsão expressa do mecanismo de integridade na Lei Anticorrupção brasileira, que conferiu enorme publicidade ao instituto, já bastante conhecido no cenário internacional. Contudo, revela-se no Brasil um cenário de desesperança com o *compliance*, na medida em que pessoas jurídicas empresárias praticam atos ilícitos que configuram corrupção mesmo após a adoção dos mecanismos de integridade, além dos índices preocupantes em pesquisas sobre o tema.

Trata-se de instituto cujo princípio norteador é a integridade, a qual deveria ser mantida em qualquer contexto. No entanto, verifica-se que diante do alargamento de oportunidades, o princípio é prontamente deixado de lado, dando lugar ao fenômeno da corrupção. Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) decretou situação de pandemia de Covid-19, causada pelo novo coronavírus (WATANABE, 2020). Diante da rápida propagação do vírus e do aumento no índice de letalidade, surgiu a necessidade de compras de respiradores, construção de hospitais de campanha, criação de novos leitos de unidade de tratamento intensivo (UTI), de forma emergencial. O cenário se mostrou terreno fértil para a corrupção, através de obras e suprimentos superfaturados, não deixando resquício da tão falada integridade pública e privada.

Diante dessa perspectiva, surgem os seguintes questionamentos: por que o índice de corrupção, no Brasil, não diminuiu diante da publicidade dada ao *compliance* através da Lei nº 12.846/13? Por que os casos de corrupção estão ocorrendo mesmo diante de uma situação emergencial, que exige uma postura ainda mais íntegra dos envolvidos na interação público-privada? Levanta-se a hipótese de que o descrédito do *compliance*, enquanto mecanismo preventivo à corrupção, deriva de sua adoção a partir de um agir estratégico das pessoas jurídicas de direito privado sujeitas à Lei nº 12.846/13. Logo, a observância e aplicação do pensamento de Jürgen Habermas acerca da construção da ética, pautada em um agir comunicativo, poderia conferir maior efetividade ao *compliance*, na criação de um ambiente de cooperação em prol do controle da corrupção.

O tema é atual e relevante, considerando o contexto atual em que o uso eficiente dos recursos públicos é crucial para que o Estado esteja preparado para lidar não só com a doença em situação de pandemia, mas também com os resultados que recairão na economia e demais áreas sensíveis da sociedade, o que exige uma atuação ética dos governantes e empresários nas contratações públicas. Para tanto, o presente trabalho utiliza o método de abordagem dedutivo, através de procedimento bibliográfico e documental, por meio de revisão de literatura sobre o tema e coleta de dados indiretos (SOUZA, 2020), com o objetivo de contribuir para uma abordagem jurídico-sociológica do instituto do *compliance* anticorrupção no cenário brasileiro, a fim de

conferir-lhe maior efetividade na disseminação da cultura de integridade.

1 PANORAMA ATUAL

O conceito de corrupção é multifacetado, não só em razão das diversas óticas pelas quais o fenômeno pode ser analisado, mas por sofrer influências socioculturais, razão pela qual não parece haver tanta utilidade em tecer críticas à lista de conceitos cunhados à corrupção (VORSTER, 2013, p.2). A conotação pejorativa do termo parece certa (FERREIRA FILHO, 1991, p. 2), embora haja teorias que tentam conferir-lhe efeitos positivos (HUNTINGTON, 2006; LEFF, 1964; LEYS, 1965). No presente estudo, adota-se o conceito de Carl Friedrich (2005, p. 15 apud WANIS, 2019, p. 27-28), concebido sob o viés histórico-sociológico:

[...] corrupção se caracteriza quando um agente detentor de poder, encarregado de certas funções, é levado, em troca de recompensas econômicas ou de outro tipo, a praticar atos em favor de quem provê a recompensa, os quais lesam o interesse do grupo ou da organização à qual o agente pertence, mais especificamente o governo.

O controle da corrupção representa uma preocupação mundial, sobretudo diante da globalização dos mercados, afinal o fenômeno é nocivo tanto à concorrência leal quanto à boa governança estatal, não havendo mais lugar para aceitar irregularidades ao subterfúgio de heranças culturais, como o famoso “jeitinho brasileiro” (FURTADO, 2015, p. 17-18).

A transnacionalidade do ilícito de corrupção levou à necessidade de cooperação entre os países, resultando em diversos documentos internacionais sobre o tema, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1996; a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), aprovada em 1997; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada em 2003. Essas convenções internacionais foram assinadas também pelo Brasil, sendo que ingressaram no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 4.410/2002, Decreto nº 3.678/2000 e Decreto nº 5.687/2006, respectivamente.

Em razão do compromisso assumido pelo Brasil no cenário internacional, juntamente com o clamor social das manifestações populares ocorridas em junho de 2013¹, foi sancionada a Lei nº 12.846, em 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, que prevê a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos de corrupção. A partir desse momento, ganha notoriedade, no Brasil², o instituto do *compliance* anticorrupção, previsto sob a nomenclatura de mecanismo de integridade, no artigo 7º, VIII, da Lei da Empresa Limpa (BRASIL, 2013). Embora a lei não crie a obrigação de a pessoa

1 Nomeadas pela mídia como Jornadas de Junho.

2 Necessário acentuar que a notoriedade do *compliance* no cenário internacional não é recente, tanto que nos Estados Unidos, o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), de 1977, é o marco no desenvolvimento do instituto.

jurídica de direito privado implementar o *compliance*, prevê o abrandamento das sanções em razão da sua existência no âmbito organizacional.

Posteriormente, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, denominada Estatuto Jurídico das Estatais ou, simplesmente, Lei das Estatais, passou a exigir mecanismos de integridade das empresas públicas e sociedades de economia mistas. O prazo, previsto no artigo 91 da referida lei (BRASIL, 2016), para a adequação das empresas estatais às exigências do estatuto, expirou em 30 de junho de 2018. Outro marco normativo do *compliance*, no Brasil, é o Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, que instituiu a governança na administração pública direta, autárquica e fundacional. O artigo 19 do decreto prevê a implementação de programa de integridade “com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção” (BRASIL, 2017). Apesar dos esforços normativos para a criação de ambiente privado e público pautados na integridade, os índices de corrupção não retraíram.

Segundo a 15ª EY Global Fraud Survey (EY, 2018), pesquisa realizada entre outubro de 2017 e fevereiro de 2018, através de entrevista com 2.550 executivos de 55 países e territórios, 96% dos entrevistados no Brasil afirmaram que práticas de suborno/corrupção ocorrem amplamente em negócios em seu país, mesmo diante da edição da Lei da Empresa Limpa e do aumento da fiscalização anticorrupção nos três anos anteriores ao momento da pesquisa.

No Índice de Percepção da Corrupção (IPC) 2019, o Brasil ocupa o 106º lugar na lista de avaliação de 180 países e territórios. Trata-se do quinto recuo consecutivo na comparação anual. O Brasil apresentou 35 pontos, numa escala de 0 a 100, em que 0 representa o país percebido como altamente corrupto e 100 como país altamente íntegro. Considerando que a pontuação média dos países é de 43 pontos, o Brasil encontra-se significativamente abaixo da média. Ainda de acordo com o relatório da Transparência Internacional, a Odebrecht foi condenada na justiça por ter pago US\$ 1 bilhão em propinas ao longo dos últimos 15 (quinze) anos a agentes públicos brasileiros e estrangeiros. (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL, 2020a)

Além de causar danos à legitimidade política, desacelerar o crescimento do país, gerar desigualdades sociais, uma das principais implicações da corrupção é a ineficiência das licitações (ROSE-ACKERMAN, 2004). As contratações público-privadas passam a ser permeadas pelo desvio de valores públicos, gerando, inclusive, distorção na alocação de recursos e, conseqüentemente, afetando os direitos fundamentais dos cidadãos. Murray e Spalding (2015) chegam a defender a consagração do direito à um ambiente livre de corrupção no rol de direitos humanos.

A pandemia de COVID-19 consegue estabelecer com clareza a causalidade entre a corrupção e a falta de efetividade de direitos fundamentais, como vida e saúde. Escancara como a “diminuição sistemática do financiamento da saúde, o mau uso do dinheiro disponível no orçamento [...] e a falta de compromisso dos três poderes com a vida da população, corroídos pela, incompetência e desumanidade, são facetas da mistanásia³” (corrupção FERREIRA, PORTO,

3 Segundo Ferreira e Porto (2019), o termo mistanásia possui origem grega, significando morte infeliz, ou seja, “morte miserável, precoce e evitável. A esse respeito, Ferreira destaca que é a morte impingida pelos três níveis de governo por meio da manutenção da pobreza, da violência, das drogas, da falta de infraestrutura e de condições

2019).

No Brasil, foi editada a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019” (BRASIL, 2020). O artigo 4º da lei permite a dispensa do processo licitatório “para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.” (BRASIL, 2020). Prevê, ainda, no §3º do referido dispositivo legal (BRASIL, 2020), a possibilidade, excepcional, de contratar com “empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido”.

Considerando o Triângulo da Fraude, baseado na teoria de Donald Cressey (KASSEN; HIGSON, 2012, p. 192), que apresenta como primeira face a pressão/motivo, segunda face oportunidade e terceira face racionalização, verifica-se que a Lei nº 13.979/2020, juntamente com o crescimento da necessidade de agir estatal, de forma urgente, amplificou as oportunidades de fraude, o que tende a elevar o número de casos de corrupção.

Nesse sentido, diariamente, a mídia tem noticiado as operações deflagradas em razão de irregularidades na aplicação de valores públicos no combate à pandemia. O governo do Estado do Amazonas, por exemplo, comprou, com dispensa de licitação, 28 (vinte e oito) ventiladores pulmonares, pelo valor de R\$ 2.900.000,00 (dois milhões e novecentos mil reais), de uma loja de vinhos, para o tratamento de pacientes infectados pelo novo coronavírus em estado grave (COSTA, 2020). Além de o valor unitário do produto estar exorbitantemente acima do valor de mercado, os respiradores foram considerados pelo Conselho Regional de Medicina do Amazonas (Cremam) como inadequados para a finalidade pretendida (COSTA, 2020).

No Estado de Santa Catarina, o Ministério Público estadual juntamente com o Tribunal de Contas do Estado e a Polícia Civil identificaram irregularidades na compra, mediante dispensa de licitação, de 220 (duzentos e vinte) ventiladores pulmonares, celebrada entre o governo de Santa Catarina e a empresa Veigamed, pelo valor de R\$ 33.000.000,00 (trinta e três milhões de reais) (SC... 2020). O pagamento foi realizado de forma antecipada, contudo o prazo para entrega dos aparelhos expirou sem que estes fossem entregues ao governo estadual (SC..., 2020).

O Estado do Rio de Janeiro havia registrado 56.732 (cinquenta e seis mil setecentos e trinta e dois) casos confirmados de Covid-19 e 5.686 (cinco mil e seiscentas e oitenta e seis) mortes em razão da doença, até o dia 02 de junho de 2020 (RAMOS, 2020). Em meio a esse cenário, a Polícia Federal investiga, no referido estado, atos de corrupção em obras de hospitais de campanha para tratamento da doença (RAMOS, 2020).

No Estado de Roraima, foram comprados 30 (trinta) respiradores por R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), o que representa o valor unitário de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) (MELLO; GRILLO, 2020). O valor, além de muito acima do praticado no mercado, foi pago de

mínimas para a vida digna.”

forma antecipada, sendo que a contratada não entregou os aparelhos dentro do prazo e pediu a prorrogação por sessenta dias, razões pelas quais o Ministério Público de Contas pediu o bloqueio de bens e valores do ex-secretário de saúde responsável pela contratação e da pessoa jurídica contratada (MPC..., 2020).

Em razão da pandemia de Covid-19, a Transparência Internacional (2020b) realizou uma pesquisa na qual foram avaliados os portais de 26 governos estaduais, do Distrito Federal e de 26 capitais brasileiras, verificando a existência de informações sobre contratações emergenciais de forma fácil e ágil. No Ranking de Transparência em Contratações Emergenciais (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL, 2020b), em que foram listados os 26 Estados-membros e o Distrito Federal, os Estados acima mencionados ocupam as seguintes posições: 8ª – Santa Catarina; 10ª – Amazonas; 23ª - Rio de Janeiro; e 27ª - Roraima. Enquanto as quatro unidades da federação que receberam conceito ótimo em transparência nesse Ranking, ocupando os primeiros lugares foram Espírito Santo, Distrito Federal, Goiás e Paraná, nessa ordem.

Verifica-se, portanto, a ineficiência na relação entre Estado e particular reflete a existência de “solo propício para atos eivados de corrupção” (CEREN; CARMO, 2019, p. 90), assim como percebe-se a importância e nítida correlação do índice de transparência enquanto *red flag* de irregularidades. Dessa forma, a transparência da gestão pública e a existência de mecanismos de controle social são apontados, dentre outros, como fatores que permitem detectar ilícitos (YAZIGI, 1996, p. 106). Constata-se, ainda, que para haver a disseminação verdadeira da cultura de integridade, proposta como forma de prevenir a corrupção, não basta a previsão normativa incentivando ou exigindo a adoção de programas de *compliance* nas organizações.

2 INTEGRIDADE E ÉTICA COMO FUNDAMENTOS NECESSÁRIOS

Nos programas de *compliance* destaca-se o caráter preventivo, buscando evitar a prática do ilícito. Conforme Jesús-María Silva Sánchez (2013, p. 100 apud LUZ, 2018), a vigilância se dá através de mecanismos de autorregulação que visam “neutralizar fatores culturais ou dinâmicas de grupo favorecedoras de ilícitos” e “incentivar culturas de grupo favorecedoras de fidelidade ao direito”. Atualmente, o instituto é aplicado em diversas áreas da gestão empresarial (fiscal, ambiental, trabalhista etc.), porém o presente trabalho tem como ponto central o mecanismo de integridade anticorrupção, previsto no artigo 7º, inciso VIII, da Lei nº 12.846/13.

Frequentemente, o *compliance* é relacionado às auditorias internas, como se fosse apenas uma nova terminologia, um neologismo estrangeiro, sendo possível que esse julgamento errôneo do instituto seja consequência da simples adoção protocolar do mecanismo (ALMEIDA; SAMPAIO JUNIOR, 2019, p. 38). Afinal, além de se diferenciar pelo caráter preventivo, o programa de integridade possui a finalidade de fomentar um novo padrão de mercado, pautado na ética (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 321).

Críticas são feitas à Lei Anticorrupção por esta pretender formalizar a relação público-privada com o discurso de *compliance*, o que consistiria numa farsa, porque não haveria boa prática que seria capaz de impedir atividades desonestas (SILVEIRA; JORGE, 2019, p. 134). Contudo,

imprescindível compreender que a evolução da sociedade nos dirige a um novo paradigma, em que a ética deve reger as relações sociais de forma global, tanto para fins públicos quanto para fins privados (BARRILARI, 2018, p. 20). Fernando Galvão (2020, p. 161), ao escrever sobre a “sinceridade na instituição de medidas preventivas” na seara empresarial, relata:

A crítica que é dirigida aos programas de integridade denuncia que a implantação de tais programas se apresenta como reação natural de um segmento que não era tocado pelo sistema de repressão penal e utiliza do programa como um mecanismo defensivo para blindar a empresa ou, ao menos, reduzir os riscos de sua responsabilização. [...] O exame das críticas revela que o maior problema dos programas de integridade, na atualidade, é a sua carência de credibilidade.

A publicidade em torno do *compliance*, com a finalidade de convencer dos benefícios de sua implantação, tem desvirtuado a cultura de integridade por ele proposta, ao incentivar ações voltadas para o sucesso egocêntrico (organizacional ou pessoal) em driblar o sistema punitivo anticorrupção ou elevar os lucros através de uma economia reputacional. Conforme pontuam Ceren e Carmo (2019, p. 102):

[...] aquele que segue pura e simplesmente as normas do *compliance*, não necessariamente previne a corrupção. A pessoa jurídica que tem boas práticas não é aquela que segue o ordenamento como lhe convém (aproveitando-se de brechas), ou para ganhar um benefício direto, mas sim as que praticam tal como se desejassem praticar suas atividades empresariais de forma honesta, ou seja, sem margem pra condutas dúbias. Praticar apenas a formalidade legal, sem assimilar o espírito da ética, não diminuirá a corrupção, pelo contrário, trará apenas uma camuflagem uma aparência de legalidade.

Consta-se, portanto, um desvirtuamento dos mecanismos de integridade, tomados por um agir estratégico latente com finalidade de atingir um sucesso egocêntrico, o que faz com que o impacto preventivo do instituto seja anulado, não havendo diminuição nos índices de corrupção e dando lugar a novos casos de irregularidades nas contratações público-privadas, principalmente em situações de crise com o alargamento de oportunidades de fraude, como a pandemia de COVID-19.

Conforme dito anteriormente, o próprio conceito de corrupção sofre alterações conforme o espaço e o tempo, por isso a ética construída a partir de uma ação comunicativa, pautada em um discurso transparente, tende a contribuir de forma mais eficaz do que um conteúdo posto decorrente de pretensões de poder, o que não significa que deva ocorrer a desregulamentação, mas sim que haja a participação de todos no aperfeiçoamento dos mecanismos anticorrupção. Evidenciando o valor das reflexões de Jürgen Habermas no campo jurídico, Lima e Kosop (2019, p. 18) enfatizam:

A teoria habermasiana não visualiza uma racionalidade instrumental da ação controlada pelo subsistema jurídico das instituições constitucionais, mas procura nas ações materializadas no mundo da vida, uma comunicação intersubjetiva e um sentido racional que promova a integração necessária para orientar a vida particular e efetivar o ordenamento jurídico na esfera pública.

Habermas (1979, p. 9-10) entende como bem-vinda a interdisciplinariedade (extrapolamento da filosofia), a qual “permite focalizar uma faceta pluralista da teoria do agir comunicativo”, afirmando, inclusive, que “as proposições fundamentais da teoria do agir comunicativo ramificam-se em diferentes universos de discurso e contextos de argumentação nos quais elas têm que comprovar-se”. Dessa forma, como a corrupção desconsidera o Estado de Direito e enfraquece a democracia, a utilização da teoria do agir comunicativo, de forma interdisciplinar, para potencializar os efeitos positivos do *compliance* parece ser um bom caminho.

A ação instrumental consiste no agir com a finalidade de manipular o mundo natural, relacionada por Habermas (1979, p. 40), à habilidade humana de trabalhar, somente se revelando como um problema quando é aplicada no meio social enquanto ação estratégica. Weber, importante fonte para as reflexões de Habermas, embora reconhecesse que a racionalidade instrumental não era a única forma que o raciocínio pudesse tomar, já apontava que a razão instrumental estava se tornando cada vez mais dominante na cultura capitalista, inclusive nas burocracias governamentais e comerciais (HABERMAS, 1984, p. 143-271). Não se pretende que as organizações deixem de lado a ação instrumental necessária às atividades cotidianas, mas a construção de uma cultura de integridade não é resultado de um agir estratégico de transparecer ética em prol de economia reputacional, para atenuar sanções ou cumprir exigência legal.

A Lei Anticorrupção abre espaços de interação comunicativa entre o setor privado e o setor público, apresentando instrumentos de alinhamento consensual de conduta, não só através do *compliance*, como será demonstrado adiante, como também por meio do acordo de leniência. A fiscalização tradicional através de uma heterorregulação estatal mostrou-se insuficiente para o controle de fraudes na relação público-privada, emergindo a tônica da cooperação mútua, numa perspectiva de autorregulamentação regulada (*responsive regulation*), o que deve ser feito através de uma ética construída, pautada em um discurso transparente. Embora a concepção de consensualidade e cooperação no combate à corrupção possa causar estranheza⁴, demonstra uma faceta da resiliência estatal (SOUZA, 2015) ao adotar uma postura não adversarial e propiciar uma postura proativa do cidadão corporativo, ou seja, seria o Estado se flexibilizando frente a novas demandas sociais, porém mantendo sua essência estrutural.

A dinâmica existente na interação entre sociedade, empresa e Estado resulta numa tensão, consequência das diferentes lógicas de cada sistema, conseqüentemente, o *compliance* surge na busca de se encontrar um caminho de integração, que faça com que possa haver “coexistência da força do mercado, da tutela regulamentar do Estado e de uma sociedade civil mais harmônica e igualitária.” (BARRILARI, 2018, p. 19-20). O *compliance* anticorrupção, na forma como apresentado pela Lei nº 12.846/2013, parece buscar interação consensual entre o Poder Público e o ente privado, tanto que não houve a obrigatoriedade em sua adoção, assim como não houve

4 Talvez a ideia de integração dos setores público e privado no combate à corrupção não pareça tão utópico se considerarmos que o *Foreign Corrupt Practices Act* –FCPA, em 1977 nos Estados Unidos, foi fruto de um movimento do setor empresarial em busca de um ambiente de concorrência leal (*level playing field*), após escândalos de corrupção envolvendo contratos da empresa Lockheed Aircraft Corporation com diversos países (NASCIMENTO, 2019, p. 240).

a delimitação de um critério temporal para a concessão do benefício vinculado à existência do *compliance*. Reflete a ideia de mudança de paradigma, visando valorizar aquela organização que buscou alterar a cultura empresarial enfatizando a ética e a integridade.

O legislador não fixou “o marco [temporal] que encaixará as empresas que mantêm um comportamento ético, das que não seguem tal raciocínio, mas aderem apenas para benefício próprio e malefício da coletividade, e do próprio instituto do *compliance*.” (CEREN; CARMO, 2019, p. 89). Assim, em tese, seriam beneficiadas pela diminuição da pena tanto a organização que sofreu uma falha no *compliance* por motivos alheios à sua atuação, quanto a organização que somente adotou o programa de integridade após a abertura do procedimento de responsabilização por prática de ato ilícito de corrupção. Contudo, conforme pontua Galvão (2020, p. 173), “um programa ‘maquiagem’ de integridade” não faz com que o ente privado tenha direito a uma redução na sanção, através da combinação do artigo 7º, VIII e parágrafo único, da Lei nº 12.846/2013 com o artigo 18, inciso V, e artigo 42 do Decreto 8.420/15. O autor (GALVÃO, 2020, p. 170-171) acrescenta, ainda, que o *compliance* implantado apenas para dificultar a responsabilização da pessoa jurídica configura causa de aumento da sanção, com base no artigo 17, II, do Decreto nº 8.420/15.

A cooperação mútua é traço marcante na ideia de *compliance*, servindo de referencial para a atuação de todos os *stakeholders* da organização, em sintonia com a performance desta no mercado em que atua (SILVEIRA; JORGE, 2019). Imprescindível um discurso ético para sua efetivação, tanto no ambiente interno para a construção e concretização do princípio vetor da integridade, quanto externo, para melhor interação entre entes públicos e privados, bem como para que todos que de alguma forma se relacionam com o ente privado tenham clareza dos valores por ele adotados (afinal, a responsabilização por atos ilícitos de corrupção podem decorrer de atos de terceiros). Para tanto, o discurso interno e externo deve ter pretensões de validade, inteligibilidade, verdade e sinceridade, gerando um ambiente marcado pela confiança.

Nas empresas, assim como no Estado, quando eclodem os atos de corrupção, verifica-se a existência de funcionários honestos que são atraídos por seu empregador para um nexo de práticas corruptas, porém não se sentem individualmente responsáveis (VORSTER, 2013, p. 2). A tendência de simplificar sugere que os traços da personalidade da pessoa são fundamentais para prever o comportamento (ético ou antiético), contudo, ao analisar uma conduta antiética é necessário considerar a cultura organizacional mais ampla, tendo em vista que o ambiente em que se contextualiza a ação é fator fundamental de impacto, podendo, inclusive, anular a influência da personalidade (CHEREPANOVA, 2019). A implantação de programas de *compliance* podem passar a imagem de que a organização se preocupa com a ética, porém, esta pode não ser a realidade, induzindo erroneamente as atitudes de *stakeholders*. Revela-se, dessa forma, que a razão instrumental não está presente somente na relação entre pessoa jurídica empresária e Estado, mas permeia as demais relações da organização, como empregado-empregador. Daí resulta a indispensabilidade do comprometimento e apoio da alta direção, chamado de *tone at the top*, como um dos pilares do *compliance* (CGU, 2015).

Além do comprometimento da alta direção, o Manual da Controladoria Geral da União (CGU, 2015), contendo diretrizes do programa de integridade para empresas privadas, elenca outros pilares do *Compliance*: independência e autonomia da instância responsável pelo programa de integridade; análise de perfil e riscos; estruturação das regras e instrumentos (incluindo o treinamento e aplicação de medidas disciplinares); e estratégias de monitoramento contínuo. Tanto na verificação de riscos quanto no monitoramento e utilização de canais de denúncia, a eficiência perpassa por um ambiente de confiança, em que todos os envolvidos com a organização sejam chamados a uma participação ativa e se sintam em uma situação de discurso ideal, em que, além da suposição de veracidade dos participantes, tem-se como pressuposto que todos os legitimados estejam aptos a tomar parte na discussão.

Retomando a ideia de Bom Cidadão Corporativo, como sendo a pessoa jurídica empresária que cumpre com as normas jurídicas e também coopera, Silveira e Saad-Diniz trazem o conceito de bom governo nas palavras de Adán Nieto Martín:

[...] basicamente la idea del buen gobierno es ‘luchar’ contra el abuso de poder dentro de las corporaciones, generando al igual que los sistemas democráticos, un sistema de checks and balances y herramientas de control del ‘pueblo’ – los shareholders y stakeholders – sobre los gobernantes administradores (NIETO MARTÍN, 2013, p. 24 apud SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 71).

A partir de uma cooperação mútua, seja na relação entre stakeholder e organização ou organização e Estado, pautada em um processo de comunicação buscando o entendimento, as pretensões de validade também devem ser confrontadas pelos os critérios propostos por Habermas (1984): veracidade da afirmação; correção normativa; autenticidade e sinceridade. Assumindo, ainda, que as interpretações sofrem variações de acordo com os elementos do mundo da vida (social, cultural e individual). Isso é fundamental para assegurar um importante princípio, o da transparência. Segundo Habermas (1979, p. 13):

[...] convém ter em mente que os sujeitos jurídicos privados não podem chegar ao gozo das mesmas liberdades subjetivas, se eles mesmos – no exercício comum de sua autonomia política – não tiverem clareza sobre interesses e padrões justificados e não chegarem a um consenso sobre aspectos relevantes, sob os quais o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente deve ser tratado como diferente.

Convergindo com o conceito de autorregulação regulada e o pilar do *compliance* de estruturação de regras, a ética, em Habermas, ao não se preocupar com orientações de conteúdo, permite uma construção que comporta uma contextualização e uma interação com o outro para atingir o consenso. Nesse ponto, a ação comunicativa abrange tanto a ação consensual, em que os pressupostos comuns são tomados como garantidos, quanto a ação orientada para chegar a um entendimento, em que se tenta estabelecer um solo comum (HABERMAS, 1979, p. 209).

Estabelecido esse consenso, cada indivíduo dentro da organização atuará respeitando o que foi definido. Nesse sentido, Habermas escreve:

I shall speak of *communicative action* whenever the actions of the agents involved are coordinated not through egocentric calculations of success but through acts of reaching understanding. In communicative action participants are not primarily oriented to their own individual successes; they pursue their individual goals under the condition that they can harmonize their plans of action on the basis of common situation definitions. In this respect the negotiation of definitions of the situation is an essential element of the interpretive accomplishments required for communicative action. (HABERMAS, 1984, p. 285-286) ⁵

Considerando que dirigir as ações pautadas no princípio da integridade significa agir “com inteireza de caráter”, não duvidar do que é o correto a ser feito, ou seja, significa agir “realizando as funções esperadas, sempre de acordo com os mesmos padrões éticos, independentemente das circunstâncias, seja em um ambiente público ou em um ambiente estritamente privado” (ZENKNER, 2018, p. 90), o estabelecimento de um solo comum através do entendimento possibilita a efetividade do *compliance* ainda que em tempos de crise.

3 IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE PARA A SUSTENTABILIDADE

Como se expôs, atender a parâmetros de integridade, tanto na área pública quanto privada, consiste em adotar ações que preservem valores éticos e de transparência. Visando a ampliar as práticas éticas e de integridade, o Brasil assumiu importante compromisso perante a Organização das Nações Unidas. Um deles é com a meta 5, do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 16 (ODS 16): “Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas.” (ONU, 2015). Os dois indicadores têm sido aplicados para mensurar essa meta:

16.5.1 Proporção de pessoas que tiveram pelo menos um contato com um funcionário público e que o subornaram, ou foram demandadas a pagar suborno para esse funcionário durante os 12 meses anteriores (Tier II).

16.5.2 Proporção de empresas que tiveram pelo menos um contato com um funcionário público e pagaram suborno ao oficial, ou foram demandadas a pagar suborno nos 12 meses anteriores (Tier II).

Isso se coaduna com a meta 16.6, voltada ao desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis. Exige, igualmente, um esforço do Estado brasileiro

5 Em tradução livre: “Devo falar ação comunicativa sempre que as ações dos agentes envolvidos forem coordenadas não através de cálculos egocêntricos de sucesso, mas através de atos para alcançar o entendimento. Na ação comunicativa, os participantes não são primariamente orientados para seus próprios sucessos individuais; eles perseguem seus objetivos individuais sob a condição de que possam harmonizar seus planos de ação com base em uma definição comum de situação. A este respeito, a negociação de definição da situação é um elemento essencial do complemento interpretativo necessário à ação comunicativa.”

voltado à obtenção de “recursos humanos, financeiros, tecnológicos e de governança (arranjo institucional e ferramentas: legislação, planos, políticas públicas, programas, etc.) necessários ao alcance dos ODS” (IPEA, 2018, p. 430). Sob a ótica pública, significa assegurar instrumentos concretos de monitoramento da integridade dos gestores públicos. Sob a perspectiva das empresas, a boa execução de medidas anticorrupção e de controle ético das relações econômicas entre essas e o poder público evitará que práticas ilegais e que prejudicam a sociedade brasileira continuem a ser frequentes, pois o prejuízo econômico de atos de corrupção (IPEA, 2018), muitas vezes, resulta no comprometimento de verbas destinadas a cumprir outras metas de sustentabilidade como as de saúde, vitais no atual cenário pandêmico.

A sustentabilidade corporativa, tanto pública quanto privada, deve ser um compromisso dos stakeholders e dos gestores públicos para assim cumprir o Pacto Global, em especial o Princípio 10: “As empresas devem trabalhar contra a corrupção em todas as suas formas, incluindo extorsão e suborno.” (UNITED NATIONS, 2020, tradução nossa). De acordo com os dados recentemente publicados do *The 2019 Global Business Ethics Survey*, publicado pelo grupo Internacional Ethics & Compliance Initiative (2020, p. 9, tradução nossa) nas organizações ao redor do mundo que foram pesquisadas se observou que “um elemento-chave da eficácia programas de ética e conformidade é até que ponto organizações incentivam, protegem e valorizam os relatórios preocupações e suspeita de irregularidades”

Esse relatório avaliou as condições em que são estabelecidas as relações entre empregados e seus líderes nas organizações. Infere-se que, para garantir um modelo de desenvolvimento sustentável humano e economicamente, também metas da Agenda 2030, o ambiente das empresas deve assegurar a integridade. Sem uma comunicação adequada entre empregados e sua liderança, as práticas de corrupção não serão combatidas. Muitas vezes, por medo de se fazer uma denúncia porque o ambiente corporativo não favorece a conduta ética. Se tais corporações vierem a negociar com o Estado, esse perfil de comportamento será levado para as relações com o Poder Público e prejudicará a consecução do interesse comum dos cidadãos que esperam da Administração Pública uma postura de probidade.

O comprometimento da alta direção com padrões nacionais e internacionais de ética deve ser central no combate à corrupção, em especial na atualidade porque as demandas na área de saúde são de grande monta e as desigualdades sociais tornam a situação de alguns grupos da sociedade ainda mais vulnerável, seja porque não podem usufruir do isolamento social e do teletrabalho, ou em razão da dificuldade de acesso a tratamentos de saúde gratuitos em tempo hábil para preservação da vida. A questão da sustentabilidade é primordial porque não se refere apenas ao crescimento econômico, todavia, busca assegurar a dignidade da vida humana e o desenvolvimento pleno de todos os cidadãos, como proposto por Mahbub Ul Haq e Amartya Sen ao criarem o *Índice de Desenvolvimento Humano* (PNUD, 2020).

A continuidade das relações sociais e econômicas no cenário do COVID-19 nos força a reestruturar o modo de organização do Estado, de relações entre esse e empresas, de execução e prioridade para políticas públicas. Cada decisão é crucial para definir sobre a qualidade de vida

humana, sobre o acesso a recursos de sobrevivência e de direito à saúde, para resgatar os valores humanos no ambiente de trabalho, etc. A ética financeira sempre foi necessária e a corrupção de seus valores de integridade uma ofensa à legislação; no entanto, hoje ela pode interferir drasticamente no acesso a recursos para preservação da vida humana por causa da insegurança econômica que um modelo de desenvolvimento sem preocupação com as pessoas e com a ética pode ocasionar (SEN, 1999). Mais do que nunca o *compliance* deve ser implantado e exigido de todos os stakeholders e da própria autoridade pública.

CONCLUSÃO

A produção de uma norma jurídica, por si só, não tem o condão de alterar a realidade, logo não se poderia esperar que a previsão normativa do *compliance* fosse o suficiente para modificar a ética empresarial. Contudo, a publicidade realizada em torno do mecanismo, como promessa de evitar sanções e, ainda, promover lucro a partir de uma economia reputacional, dificultou a construção de uma cultura de integridade. Da mesma forma, a mera implementação dos programas de *compliance* por uma organização não atende ao apelo preventivo do mecanismo. Detectou-se, assim, que a adoção do *compliance* pautada em um agir estratégico latente, com finalidade de atingir um sucesso egocêntrico, faz com que o impacto preventivo do instituto seja anulado, o que responde aos questionamentos realizados no início deste estudo, confirmando a hipótese levantada.

A falta de sinceridade na adoção do *compliance* pelas organizações reflete direta e negativamente nas contratações público-privadas, sobretudo em momentos de crise, como na pandemia de Covid-19, em que as oportunidades de fraudes aumentam. Como a integridade, princípio norteador de um *compliance* efetivo, não está enraizada, não há clareza nos atores sociais quanto aos limites de sua atuação, dando lugar à atos de corrupção. O pensamento de Habermas sobre a ética construída a partir de um discurso transparente com pretensões de validade criticável foi utilizado, de forma interdisciplinar, a fim de possibilitar a concretização da cooperação mútua no *compliance* anticorrupção, ao contribuir com ambiente de discurso ideal, permeado por confiança e em que todos os legitimados são chamados a participar, seja na relação do ente privado com o Estado ou nas relações daquele com os stakeholders. Isso permite que o consenso seja alcançado respeitando os valores éticos nas relações sociais.

Considerando-se o cenário que a atual pandemia fez surgir, devem ser feitas severas reflexões sobre a sustentabilidade da vida humana e das condições econômicas em que essa se desenvolve. E a preocupação com a integridade se torna ainda mais vital, uma vez que as verbas desviadas poderão custar milhares de vidas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabíola Fonseca Fragas de; SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A necessária

compreensão do compliance sob a perspectiva da ética aristotélica. *In*: MARTINS, Thiago Penido; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto (org.). **Judicialização e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. v. 5.

BARRILARI, Cláudia Cristina. **Crime empresarial, autorregulação e compliance**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 9 jun. 2020.

CEREN, João Pedro; CARMO, Valter Moura do. Crítica ao compliance na lei brasileira anticorrupção. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 3, p. 87-109, dez. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n3p.87.

CGU - CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Programa de integridade**: diretrizes para empresas privadas. Brasília, DF: CGU, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

CHEREPANOVA, Vera. Who's to blame? The bad apple or the barrel? **The FCPA Blog**, [s. l.], 14 fev. 2019. Disponível em: <https://fcgablog.com/2019/02/14/whos-to-blame-the-bad-apple-or-the-barrel/>. Acesso em: 25 maio 2020.

COSTA, Flávio. AM compra respiradores 'inadequados' em loja de vinho e paga 316% mais caro. **UOL**, São Paulo, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/20/amazonas-compra-de-adeqa-respiradores-inadequados-com->

sobrepreco-de-316.htm. Acesso em: 4 jun. 2020.

ETHICS & COMPLIANCE INITIATIVE - ECI. **The link between supervisor leadership and workplace behaviors**. Viena: ECI, 2020. Disponível em: <https://www.ethics.org/wp-content/uploads/2019-Global-Business-Ethics-Survey-4.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

EY- BUILDING A BETTER WORKING WORLD. **Integrity in the spotlight: the future of compliance**. 2018. Disponível em: https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_gl/topics/assurance/assurance-pdfs/ey-integrity-in-spotlight.pdf. Acesso em: 25 maio 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 185, p. 1-18, jul./set. 1991. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482/47693>. Acesso em: 28 maio 2020.

FERREIRA, Sidnei; PORTO, Dora. Mistanásia x qualidade de vida. **Revista Bioética**, Brasília, v. 27, n. 2, abr./jun. 2019. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/2210. Acesso em: 4 jun. 2020.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GALVÃO, Fernando. **Teoria do crime da pessoa jurídica: proposta de alteração do PLS nº 236/12**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Communication and the evolution of society**. Boston, MA: Beacon Press, 1979.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action: reason and the rationalization of society**. Tradução de Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984. v.1.

HUNTINGTON, Samuel P. **Political order in changing societies**. London: Yale University Press, 2006.

IPEA -INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Agenda 2030**. Rio de Janeiro: IPEA, 2018. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180801_ods_metas_nac_dos_obj_de_desenv_susten_propos_de_adequa.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

KASSEN, Rasha; HIGSON, Andrew. The new fraud triangle model. **Journal of Emerging Trends in Economics and Management Sciences**, South, n. 3, p. 191-195, 2012.

LEFF, Nathaniel H. Economic development through bureaucratic corruption. **American**

Behavioral Scientist, Princeton, v. 8, n. 3, p. 8-14, 1 nov. 1964. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/000276426400800303>. Acesso em: 4 jun. 2020.

LEYS, Colin. What is the problem about corruption? **The Journal of Modern African Studies**, Cambridge, v. 3, n. 2, Aug. 1965, p. 215-230. DOI 10.1017/S0022278X00023636.

LIMA, José Edmilson de Souza; KOSOP, Roberto José Covaia. O agir comunicativo inserido no consenso democrático: incursões do campo jurídico no contexto social a partir de Jurgen Habermas. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 10-25, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p10. ISSN: 2178-8189.

LUZ, Ilana Martins. Compliance e omissão imprópria. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MELLO, Bernardo; GRILLO, Marco. A pandemia como brecha para a corrupção no Brasil. *Época*, São Paulo, 15 maio 2020. Disponível em: <https://epoca.globo.com/brasil/a-pandemia-como-brecha-para-corrupcao-no-brasil-1-24427569>. Acesso em: 04 jun. 2020.

MPC pede bloqueio de contas de ex-secretário e de donos de empresa. **Folha BV**, Boa Vista, 7 maio 2020. Disponível em: <https://folhabv.com.br/noticia/CIDADES/Capital/MPC-pede-bloqueio-de-contas-de-ex-secretario-e-de-donos-de-empresa/65322>. Acesso em: 15 jun. 2020.

MURRAY, Mathew; SPALDING, Andrew. Freedom from official corruption as a human right. **Brookings Institution**, Washington, 28 jan. 2015. Disponível em: <https://www.brookings.edu/research/freedom-from-official-corruption-as-a-human-right/>. Acesso em: 5 jun. 2020.

NASCIMENTO, José Carlos Martins do. Compliance e legislação internacional. *In*: OLIVEIRA, Luís Gustavo Miranda de (org.). **Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 233-271.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030**. Brasília, DF: ONU Brasil, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

PNUD - PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **O que é o IDH**. Brasília: PNUD, 2020. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-o-idh.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

RAMOS, Ana Paula. Coronavírus no RJ: falta de leitos, flexibilização de isolamento e suspeita de corrupção. **Yahoo Notícias**, [s. l.], 3 jun. 2020. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/coronavirus-rj-falta-leitos-flexibilizacao-isolamento-corrupcao-185101557.html>. Acesso em: 4 jun. 2020.

ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. *In*: ELLIOT, Kimberly Ann (org.). **A corrupção e a economia global**. Brasília: UnB, 2002. p. 50-102.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e **compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SC perde segundo secretário por suspeita de fraude em compra de respiradores. **UOL**, São Paulo, 11 maio 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/11/sc-perde-2-secretario-por-suspeita-de-fraude-em-compra-de-respiradores.htm>. Acesso em: 4 jun. 2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso, 1999.

SILVEIRA, Daniel Barile; JORGE, Carlos Henrique Miranda. O compliance e seus reflexos no direito brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 125-143, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p125. ISSN: 2178-8189.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Luciana C. Análise crítica da legitimidade do Estado a partir da aplicação do princípio da resiliência. *In*: CONGRESSO DO CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2015.

SOUZA, Luciana C. **Estrutura lógica de organização da pesquisa científica texto básico para auxiliar pesquisadores**. Belo Horizonte, EdUEMG, 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. Índice de percepção da corrupção 2019. Brasília: Transparência Internacional, 2020a. Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=tibr&utm_medium=email&utm_campaign=lancamento-ipc. Acesso em: 25 maio 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Ranking de transparência em contratações emergenciais**. Brasília: Transparência Internacional, 2020b. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ranking/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

UNITED NATIONS. **The ten principles of the un global compact**. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Acesso em 10 jun. 2020.

VORSTER, Schalk W. Fighting corruption: a philosophical approach. **In die skriflig/In luce verbi**, South Africa, v. 47, n. 1, p. 1-7, jul. 2013. DOI: 10.4102/ids.v47i1.651.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. **A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

WATANABE, Phillippe. OMS declara pandemia do novo coronavírus Sars-Cov-2. **Folha de São Paulo, São Paulo**, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/oms-declara-pandemia-do-novo-coronavirus.shtml>. Acesso em: 3 jun. 2020.

YAZIGI, Alejandro Ferreiro. La denuncia como factor de eficacia em el control de la corrupción. **Revista de Ciência Política**, Santiago, v. 18, n. 1-2, p. 105-114, 1996. Disponível em: <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/10862/000180053.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 26 maio 2020.

ZENKNER, Marcelo. O papel do setor privado na promoção da integridade nos negócios. *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 135-166.

Como citar: SOUZA, Luciana Cristina; ALMEIDA, Fabiola Fonseca Fragas de. Controle de integridade de ações públicas durante a pandemia de COVID-19. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 10-28, mar. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n1p10. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 17/06/20

Aprovado em 24/02/21

**INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, ROBÓTICA E O LADO OCULTO
DE UM FUTURO SEM EMPREGOS: O INESPERADO
PAPEL DA TRIBUTAÇÃO DE ROBÔS À LUZ DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO**

ARTIFICIAL INTELLIGENCE, ROBOTICS AND THE HIDDEN SIDE
OF A FUTURE WITHOUT JOBS: THE UNEXPECTED ROLE OF
ROBOT TAXATION IN THE LIGHT OF ECONOMIC ANALYSIS OF
LAW

Saulo Nunes de Carvalho Almeida*

* Doutor em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito na Universidade de Fortaleza. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professor da Unifanor/Wyden e Unicatólica de Quixadá/CE. E-mail: saulonunes@hotmail.com

Como citar: ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. Inteligência artificial, robótica e o lado oculto de um futuro sem empregos: o inesperado papel da tributação de robôs à luz da análise econômica do direito. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 29-48, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n1p29. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Trata-se de um ensaio que tem por objetivo nuclear investigar as inovações tecnológicas, e seus impactos na automação dos trabalhos, sob as lentes da Análise Econômica do Direito. A pretensão científica desse estudo está na necessidade de introduzir uma nova e complexa questão ao debate, ainda embrionário, acerca da Quarta Revolução Industrial e como os arranjos jurídicos existentes se adequam a esse novo modelo de organização econômica. O procedimento metodológico que norteou o desenvolvimento desse artigo foi descritivo e exploratório, composto por uma análise jurídico-dogmática, estruturada em pesquisa bibliográfica e documental adotada com o intuito de promover uma compreensão precisa dos institutos jurídicos e econômicos analisados. A pesquisa evidenciou que, por uma perspectiva da regra tributária e da teorização do *law and economics*, a automação do trabalho torna-se de realização inevitável, pois significa, em especial, a possibilidade de deslocar toda uma vasta cadeia de incidência tributária, suprimindo o fato gerador que ocorreria se o mesmo trabalho tivesse sido realizado por um trabalhador humano. Ou seja, a adoção de um comportamento de desoneração é racional frente aos incentivos jurídicos existentes, desaguando em um resultado econômico eficiente. Nesse sentido, restou concluído que, caso não ocorra uma remodelagem de nossos arranjos normativos, o futuro próximo será marcado pela ampliação do fenômeno da automação acompanhado de uma tendência ao esvaziamento dos direitos

sociais laborais.

Palavras-chaves: Análise econômica do direito. Imposto de robôs. Tributação da automação. Tributação 4.0.

Abstract: This is an essay that has its nuclear objective the investigation of technological innovations, and their impacts on the automation of jobs, under the lens of Law and Economics. The intention of this study is to introduce a new and complex question to the debate, still embryonic, about the Fourth Industrial Revolution and how the existing legal arrangements are adapted to this new model of economic organization. The methodological procedure that guided the development of this article was descriptive and exploratory, composed of a legal-dogmatic analysis, structured in bibliographic and documentary research to promote a precise understanding of surrounding legal and economic institutions. This research showed that, from the perspective of the tax rule and the theorization of law and economics, the automation of work becomes an inevitable event, which will, possibly, displace an entire vast chain of taxation, suppressing this triggering event that would have occurred if the same work had been carried out by a human worker. In other words, the adoption of exemption behavior is rational in view of existing legal incentives, resulting in an efficient economic result. In this sense, it remains to be concluded that, if there is no remodeling of our normative arrangements, the near future will be marked by the expansion of the automation phenomenon accompanied by a tendency to empty social labor rights.

Keywords: Economic Analysis of law. Taxation of robots. Taxes on automation. Taxation 4.0.

INTRODUÇÃO

Os avanços globais da economia digital, em que empresas se tornaram voláteis e operam sem apego a fronteiras ou nacionalidades, apresentam um novo e fértil campo para intelectuais e estudiosos dos mais distintos campos, incluindo o Direito e, mais especificamente, suas ramificações fiscais e tributárias. Aparenta ser inquestionável a urgência de reinventar conceitos tradicionais e políticas fiscais até então atreladas a elementos tangíveis e de simples identificação, como o caminho para tributar uma nova e crescente realidade da indústria, mercado e sociedade. Uma realidade que desafia a criatividade de pesquisadores e acadêmicos, e tira o sono do Fisco, que encontra cada vez mais empecilhos em identificar tributos incidentes, as formas de fiscalizá-los e cobrá-los.

Nesse novo modelo econômico (Indústria 4.0), aspectos como renda, trabalho e consumo foram drasticamente impactados com o exponencial crescimento da economia digital, resultando em múltiplos diagnósticos que evidenciam a inadequação das regras tributárias tradicionais. Essa crise não experimentará uma resolução natural, pelo contrário. É razoável argumentar que, sem uma renovação da dogmática jurídica, o ciclo de evolução da tecnologia moderna trará um impacto ainda maior, em especial com o avançar na difusão tecnológica em setores como robótica e inteligência artificial.

Por outro lado, sabe-se que as leis que governam o campo da economia, diferente das leis da física, são feitas pelo homem. Essas dependerão das escolhas de uma sociedade e do comportamento de seus cidadãos. Justamente por isso não é incomum argumentar que a Economia pode ser descrita como uma ciência que estuda o comportamento humano (economia comportamental). Partindo desse pressuposto, a pesquisa buscará enfrentar, entre outros aspectos, o seguinte questionamento: À luz dos pressupostos teóricos da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), a função indutora da norma tributária pode ser utilizada como ferramenta de incentivos para trazer concretude à garantia constitucional de proteção do trabalhador em face da automação?

Pretende-se analisar, por uma perspectiva da dogmática da Análise Econômica do Direito (AED), as decisões realizadas pela empresa entre automação do trabalho e manutenção dos postos de emprego, bem como compreender os incentivos existentes que resultam em tais decisões. A proposta buscará evidenciar que há sólidos fatores econômicos e tributários que justificam a racionalidade dos agentes econômicos em enxugarem sua folha de pagamento, e com isso os postos formais de trabalho, para investirem em processos tecnológicos de automação laboral.

Preliminarmente, adequado esclarecer dois relevantes aspectos: primeiro que o raciocínio que será apresentado estará delimitado à uma análise do presente e futuro da automação laboral à luz das teorizações da AED. Isso não deve ser compreendido por uma presunção de irrelevância quanto aos reflexos desse processo nos demais segmentos científicos (jurídicos ou não). A intenção

dessa delimitação é, tão somente, evitar tentações em adentrar linhas de raciocínios em outros campos que, apesar de sua inquestionável relevância, resultaria em uma digressão da verificação inicialmente proposta. Quanto ao segundo, enfatiza-se que o ensaio ora apresentado certamente ainda se encontra em fase embrionária, sendo necessária a continuidade de estudos, em especial em campos como economia e políticas públicas, capazes de eventualmente configurar a teorização ora posposta em modelos e equações formais.

Para conferir melhor lógica ao ensaio, adequado esclarecer o trajeto o qual o mesmo propõe adotar. Como opção teórico-metodológica, a exposição da matéria ocorrerá na forma de três seções. Na primeira seção deste ensaio, será analisado o avançar da chamada quarta revolução industrial e, em especial, o impacto que a consolidação de uma economia digital possui sobre os postos de trabalho, bem como sua influência sobre os níveis de desigualdades sociais e econômicas. Em seguida, na segunda seção adentraremos a teorização de Coase, e os pressupostos avançados por Williamson, para extrair importantes correlações com esse novo modelo econômico emergente. Por fim, na seção conclusiva será apresentado o método de releitura jurídica de Análise Econômica do Direito, buscando analisar aspectos como escassez de recursos, racionalidade dos agentes e resposta aos incentivos como fundamentos para a adoção da função extrafiscal da norma tributária.

Por óbvio que qualquer radical alteração do desenho tributário envolverá questões complexas e interdisciplinares que precisarão ser consideradas com o maior rigor e planejamento possível. Um desses aspectos diz respeito à teorização que envolve as interações entre Direito e Economia, e como a tomada de decisões dos contribuintes podem influenciar a definição de políticas públicas, de forma a minorar ao invés de agravar a problemática apresentada.

1 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL 4.0

A Quarta Revolução Industrial¹, também chamada de Revolução Industrial 4.0, corresponde a nova fase experimentada pelo processo de industrialização e a mudança de paradigmas que esse desenvolvimento tecnológico vem progressivamente introduzindo na sociedade. A expressão engloba distintas tecnologias emergentes, tais como troca de dados complexos, inteligência artificial integrada e processos de automação sofisticados. É a transição para um sistema de infraestrutura oriundo da revolução digital (“fábrica inteligente”).

Um cenário que já está modificando, em ritmo acelerado, a forma como vivemos, nos comunicamos, como trabalhamos e consumimos e, até mesmo, como nos relacionamos (SCHWAB, 2016). Essa revolução da indústria trouxe a fusão entre os mundos físicos e digitais, comércio e economia, dando ensejo a diversas novas modalidades de negócios, como subscrição

¹ A expressão Revolução Industrial 4.0 parte do pressuposto histórico do reconhecimento de três períodos industriais anteriores: 1º Revolução Industrial (séc. XVIII) modificação do processo artesanal para a inserção das primeiras máquinas capazes de acelerar o processo de produção; 2º Revolução Industrial (meados séc. XIX) surgimento das primeiras linhas de montagem, protagonismo da eletricidade e petróleo, desenvolvimento de tecnologias como avião, telefones, refrigeradores; 3º Revolução Industrial (meados do séc. XX): introdução da tecnologia da informação e dos primeiros computadores, revolucionando todas as áreas do conhecimento.

de serviços de *streaming*, *e-commerce*, computação em nuvem (“*cloud computing*”), internet das coisas, impressão 3D, moedas virtuais, plataformas de mercados (“*marketplace*”), softwares de automação, robotização apenas para citar alguns dos negócios disruptivos envolvendo mercadorias corpóreas e incorpóreas que estão transformando radicalmente nossa sociedade e economia.

Uma realidade que foge de qualquer equivalência histórica. Por exemplo, quão paradoxal é saber que a maior rede de hotéis do mundo não possui nenhum quarto de hotel (Airbnb²), que a maior empresa de transporte do mundo não possui veículos ou frota de carros (Uber³) e que o gigante do varejo internacional não possui produtos em seu estoque (Alibaba⁴). Essas, e muitas outras empresas similares, dividem um modelo de organização pautado no uso de tecnologias para aproximar partes e facilitar transações de modo remoto.

Veja, por exemplo, o impacto que um único aplicativo como o *WhatsApp* trouxe sobre todo o setor de telefonia do país (e do mundo). Utilizando a internet e aparelhos celulares para a comunicação, muitos dos seus usuários passaram a adotar a ferramenta ao invés das ligações tradicionais. O aplicativo praticamente extinguiu uma das principais fontes de receitas da indústria, as trocas de SMS, vendidas na forma de pacotes ou cobradas individualmente. Esse novo comportamento do consumidor, em face da mudança digital, impactou não apenas a arrecadação das empresas do setor, mas, por consequência, significou uma queda na arrecadação fiscal incidente sobre o segmento de telefonia⁵.

Um modelo econômico marcado pela circulação de mercadorias digitais, em que transações ocorrem no ambiente virtual, e que possibilitam empresas a se fazerem presente em múltiplas nações mesmo sem possuir estabelecimento físico em nenhuma delas. Uma realidade de mercados que transacionam ativos inatingíveis pela tributação, de mercantilização de dados pessoais, de facilidade de fluxo de capitais e de uma economia em constante mutação. Evidenciando esse novo cenário, basta olharmos para o prestigiado ranking da Forbes de empresas mais valiosas do mundo (BADENHAUSEN, 2019). As marcas que ocupam às cinco primeiras colocações são respectivamente: Apple, Google, Microsoft, Amazon e Facebook. Todas do segmento tecnológico. Gigantes digitais que concentram riquezas capazes de superar o Produto Interno Bruto (PIB) de muitas nações, evidenciando o cenário de transformações radicais em curso. Um novo sistema econômico que invariavelmente desperta, reflexões no campo da equidade, justiça e proteção social.

Nesse mundo cada vez mais digital e conectado, a única certeza entre os especialistas é que o atual modelo tributário vigente aparenta ser inadequado ou insuficiente para responder a essa realidade. Estudos começam a emergir evidenciando a imperatividade de uma reformulação nas regras jurídicas, tornando-as capazes de sanar possíveis distorções comerciais existentes e, ao

2 Plataforma de hospedagem alternativa, sediada em São Francisco, desenvolvida em 2008. Atualmente, disponível em mais de 190 países ao redor do mundo, está avaliada em US\$ 30 bilhões.

3 Fundada em 2009 e, em maio de 2019, foi avaliada em US\$ 82,4 bilhões.

4 Grupo chinês de comércio pela internet e pagamentos online.

5 O Brasil é um dos países do mundo que possui maior carga tributária sobre telefonia. São tributos incidentes sobre a receita bruta do setor de telecomunicações, tributos incidentes sobre estações e terminais, entre outros que, somados, significam um total de 29,2% do valor da conta telefônica (TELECO, 2020).

mesmo tempo, não resultar em entraves ao desenvolvimento econômico e social do país.

Todavia, para fins da pesquisa ora em desenvolvimento, a preocupação acerca do necessário aperfeiçoamento do sistema tributário para responder a Quarta Revolução Industrial se limitará a uma única questão, a proteção do trabalhador em face da automação. Essa preocupação, melhor exposta nos tópicos que seguem, pode ser sintetizada pelo movimento iniciado nos últimos anos de desconstrução das relações formais de trabalho mediante o sensível crescimento da chamada economia compartilhada (plataformas como Uber, Rappi, iFood, e muitos outros), e que podem ser agravadas com a chegada da economia digital e o processo de automação dos trabalhos.

1.1 Economia digital e o futuro do emprego

Inicialmente, é tentador acreditar que a preocupação com o futuro do trabalho face à automação é hiperbólica. Afinal, certas categorias de trabalhos sempre foram reduzidos ou eliminados pela evolução tecnológica. Máquinas substituem trabalhos humanos desde a Revolução Industrial. Historicamente, é possível afirmar que os benefícios dessa inserção tecnológica na economia sempre superaram os malefícios do desemprego setorial. Afinal, a aplicação da tecnologia nos setores produtivos simplesmente foi acompanhada de um processo de migração dos trabalhadores para novos campos (HARARI, 2015).

Entretanto, um corpo cada vez mais expressivo de pesquisas tem levado a crer que o que se experimentará com os avanços da chamada quarta revolução industrial será um cenário sem precedentes históricos. Estudos indicam que a expansão de setores como Automação de Processos Robóticos (RPA), Inteligência Artificial, Operação de Dados (*DataOps*), *Softwares* de Automação, *Machine Learning*⁶, *Deep Learning*⁷ e muitos outros fenômenos, quando aplicados à automação laboral, poderão alcançar consequências singulares em dimensões econômicas, sociais, fiscais e culturais do país⁸.

Pesquisa desenvolvida pelo Laboratório do Futuro (UFRJ) intitulado “O futuro do emprego no Brasil: Estimando o Impacto da Automação”, analisou mais de 2.500 ocupações que englobavam desde trabalhos manuais e repetitivos até trabalhos portadores de elevado grau de especialização, e chegaram à preocupante conclusão que até 60% desses ofícios poderão experimentar graves impactos pela automação nas próximas décadas (“probabilidade de automação maior do que 70%”⁹). Estudo similar, desenvolvido pela McKinsey Global Institute (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, 2019), concluiu que mais de 50% das ocupações do Brasil já poderiam ser automatizadas utilizando tão somente a tecnologia atualmente

6 É um ramo da inteligência artificial que introduz método de análise de dados em que modelos analíticos são construídos para possibilitarem que sistemas possam identificar determinados padrões, “aprender” com tais dados e reutilizá-los para tomar decisões.

7 Processo que desenvolve parâmetros básicos que permite ao computador reconhecer padrões e realizar tarefas similares aos seres humanos.

8 ⁹Essa certamente não é uma problemática experimentada unicamente pelo Brasil. Pelo contrário. Com o crescimento da robótica e inteligência artificial, a econômica digital produzirá sensível impacto sobre as relações de trabalho em todo o mundo. No entanto, para fins de delimitação do objeto de estudo, o presente ensaio limita-se a uma análise doméstica de suas consequências.

9

disponível. Por fim, pode-se destacar também pesquisa desenvolvida na UNB, pelo Laboratório de Aprendizado de Máquina em Finanças e Organizações (LAMFO, 2019), que chegou a conclusão que mais da metade (54%) dos empregos formais do Brasil estão ameaçados de serem substituídos por “máquinas” até o ano de 2026.

Qualquer proximidade factual com as previsões acima significaria não apenas um cenário de desemprego em massa¹⁰, mas também de sensível alargamento dos já elevados níveis de desigualdades sociais e econômicas¹¹. Isso porque os resultados indicam que os trabalhos mais suscetíveis à automação são aqueles que marcados pelo baixo nível de especialização, presentes em setores eminentemente ocupados pela população de classe baixa e média, como produção, serviços e comércio. São milhares de motoristas, atendentes de caixas, profissionais de setores administrativos, comerciantes, assistentes, funcionários de *call center*, corretores, entre diversas outras profissões consideradas pelos especialistas como “extremamente vulneráveis” a automação.

Para esses segmentos, o prognóstico não é apenas de desemprego em massa, mas também de sensível aumento da precariedade laboral. Afinal, os trabalhos que serão mantidos, nesses setores mais vulneráveis a automação, para que possam se tornar economicamente competitivos, experimentarão significativas quedas salariais, bem como o esvaziamento de múltiplos direitos sociais e trabalhistas¹² para amenização dos custos de transação (explicados adiante).

Porém, ao contrário do senso comum, essa ameaça da automação laboral não se limita a atividades rotineiras. Em virtude dos avanços alcançados não apenas pelo segmento de Robótica, mas também pela Inteligência Artificial, *Machine Learning*, *Deep Learning* e muitos outros graus de tecnologias, as mesmas se tornaram capazes, até mesmo, de adentrar campos até então vistos como “intocáveis”, tais como Medicina, Advocacia, Contabilidade, que apesar da complexidade intrínseca a essas profissões, parcela significativa das tarefas realizadas por seus profissionais seguem padrões repetitivos, tornando-as suscetíveis aos impactos da automação tecnológica, que seria capaz de assumir muitas de suas incumbências rotineiras, diminuindo drasticamente o quantitativo de trabalhadores necessários para a prestação dos mesmos serviços.

Veja, a título de exemplo de trabalhos intelectuais possivelmente ameaçados pela transformação da economia digital, o segmento jurídico, em especial, escritórios de advocacia.

Como se sabe, o século XXI trouxe sistemas de automatização que modificaram a rotina tradicional dos escritórios de advocacia, em um processo de transição para uma carreira cada vez mais digital. Inicialmente, essa tecnologia se limitava a tarefas simples e repetitivas, como o acompanhamento de prazos processuais e publicações. Com a evolução de softwares jurídicos,

10 Em virtude da rapidez desse processo, especialistas tem argumentado que, nesse cenário “pós-automatização”, os trabalhadores terão grande dificuldade para serem readaptados em novos postos de trabalho, pois esses exigirão formação, conhecimentos e habilidades específicas, que muitos dos trabalhadores que operavam máquinas e realizavam trabalhos repetitivos ou braçais, simplesmente não possuem.

11 Estudo do IBGE, divulgado em outubro de 2019, aponta que a renda média de 54 milhões de trabalhadores brasileiros, equivalente a 60% dos trabalhadores formais e informais, foi inferior a um salário mínimo por mês durante o ano de 2018. De acordo com o estudo, um dos principais motivos para o aumento da desigualdade é a crise econômica, que impacta mais gravemente a camada mais pobre da população (IBGE, [2019]).

12 Já experimentamos muitos dos reflexos dessa “estratégia” no contexto atual. A reforma trabalhista trouxe uma multiplicidade de modalidades contratuais eminentemente precárias, como forma de tentar fomentar a contratação e manutenção de postos de trabalhos.

os mesmos começaram a auxiliar na elaboração de petições, procurações e contratos. A própria judicialização de processos pode ser visto como um marco dessa transformação de ferramentas tecnológicas adotadas por nosso sistema judiciário.

No entanto, esse cenário começa a ser drasticamente alterado com a evolução da inteligência artificial. O ano de 2017 corresponde a outro relevante marco, por ter sido o ano em que *Baker & Hostetler*, um dos maiores escritórios americanos de advocacia, realizou a contratação de ROSS, considerado o primeiro “robô advogado” do mundo. Construído pela IBM, ROSS utiliza recursos de computação cognitiva e processamento de linguagem, que o torna capaz não apenas de compreender a linguagem humana, mas de utilizar a inteligência artificial para trazer respostas às perguntas apresentadas, formular hipóteses jurídicas, examinar milhares de documentos, monitorar sistemas legais, sistematizar informações por ordem de relevância etc. Na prática, “advogados perguntam questões jurídicas a ROSS em linguagem natural, assim como se conversassem com um colega humano, e a inteligência artificial as interpreta utilizando a lei, reúne provas, extrai interferências e responde rapidamente, de modo altamente relevante e baseado em evidências, com citações e análises.”(INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR, ©2017).

ROSS, porém, não é uma anomalia. Já é possível identificar outros robôs advogados, atuando em distintos setores, como Jill Watson (também projetado pela IBM) ou mesmo ELI, o primeiro robô advogado do Brasil, desenvolvido pela *startup* Tikal Tech. A Justiça brasileira também tem adotado *softwares* desenvolvidos por cientistas de dados e profissionais do direito, capazes de otimizar informações e auxiliar o fluxo do judiciário. São robôs de inteligência artificial que recebem nome de Victor, Elis, Clara, Hércules entre outros.

Desse modo, o que se esperar dos próximos anos para o universo jurídico e, até que ponto, as novas ferramentas oriundas dessa transformação digital sem precedentes resultará na diminuição das vagas de trabalho para os profissionais desse campo?

Certamente não experimentaremos uma completa substituição da profissão de advogado por máquinas. Isso não ocorrerá, considerando que atos como se relacionar com clientes, negociar com a outra parte, comparecer aos tribunais aparentam está fora que é alcançável pela inteligência artificial, pelo menos por enquanto. No entanto, é possível argumentar que a medida que a computação cognitiva e automação jurídica evolui e desenvolve capacidades para realizar atividades jurídicas que vão além de serviços repetitivos, um de dois possíveis cenários serão experimentados: ou o quantitativo de advogados será mantido e esses experimentarão drástica redução das horas de trabalho¹³, ou as horas de trabalho serão mantidas e o quantitativo de advogados será reduzido.

Considerando nosso modelo econômico e o processo crescente de concentração de renda acompanhado de elevados níveis de desemprego e subemprego, todos os indicativos históricos apontam para a segunda opção, ou seja, uma redução nas contratações (minimizando os custos de transação). É possível prever uma tendência de redução de empregos, especialmente no quantitativo de vagas ocupadas por advogados no início de carreira. Isso porque, atualmente, muitos das tarefas

13 Estudo realizado pela McKinsey Global Institute (2017) concluiu que até 1/4 do trabalho realizado por um advogado pode ser igualmente realizado pelo uso de inteligência artificial já disponível.

que eram realizadas por esses profissionais, como sintetizar informações, organizar e classificar documentos, realizar pesquisas normativas e jurisprudenciais, aplicar teses pré-elaboradas, preparar relatórios, além de diversas outras rotinas, já são desenvolvidos, inclusive de forma mais rápida e eficiente, por sistemas de inteligência artificial. Com o caminhar rumo a algoritmos avançados, análise de dados, computação em nuvem e outras ferramentas de otimização capazes de operar sem qualquer necessidade de interferência humana, postos de trabalho em escritórios de advocacia certamente serão impactados.

2 A TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E SUAS INFLUÊNCIAS NO PROCESSO DE AUTOMAÇÃO DO TRABALHO

A popular teoria dos custos de transação tem origem que remonta a década de 1930, tendo sido confeccionada por Ronald Coase, um teórico economista britânico vinculado a tradicional Universidade de Chicago, vencedor do Prêmio Nobel de Economia (1991) e autor da célebre obra “O Problema do Custo Social”. Coase foi o responsável em alterar paradigmas de como a economia deve compreender os mercados. A longevidade de suas formulações são inquestionáveis sendo, até hoje, um dos trabalhos mais citados no campo da legislação econômica.

Foi no seu ensaio intitulado *The Nature of the Firm*, publicado em 1937 pela Revista Econômica da prestigiada London School of Economics (LSE) que Ronald Coase se distanciou da escola econômica neoclássica ao trazer para o centro de suas investigações sobre organizações aspectos como transações e benefícios (ALMEIDA, 2019, p. 47). Em síntese, a problemática de partida de Coase foi compreender os modos alternativos de organização empresarial, focando na decisão entre organizar transações dentro da empresa ou mediante empresas autônomas, ou seja, o que levaria uma firma a escolha entre contratar diretamente um empregado para produção de bens ou prestação de serviços ou optar por opções disponíveis no mercado capaz de oferecer o mesmo serviço (terceirização).

Apesar da problemática de Coase se referir as razões pelas quais empresas contratam ou terceirizam, uma adaptação de seus pressupostos teóricos-econômicos certamente pode ser utilizado para compreender o dilema das empresas entre manter empregos ou automatizá-los, conforme será exposto nos tópicos que seguem.

2.1 Elementos nucleares da teoria dos custos de transação

Como ponto de partida, Coase busca compreender três distintas formas de relacionamentos existentes entre o detentor do capital e a empresa. A primeira é a possibilidade da firma, a cada nova operação a ser realizada (aquisição de bens ou serviços), utilizar novamente o mercado. Um segundo aspecto refere-se a sua reflexão sobre os ajustes dos contratos realizados com fornecedores. Por fim, o dilema do detentor de capital entre produzir o produto/serviço diretamente ou terceirizar a produção do mesmo.

Conforme a teoria, a decisão eficiente precisa considerar além do custo da produção

propriamente dito, os custos intrínsecos as transações necessárias para à realização da produção. São duas distintas etapas de um processo produtivo. Coase apresentou alguns desses custos que devem ser internalizados, como os custos relativos à negociação, elaboração e manutenção dos contratos para cada transação. Assim, os custos de transação surgem quando bens e serviços são negociados, mas esses não são custos referentes a criação desses, e sim despesas necessárias para concluir satisfatoriamente a transação. Por óbvio, existem transações que comportam cadeias mais simples, outras mais complexas que requerem a consideração de maiores fatores.

Nessa linha, uma adequada análise corporativa deve mensurar dois custos distintos, aquele dos produtos e serviços, mas também os dispêndios independentes considerados como custos de transação. Refinando a teorização de Coase e melhor adequando-a as ciências sociais, o economista americano e, assim como Coase, vencedor do Nobel de Economia (2009) Oliver E. Williamson (*The Economic Institutions of Capitalism*), também dividiu os custos de transação em três partes, que chamou de: i) Custos de informação (gastos referentes ao acesso à informação sobre os produtos e serviços negociados, a busca no mercado por opções); (ii) Custos de negociação (gastos relacionados ao processo de negociação do contrato); (iii) Custos de observação (gastos necessários para certificar que todas as condições estabelecidas no contrato sejam cumpridas).

Williamson dimensiona dois relevantes aspectos que atuam como pressupostos comportamentais das empresas, à luz da teoria dos custos de transação econômica. Trata-se da racionalidade limitada e do oportunismo. Ambos atuam como princípios nucleares para compreender o comportamento dos agentes em negociações.

Nessa perspectiva, racionalidade limitada corresponde ao fato de que os agentes não conseguem alcançar informações de forma completa, pois, não possuem um conhecimento absoluto e sim fragmentado a certos aspectos (uma visão oposta à abordagem neoclássica de que presume uma racionalidade plena no momento de decisão). Essa limitação cognitiva do conhecimento e a incapacidade de prever todos os acontecimentos futuros que podem advir de uma transação, é intrínseca ao ser humano. O nível de racionalidade foi descrito por Williamson e, ao final, evidenciado que essa limitação racional tende a resultar em aumentos nos custos de transação dos contratos. Isso porque os agentes, por compreenderem que não conseguem prever todas as possibilidades futuras de um contrato, incluem cláusulas de “salvaguardas” capazes de trazer maior segurança mais, ao mesmo tempo, alavancarem os custos de transação (NASCIMENTO, 2011).

A teoria considera também o oportunismo dos agentes, e seu comportamento egoísta na busca por para maximizar suas próprias vantagens sobre a outra parte. O oportunismo é pautado na assimetria de informações, sendo o reconhecimento de que um agente detém informação que outro não possui acesso e, para que possa desfrutar de vantagens, tais informações são escondidas, apresentadas de forma incompleta ou mesmo distorcidas. O oportunismo pode se manifestar por mentiras, trapaças, fraudes e outros aspectos maliciosos. Caso não ocorresse oportunismo, e as transações fossem guiadas por regras claras e estáveis, as cláusulas contratuais refletiriam essa segurança. No entanto, a realidade é que toda transação ocorre experimentando certo nível de desconfiança comportamental dos agentes. Em decorrência desse mar de incertezas, surge à

necessidade de formular precauções, cláusulas contratuais que busquem restringir comportamentos oportunistas. Essas também contribuem para um aumento nos custos de transação.

2.2 Automação do trabalho à luz da teoria dos custos de transação

A teorização proposta por Coase e avançada por Williamson nos permite extrair relevantes correlações com o cenário que experimentaremos com o avançar da quarta revolução industrial. Se a teoria de Coase foi confeccionada centralizada nas opções entre empregar ou terceirizar, a sua “modernização” certamente significaria considerar uma nova opção de modelo organizacional do capital, pautado na robotização e na inteligência artificial. Uma nova opção que, com a agilidade do desenvolvimento tecnológico, torna-se cada vez mais acessível para as mais distintas organizações, seja para a realização de atividades extremamente complexas ou cotidianas.

Partindo do pressuposto de que a teoria dos custos de transação busca compreender as tendências nos processos de desenvolvimento, centralizada em uma análise comparativa entre as alternativas disponíveis de produção e a tentativa racional de minimização de seus custos, esse novo cenário tecnológico torna-se uma variável relevante.

Conforme sugere essa teorização econômica, mesmo que a produtividade de robôs fosse idêntica ao trabalho humano (a realidade indica uma superioridade produtiva consideravelmente superior alcançada pelas máquinas), e que os gastos na manutenção da automação equivalassem ao mesmo ônus financeiro de manter empregados humanos (sistemas legais com gastos proporcionais quanto às obrigações tributárias, direitos trabalhistas e encargos sociais), a automação do trabalho ainda assim equivaleria à escolha mais eficiente. Isso porque a automação implicaria em uma sensível redução dos custos oriundos do oportunismo (robôs são menos sucintos a “trapaça” do que empregados) como os gastos da racionalidade limitada (as informações que robôs possuem são mais fáceis de serem compreendidas em sua plenitude do que empregados). Nesse cenário, haveria uma redução de riscos e incertezas, o que significaria uma redução dos custos de transação da empresa.

A constatação da teoria dos custos de transação evidencia o tamanho da problemática da automação dos postos de trabalho nos próximos anos. Utilizando o ponto de vista da economia, mesmo em um cenário hipotético de equiparação de eficiência e produtividade (não corresponde a realidade), e em um contexto proporcional de encargos tributários e trabalhistas entre homem e máquina (não corresponde a realidade), ainda assim a decisão racional de uma organização seria investir na automação, pois a redução dos custos de transação (queda no oportunismo e racionalidade limitada) significaria uma redução dos gastos da empresa, tornando-a mais competitiva em comparação as concorrentes que favoreceram o trabalho humano.

Então, se essa é a realidade, o que podemos esperar dos próximos anos considerando que todo o conjunto de sistemas legais atuais estabelece um cenário ainda mais grave, ignorando aspectos como robotização, inteligência artificial, *big data* e novas formas de automação laboral?

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O PODER OCULTO DOS INCENTIVOS

As interações entre Direito e Economia foram responsáveis por forjarem o espaço para a chamada Análise Econômica do Direito (AED). Uma escola que introduziu elementos teóricos essenciais para o aperfeiçoamento dos arranjos jurídicos, recepcionando conceitos econômicos que, até então, eram negligenciados pelas ciências legais, como efetividade e racionalidade. Essa coordenação, entre distintos campos científicos, proporcionou pensar sobre o comportamento dos agentes econômicos, frente o sistema normativo de forma diferenciada, expandindo a compreensão referente o alcance das regras jurídicas, em especial no que diz respeito as suas verdadeiras consequências.

A AED corresponde a um movimento não, a uma escola. Esse não possui um *corpus* de pressupostos teóricos unificados (NASCIMENTO, 2011, p. 237). A heterogeneidade de suas abordagens experimentam as mais distintas variações e graus, a depender das correntes acadêmicas de interpretação e suas linhas de reflexão e pesquisas.

O denominador comum desse movimento teórico diz respeito as tentativas de diminuição do foco que separa a experiência jurídica da realidade. A proposição de visões mais pragmáticas é comumente adotada em seus estudos. Isso significa ir além da teoria legal ao conectar o direito a problemas concretos. Como ferramenta, tem se provado extremamente fluido e flexível, sendo empregada nos mais diversos ramos do Direito, auxiliando-o a confrontar distintos problemas jurídicos e avaliar a qualidade de instrumentos legais.

Esse método de releitura normativa, introduzida pela AED, pode ser interpretado como uma abordagem consequencialista que, mediante adoção de instrumentos da teoria econômica (pressupostos como escassez de recursos, racionalidade dos agentes, resposta a incentivos, eficiência, etc.), busca analisar os efeitos das normas sobre a sociedade, compreendendo como os mais distintos estímulos podem interferir nos comportamentos dos agentes sociais (GONÇALVES; BONAT, 2018, p. 389).

Para fins do presente estudo, vamos direcionar o foco para duas dessas premissas da ciência econômica: escolha racional e resposta aos incentivos.

Não é incomum encontrar a afirmação de que “a economia é, em essência, o estudo dos incentivos.” (LEVITT; DUBNET, 2012, p. 30). Em síntese simplista, incentivos interferem no comportamento dos indivíduos, direcionando-os a fazer ou deixar de fazer algo. Afinal, os destinatários das normas correspondem a atores racionais, respondem aos incentivos na tentativa de otimizar os seus interesses pessoais. Para a teoria econômica, a escolha racional pressupõe que os agentes atuam de acordo com uma ponderação coerente entre custo e benefício, considerando as vantagens ou desvantagens, prêmios e punições impostas pelo sistema a sua volta, incluindo aqui o sistema jurídico.

No entanto, aqui se torna imperativo uma ressalva, no que diz respeito os perigos da criação de estruturas de incentivos. Devido a sua própria natureza, a adoção por sistemas legais desses instrumentos moduladores de condutas, precisa ser acompanhada de máxima cautela, buscando anteceder possíveis comportamentos bem como considerar as potenciais combinações entre causas e consequências, pois “uma mínima guinada pode produzir resultados drásticos e

muitas vezes imprevisíveis.” (LEVITT; DUBNET, 2012, p. 33).

Utilizando como suporte a microeconomia clássica, a cientificidade da AED pode enfrentar esse perigo, tendo em vista que também detêm a capacidade de ser empregada para premeditar as consequências que modificações e reformas normativas possam vir a ter, compreendendo como aqueles afetados por determinada normatização podem responder aos estímulos e desestímulos presentes na norma jurídica (SZTAJN, 2005). Isso porque “as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira como reagem aos preços, consomem menos produtos mais caros; logo, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos a atividade sancionada.” (NASCIMENTO, 2011, p. 237). Com isso, padrões de comportamento podem ser identificados e antecipados, possibilitando, até mesmo, estimar as chances que determinado fim almejado pela lei tem de ser eficientemente alcançado.

Como visto, a literatura da AED argumenta que pressupostos como a resposta aos incentivos e a escolha racional dos agentes podem ser utilizados no desenvolvimento de sistemas jurídicos e, por consequência, no *design* das normas tributárias, guiando os instrumentos reguladores, frutos das escolhas políticas e legislativas¹⁴, tornando-as mais eficientes e permitindo-as alcançar um mais adequado desempenho, conforme os fins desejados¹⁵.

Nessa linha de pensamento, é razoável afirmar que a racionalidade decisória é o fator de maior determinação das ações a serem tomadas por agentes do mercado e, por consequência, há um desprestígio a questões como justiça social, valorização do trabalho humano, combate as desigualdades ou proteção do trabalhador em face da automação. No mercado, consideram-se primordialmente fatores econômicos. A busca da maximização da eficiência impõe a lógica de que empresas irão manter postos de trabalho apenas se as utilidades frutos dessa escolha excederem os benefícios obtidos com as demais opções disponíveis, incluindo (mas não limitando) à automação desses postos.

Justamente por isso que, para que seja alcançada a elaboração de políticas públicas eficientes, torna-se imperativo compreender comportamentos e respostas das organizações econômicas nos mais distintos mercados. Isso porque, frente o pressuposto da racionalidade na decisão e busca por eficiência econômica, resta evidenciado que os agentes respondem aos incentivos, agindo com base nas informações disponíveis e nas consequências (custos-benefícios) de sua decisão, buscando as maiores vantagens no momento de suas escolhas.

Portanto, reconhecendo a relevância de pressupostos teóricos como custos de transação, racionalidade econômica e resposta aos incentivos, restam evidenciados que “a tributação pode ser compreendida como um custo de transação em sentido estrito, pois é um custo inerente à celebração

14 Deve-se entender que o sistema de preços corresponde ao grande incentivador de comportamento humano pois esse “reage a estímulos pecuniários, tendo em vista esta premissa: sendo os recursos econômicos escassos, a decisão será aquela que maximize o seu bem estar em face dos recursos de que dispõe. Isso faz do Direito um importante instrumento para algumas políticas públicas, em especial, aquelas que dependem de seu cumprimento para serem eficazes ou, ainda, por meio de mecanismos que garantam certa segurança e estabilidade ao sistema. [...] O Direito é, por excelência, um indutor de condutas.” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 17).

15 Conforme bem destaca Paulo Roberto Pimenta (2020, p. 08): “O dinheiro é o meio mais racional de orientação da conduta econômica. As suas funções econômicas, como medida de valor e de pagamento, meio de troca e meio de conservação de valor, fornecem à Administração possibilidades de orientação e formas de ação, funcionando, também, como instrumento de satisfação de necessidades e de planejamento.”

de um negócio jurídico, influenciando assim o processo decisório dos agentes.” (GONÇALVES; BONAT, 2018, p. 393). Além disso, também corresponde a custo de transação “as inseguranças decorrentes de um sistema tributário imperfeito e ineficiente que implicam em maior incerteza na contratação, portanto, em um custo de transação maior.” (CALIENDO, 2009, p. 22). Justamente por isso torna-se imprescindível propor reflexões investigativas de como nosso sistema tributário pode influenciar a automação laboral provocada pela difusão da economia 4.0.

3.1 A norma tributária indutora como possível mecanismo de proteção do trabalhador face à automação

Preliminarmente, adequado reforçar que a ordem econômica estabelecida no desenho constitucional brasileiro é fundada em um modelo de livre iniciativa diferenciada, harmônico não com os ideários do liberalismo secular¹⁶, e sim com aspectos sociais-democratas de valorização do trabalho humano, nos termos previsto no Título VII, da Constituição Federal de 1988, designado de “Da Ordem Econômica e Financeira”. É essa tensão entre dois valores historicamente antagônicos, bem como os demais princípios que integram esse título (como a existência digna a todos e justiça social), que evidenciam as características do modelo de livre-iniciativa da Constituição brasileira. Uma ordenação em que os valores liberais e sociais são simbioticamente aproximados, cabendo ao Estado o papel de estabilização desses pilares da ordem econômica.

Esse modelo constitucional impõe, ao Estado, a incumbência de atuar como regulador econômico, intervindo moderadamente, quando de forma fundamentada, na atividade produtiva e no mercado (ALMEIDA, 2017, p. 282). Esse planejamento da economia, inserindo balizas racionais, está em contexto com um Estado dualista, que mesclou valores historicamente antagônicos, trazendo como paradigma um desenvolvimento econômico que apenas pode ocorrer quando o bem-estar social caminha ao seu lado. Efetivar essa harmonia entre os elementos integrantes da ordem jurídica traria como resultado aquilo que Habermas intitulou de Capitalismo Organizado, ou que Ricardo Sayeg chamou de Capitalismo Humanista.

A substituição do trabalho humano por robôs não mais se trata de uma questão fantasiosa, limitado ao cinema hollywoodiano. Trata-se de um processo que caminha a passos largos e resultará em graves impactos nos setores sociais, econômicos e fiscais. Para compreender melhor suas ramificações, vamos momentaneamente nos afastar de análises centralizadas na ameaça aos direitos sociais individuais que um vasto quantitativo de trabalhadores poderão enfrentar com essa transformação, e voltar nossa atenção tão somente à perspectiva econômico financeira que poderá desenrolar-se para os cofres públicos.

Para compreender a estimativa de desequilíbrio fiscal a médio e longo prazo, basta atentar para a simples correlação, no âmbito de receitas e despesas dos recursos públicos, que se faz presente no seguinte domínio econômico: (I) a refreada financeira impacta, em primeiro lugar, no âmbito das despesas públicas. Isso porque, em um contexto de progressiva substituição do

16 O liberalismo secular pode ser centralizado no conceito de “mão invisível do mercado”, introduzido por Adam Smith em sua obra Teoria dos Sentimentos Morais, escrito no século XVIII.

trabalho humano por máquinas, o governo precisará injetar volume substancial de recursos para suprir o aumento dos gastos experimentado com a concessão de mais benefícios sociais (tais como seguro-desemprego e salário-família), possibilitando que pessoas possam sobreviver apesar da difusão de desemprego e subemprego. Como se sabe, tais cenários tornam uma população ainda mais dependente dos programas sociais financiados por recursos estatais; (II) Outra sequência diz respeito ao fato de que pessoas desempregadas enxugam, ao máximo, seu consumo de bens e serviços em tudo àquilo que não corresponde a primeira necessidade (alimentícios). O efeito cascata oriundo dessas mudanças nos hábitos de consumo traz, entre outros reflexos na economia, um imediato impacto sobre a arrecadação das receitas tributárias diretas e indiretas incidentes nos distintos segmentos da cadeia de produção, diminuindo severamente a arrecadação do governo; (III) Uma distinta implicação ocorrerá no fato de que nossa tributação é excessivamente atrelada ao vínculo de emprego humano. Como se sabe, sob a folha de pagamento incide vasto leque de tributos que vão desde múltiplas contribuições até o imposto de renda da pessoa física. Toda essa receita deixaria de ser recolhida pelo Estado, no momento em que mais se precisaria em virtude da diminuição da arrecadação sobre consumo (II) e o aumento de seus gastos com benefícios sociais (I).

É justamente frente a gravidade dessa situação que se torna constitucionalmente justificável a utilização das normas tributárias, na sua chamada função extrafiscal, como ferramenta de intervenção no domínio econômico, indo além do papel meramente arrecadatório de recursos para os cofres públicos, funcionando como espécie de fio condutor estatal, direcionando condutas dos contribuintes de forma a prestigiar valores constitucionais¹⁷.

Como se sabe, a função extrafiscal introduz um raciocínio distinto de manuseio do sistema tributário nacional, conduzindo o comportamento do contribuinte rumo a determinada direção. Adequado destacar que na Constituição brasileira, não é possível encontrar qualquer previsão literal acerca da extrafiscalidade tributária. No entanto, a mesma aparece implicitamente em múltiplos institutos jurídicos que evidenciam um papel além da tributação arrecadatória, “sobretudo no regramento de isenções, imunidades, contribuições parafiscais, empréstimos compulsórios, seletividade do IPI, progressividade” (BOCAFOLI, 2016, p.18) entre outros institutos do direito tributário também capazes de provocar comportamentos para prestigiarem valores constitucionais.

As normas tributárias indutoras podem empregar a função extrafiscal para fomentar ou desestimular os agentes e a forma como os mesmos atuam na atividade econômica. Em sua estrutura, uma norma tributária indutora pode operar por dois caminhos para obter a ação ou abstenção almejada. Seu caráter diretivo ocorre nas formas de benefícios premiaiais (indução positiva) ou repreensões negativas (indução negativa), como na atribuição de uma vantagem ou privação de algum benefício, ou mesmo imposição de uma desvantagem, a depender da conduta humana qual o ordenamento jurídico pretende alcançar ou evitar. Por exemplo, o direito à saúde

17 Contribuindo para as discussões acerca da finalidade extrafiscal dos tributos Valcir Gassen (2013, p. 250) relembra que “no Estado Constitucional, uma legitimidade normativo-institucional e uma outra, uma legitimidade substancial, vinculada ao cumprimento por parte do Estado de um conjunto de tarefas que são entendidas como essenciais à vida em sociedade e que justificam a sua intervenção e a sua existência, isto é, a perspectiva extrafiscal da matriz tributária também deve alcançar essa discussão.”

“é diretamente contemplado mediante a aplicação de uma tributação mais forte com relação ao comércio de cigarros, desestimulando o seu consumo. O mesmo se aplica à educação, que pode ser fomentada por meio de isenções relativas aos livros.” (BOCAFOLI, 2016, p. 18).

Desse modo, é inquestionável que a adoção de técnicas legislativas capazes de direcionar as atitudes de seus destinatários podem corresponder a importante feição da norma tributária, sendo comumente utilizada, por Estados modernos, como políticas estimulantes, harmônico a função promocional do Direito em assegurar o interesse público¹⁸.

Nesse ponto, é possível adentrar o imaginário jurídico proposto como objetivo nuclear desse breve ensaio acadêmico. Conforme a concepção de ordem econômica exposta, bem como considerando o papel extrafiscal da norma tributária, é razoável afirmar que a normatização tributária pode ser utilizada como ferramenta de intervenção por indução, assegurando que, nesse contexto ascendente de automação nas atividades laborais, o equilíbrio entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano ocorra de forma adequada aos valores jurídicos presentes na Constituição de 1988.

Diante da realidade de esvaziamento do mercado de trabalho em uma economia cada vez mais digital e robotizada, torna-se cada vez mais urgente que um novo sistema tributário venha a ser construído. Uma sofisticada reestruturação, adotando a extrafiscalidade tanto como parâmetro para a elaboração de critérios especiais na edição de normas tributárias, mas também como instrumento fiscal para promoção de objetivos socioeconômicos, norteando as escolhas dos agentes como forma a coibir um processo de automação conflituosa com princípios constitucionalmente reconhecidos, como de valorização do trabalho humano e justiça social, que devem atuar como bússola moral de nossa livre iniciativa.

No que diz respeito à possibilidade de tributação de robôs, grandes dilemas e debates certamente surgirão em breve. Até o presente momento, não há indícios que nenhuma nação tenha estabelecido concretamente uma tributação sobre robôs (BOTTONI, 2018, p. 18), porém, certamente corresponderá a um campo que possibilitará o desenvolvimento de empolgantes análises acadêmicas.

Por exemplo, aspectos como progressividade e seletividade poderiam atuar como interessantes ferramentas de indução ou desestímulo comportamental. Alíquotas progressivas, estruturadas em distintos coeficientes,¹⁹ permitiriam regular a carga tributária à medida que empresas realizem determinados graus de comportamentos, majorando ou minorando de acordo com a postura do contribuinte e a necessidade estatal de proteção do mercado de trabalho (considerando aspectos sociais, regionais, fiscais e econômicos). Aliado a observância da capacidade contributiva,

18 Neste ponto, imprescindível lembrar que a adoção da extrafiscalidade desperta problemas, como a sua possível afronta ao ideário de neutralidade tributária que “[...] tenciona-se a manter o equilíbrio da economia, de forma que ela seja afetada o menos possível pela tributação. Ao implementar uma política, o Estado deve fazê-lo influenciando o mínimo possível a tomada de decisões pelos agentes econômicos e o sistema de formação de preços, bem como gerando menos efeitos negativos para a sociedade, sob pena de tornar ineficiente o sistema econômico. A tributação deve ser utilizada visando a menor interferência nas escolhas dos agentes econômicos e o menor impacto na formação dos preços.” (GONÇALVES; BONAT, 2018, p. 395).

19 Um modelo similar ao que já é utilizado em propriedades rurais, cuja a “a alíquota deste imposto leva em consideração, por ter finalidade também extrafiscal, o tamanho da propriedade, além do coeficiente de utilização e produtividade.” (ICHIHARA, 2015, p. 232).

poderia ser desenvolvida uma tributação capaz de evitar inequidades óbvias (como a incidência de uma mesma alíquota independente do tamanho das empresas, setores de exploração econômica, nível de automação, etc.); Esses e outros relevantes aspectos da teoria do direito fiscal e tributário evitarão a criação de um problema maior do que uma solução.

Considerando o modelo de tributação brasileira, a formulação desse novo arranjo da base tributária deverá ocorrer nos níveis municipais, estaduais e federais, incluindo reformas não apenas no âmbito da legislação ordinária e complementar, mas, possivelmente, para adequadamente sanar esse descompasso existente entre a realidade dos novos modelos de negócios com o modelo fiscal e tributário, será necessário um processo aprofundado que infiltre, inclusive, no próprio texto constitucional.

CONCLUSÃO

Conforme evidenciado, as formalizações de contratos de trabalho são, por uma perspectiva de racionalidade econômica, interpretadas como custos. Esses custos repousam não apenas no fato de que os mesmos são vinculados a um plexo de obrigações jurídicas (encargos) em campos sociais, trabalhistas e tributários, mas também pelo fato de que tais contratos são pactuados com humanos. Isso implica quantificar o impacto econômico oriundo de outros aspectos intrínsecos a condição humana dos trabalhadores, como o fato de que esses adoecem e falta o trabalho, precisam ser temporariamente substituídos durante as férias ou quando se tornam pais, necessitam de finais de semana e feriados, realizam greves, enfrentam problemas familiares que afetam sua produtividade, acessam o judiciário para reclamar direitos e diversos outros aspectos economicamente relevantes que correspondem a significativos dispêndios e que, em um contexto de análise econômica da empresa, são interpretados como custos de transação.

Desse modo, partindo de uma razão justificadora estritamente financeira, a automação do trabalho significa não apenas eliminar os custos oriundos dos sistemas jurídicos tributários, trabalhistas e sociais, mas também eliminar o impacto econômico fruto da condição “humana” do trabalho, que serão enxutos quando o mesmo passa a ser executado por máquinas.

É imprescindível que o Estado reconheça seu dever de estabelecer um redirecionamento de comportamentos dos agentes econômicos, partindo da premissa de coordenação entre escassez de recursos e escolha racional dos agentes²⁰. Em um contexto de recursos finitos, é razoável presumir que os agentes, considerando o conjunto de oportunidades (opções) a sua volta, tendem a tomar decisões baseadas nos incentivos existentes em cada uma das alternativas postas a sua disposição, com uma propensão maior aquelas opções que lhe tragam os maiores benefícios e, ao mesmo tempo, se afastando daquelas que lhe acarretem mais graves prejuízos. Ou seja, buscam maximizar sua utilidade, de modo a alcançar maior satisfação pessoal, experimentando o menor

20 Paulo Caliendo (2009, p. 21) esclarece que “A teoria dos custos de transação tem como pressupostos teóricos a ideia de racionalidade limitada, complexidade e incerteza, oportunismo e especificidade de ativos. A teoria parte do pressuposto de que os agentes econômicos são racionais, porém não detém todos os elementos para uma decisão racional [...]. Outro pressuposto é que não há como o mercado evitar a presença de comportamentos antiéticos em uma negociação, [...] denominado de oportunismo.”

ônus possível²¹.

Considerando esse contexto, a tributação pode atuar como instrumento de regulação dos agentes econômicos, trazendo parâmetros que assegurem que o processo de difusão da automação ocorra de modo harmonioso com os demais valores constitucionalmente consagrados. Todavia, esse uso da tributação está vinculado ao desenvolvimento de um novo *design* para o nosso sistema tributário que, tendo sido confeccionado ainda na década de 1960, encontra severas dificuldades para se adequar a um mercado dominado por ativos incorpóreos e tecnologias que evoluem a uma velocidade sem precedentes. Justamente por isso que, conforme já apontava Agostinho Toffoli Tavolaro duas décadas atrás, é imperativo que “qualquer que seja o sistema adotado face a esse desafio, deve apresentar flexibilidade suficiente que lhe permita adequar-se a futuros desenvolvimentos tecnológicos” (TAVOLARO, 2000, p. 45).

Essa certamente não se trata de um dilema Shakesperiano em que seria adequado parafrasear Hamlet em sua incerteza (tributar ou não tributar, eis a questão), pois, para a criação de um sistema verdadeiramente justo, a decisão não diz respeito a “se” devemos tributar automação. Não há dúvida que, considerando as suas consequências sociais e econômico-financeiras, políticas governamentais e a construção de novos arranjos tributários invariavelmente deverão levar a esse resultado. A verdadeira questão, que aqui se coloca aos juristas, é “como” e “quando” deveremos, como sociedade, dar esse passo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. A teoria dos jogos e a sua influência sobre a litigância e o judiciário trabalhista. In: SILVA FILHO, Arnaldo Coelho da; ARAÚJO, Maria Lírida Calou de Mendonça; OLIVEIRA JÚNIOR, Vicente de Paulo Augusto de (org.). **O poder judiciário em evidência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 279-298.

ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. Racionalidade econômica da empresa e suas influências no meio ambiente do trabalho. **Revista de Direito Empresarial**, Florianópolis, ano 16, n. 2, maio/ago. 2019.

BADENHAUSEN, Kurt. As 100 marcas mais valiosas do mundo em 2019. **Forbes**, [s. l.], 22 maio 2019. Disponível em: <https://forbes.com.br/principal/2019/05/as-100-marcas-mais-valiosas-do-mundo-em-2019/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BOCAFOLI, Amarilis Inocente. Extrafiscalidade e princípio da igualdade tributária: compatibilidade e confronto com limites do poder de tributar. **Revista FMU Direito**, São Paulo, ano 26, n. 38, 2016.

BOTTONONE, Germana. A Tax on Robots? **Working Papers**, Roma, n. 3, set. 2018.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

²¹ Adequado complementar, porém, que a ciência econômica considerada “a limitação da racionalidade dos indivíduos: afirmar que a escolha é racional não significa que os indivíduos sejam completamente racionais ou que sua decisão será a mais coerente sob o ponto de vista coletivo, mas sim que eles almejam o resultado que lhes propicie mais utilidade consoante suas concepções pessoais, de acordo com as informações que possuem.” (GONÇALVES; BONAT, 2008, p. 389).

GASSEN, Valcir. Matriz Tributária: Uma perspectiva para pensar o Estado, a Constituição e a Tributação no Brasil. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 935, set. 2013.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; BONAT, Alan Luiz. Análise Econômica do Direito, Incentivos Fiscais e a Redução das Desigualdades Regionais. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, n. 121, jul./set. 2018.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. São Paulo: Coleção L&PM, 2015.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: PNAD contínua**. Rio de Janeiro: IBGE, [2019]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html>. Acesso em: 10 nov. 2019.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR - . **Ross, o primeiro robô advogado do mundo**. Teresina: ICEV, ©2017. Disponível em: <https://www.somosicev.com/blogs/ross-o-primeiro-robot-advogado-do-mundo/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

LAMFO - LABORATÓRIO DE APRENDIZADO DE MÁQUINA E ORGANIZAÇÕES. **Automation Jobs**. Disponível em: <https://lamfo.shinyapps.io/automacao/>. Acesso em: 20 maio 2020.

LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen. **Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. **A future that works: automation, employment, and productivity**. 2017. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/featured%20insights/Digital%20Disruption/Harnessing%20automation%20for%20a%20future%20that%20works/MGI-A-future-that-works-Executive-summary.ashx>. Acesso em: 10 jun.2020.

NASCIMENTO, Fábio Severiano do. Algumas contribuições da análise econômica do direito no estudo da tributação. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 232-260, 2011.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Direito tributário ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. *In*: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Globalização e o direito no século XXI. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, Rio de Janeiro, v. 35, nov. 2000.

TELECO. **Carga tributária**. 2020. Disponível em: <https://www.teleco.com.br/tributos.asp>. Acesso em: 10 jul. 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – UFRJ. **O futuro do emprego no Brasil**: estimando o impacto da automação. 2019. Disponível em: <http://labfuturo.cos.ufrj.br/wp-content/uploads/2019/08/O-impacto-da-automa%C3%A7%C3%A3o-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Como citar: ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. Inteligência artificial, robótica e o lado oculto de um futuro sem empregos: o inesperado papel da tributação de robôs à luz da análise econômica do direito. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 29-48, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n1p29. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 19/07/2020

Aprovado em 10/03/2021

A JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES RELATIVAS À RECUSA DO ESTADO EM FORNECER MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

THE JUDICIALIZATION OF ISSUES RELATING TO THE STATE'S REFUSAL TO PROVIDE HIGH-COST DRUGS

Daniel Marinho Corrêa*
Ana Cláudia Zuin Mattos do Amaral*
Roberto Wagner Marquesi*

*Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2019/2021). Bacharel em Direito pela UEL (2009), pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (2011) e em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (2015). Professor, servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mediador judicial e advogado. E-mail: danielmarinhocorrea@gmail.com.

**Doutora em Direito das Relações Sociais, Área de Concentração em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Mestrado em Direito Negocial (2002) e Graduação em Direito (1989) pela Universidade Estadual de Londrina. Professora do Programa de Mestrado em Direito Negocial e do Curso de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina. Professora Colaboradora-Convidada do Curso de Pós-graduação em Direito Civil Contemporâneo do Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas Socioeconômicas. Coordenadora da Revista Eletrônica de Direito Privado da UEL. Membro da Comissão Coordenadora Geral do Congresso de Direito da Universidade Estadual de Londrina. Vice Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Negocial- UEL. E-mail: anaclaudiazuin@live.com.

***Doutor e mestre em Direito Civil pela USP, Largo de São Francisco e possui mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1997). Atualmente, é professor adjunto da Universidade Estadual de Londrina, onde leciona na graduação pós-graduação e Mestrado em Direito Negocial. É professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, atuando na graduação e pós-graduação. Professor da Escola Superior da Advocacia do Paraná e da Escola do Ministério Público do Paraná. É coordenador do Curso de Especialização em Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: wagnermarquesi@uol.com.br.

Como citar: CORRÊA, Daniel Marinho; AMARAL, Ana Cláudia Zuin Mattos do; MARQUESI, Roberto Wagner. A judicialização das questões relativas à recusa do Estado em fornecer medicamentos de alto custo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 49-67, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n1p49. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo científico aborda os problemas legais oriundos da negativa do Poder Executivo de fornecer gratuitamente à população remédios de alto valor financeiro. Aborda os direitos fundamentais à vida e à saúde à luz do fundamento cardeal da dignidade da pessoa humana. Analisa as leis que disciplinam o acesso da população aos serviços públicos de saúde, examinando também as espécies normativas que tratam do fornecimento de medicamentos. Considera os meios judiciais de que dispõe a parte para exigir dos entes federativos fármacos de alto custo, assim como tece considerações sobre a interdependência entre as funções do Estado. Utilizou-se o método dedutivo para o exame da doutrina, por intermédio de pesquisa bibliográfica centrada em elegidos livros e periódicos que compreendam, sobretudo, ao campo do Direito Constitucional.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito à saúde. Fornecimento de medicamentos. Judicialização em caso de recusa.

Abstract: This scientific article addresses the legal problems arising from the Executive Branch's refusal to provide free medication of high financial value to the population. This paper examines the fundamental rights to life and health in the light of the cardinal foundation of human dignity. It also analyzes the laws that regulate the population's access to public health services, also examining the normative aspects that deal with the supply of medication. It considers the judicial means available

to the party to demand high-cost drugs from federal entities, as well as making considerations about the interconnection of the many functions of the State. The deductive method was used to examine doctrines, by means of bibliographical research focused on selected books and scientific articles that comprise, above all, the field of Constitutional Law.

Keywords: Constitutional law. Right to health. Drug supply. Judicialization in case of refusal.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal assegura a todos o direito à vida, à saúde e aos medicamentos, dispondo ser dever do Estado, por meio da função executiva, disponibilizar meios para o exercício desses direitos.

Valendo-se do método dedutivo, este artigo tem como escopo demonstrar qual é o papel do Estado para dar concretude aos direitos fundamentais à vida e à saúde, no que tange ao fornecimento de medicamentos de elevado custo à população, bem como estabelecer os beneficiários de tais medicamentos.

Partir-se-á do pressuposto de que a saúde é direito assegurado constitucionalmente, e que é dever do Estado garanti-la por meio da implementação de políticas públicas capazes de atingir o fim almejado, ou seja, a qualidade da saúde da população, por meio do acesso aos medicamentos, inclusive os de alto custo financeiro.

Considera-se, ainda, que a saúde está atrelada a outros direitos assegurados pela Constituição Federal, como a vida, de modo que a infração a um desses direitos acarreta a negativa de todos os outros.

Realizada a opção pelo método dedutivo, analisa-se como o Poder Judiciário deve agir em caso de negativa de fornecimento de medicamentos por parte do Poder Executivo, bem como se essa conduta constitui ato lesivo aos direitos fundamentais do ser humano.

1 O DIREITO À VIDA, À SAÚDE E AO MEDICAMENTO

A Constituição Federal de 1988 declara ser a vida direito fundamental da pessoa humana. Tal direito, do qual se irradiam os direitos fundamentais, tem tamanha relevância, que é assegurado por vários preceitos constitucionais, de modo que, logo no artigo 1º da CF, o constituinte já revela sua preocupação para com a vida, instituindo, como um dos fundamentos do Estado, a dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, o artigo 5º, *caput*, consagra a vida como direito fundamental, assegurando-o, ao mesmo tempo, na medida em que garante sua inviolabilidade: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”:

A vida é a intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a constituição assegurar outros direitos fundamentais como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não exigisse a vida humana nem desses direitos (SILVA, 2005, p. 198).

Dessa forma, pode-se detectar a preocupação legal de preservar e assegurar o direito à vida, vez que, sem sua garantia plena, a pessoa humana não tem condições de gozar dos demais direitos

conferidos pela própria Constituição.

Do direito à vida decorre o direito à saúde, na medida em que esta é um dos elementos necessários para viver com dignidade, de modo que vida sem saúde resulta na negativa do princípio da dignidade.

A Constituição Federal confere a todos o direito à saúde, catalogando-o como direito social dentre os direitos fundamentais, cujo exercício se dá nos termos do art. 6º. Além disso, a Constituição dispõe ser dever do Estado garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas que visem tanto à prevenção de doenças como o tratamento a quem dele necessite, conforme enunciado em seu art. 196.

Paralelamente, entendem Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira (1984, p. 342) que o direito à saúde admite dois aspectos, um de caráter negativo, “que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde”, outro de caráter positivo, que constitui o direito às “medidas e prestações estatais visando à prevenção das doenças e o tratamento delas”.

Vê-se, pois, que o direito à saúde é efetivado por meio de um aparato público criado e mantido pelo Estado. Tal mecanismo se destina, dentre outras medidas, ao fornecimento de medicamentos.

Então, o Estado criou o Sistema Único de Saúde por intermédio da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, para que o direito à saúde seja exercido de modo mais eficaz, sendo regido por princípios, dentre os quais destacam-se: (i) a integralidade da assistência, na medida em que deve ser oferecido integral tratamento necessário à cura, desde consultas médicas até intervenções cirúrgicas, incluindo assistência farmacêutica; (ii) universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência, por força do qual todas as pessoas têm direito a valer-se dos serviços de saúde, sendo vedado qualquer obstáculo ao acesso; (iii) igualdade da assistência, em que todas as pessoas devem receber idêntico tratamento, objetivamente considerado, sem qualquer discriminação ou privilégio (BRASIL, 1990).

O direito ao medicamento enquadra-se no direito à saúde, porquanto deve ser efetivado tanto na prevenção quanto no tratamento de doenças; assim o medicamento está relacionado a medidas profiláticas, curativas, paliativas ou para diagnóstico.

Portanto, observa-se que o direito à vida, à saúde e ao medicamento estão interligados numa relação de interdependência, sendo dever do Poder Executivo implantar políticas públicas capazes de garantir sua efetivação.

O Executivo detém vários meios para garantir os direitos fundamentais aqui mencionados, especialmente em relação ao fornecimento de medicamentos. Nesse passo, várias leis e portarias foram editadas para descrever a competência de cada ente federativo para implementação do direito à vida, à saúde e aos medicamentos.

2 O PAPEL DO PODER EXECUTIVO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ELEVADO CUSTO

O papel do Estado no fornecimento de medicamentos de elevado custo consiste num dever

instituído pela Constituição Federal ao preceituar, em seu artigo 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado. O Ministério da Saúde e as Secretarias Estaduais de Saúde determinam, por meio de portarias, quais os medicamentos que devem ser fornecidos pelo Estado.

Entretanto, a obrigação do Estado em fornecer medicamentos à população vai além dessas normas administrativas, pois não é possível restringir o exercício de um direito constitucional. A Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, englobando a assistência farmacêutica. Assim, é dever do Poder Executivo assegurar o acesso ao medicamento, especificamente os de elevado custo, a quem dele necessita.

Além disso, vários preceitos constitucionais estão relacionados com o direito à saúde, como o princípio da dignidade da pessoa humana e a promoção do bem-estar de todos. A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, afirma Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 33-34):

A expressão daquele princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado. Esse princípio vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao qual de há de respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções.

Portanto, considerando que uma pessoa doente apenas consegue viver, com dignidade, se ela tiver acesso aos fármacos necessários ao seu tratamento clínico, decorre que, por ser fundamento do Estado a dignidade da pessoa humana, o poder público tem o dever de fornecer medicamentos de elevado custo aos que dele necessitam.

Ademais, a referida autora observa que “o respeito à dignidade da pessoa humana obriga irrestrita e incontornavelmente o Estado, seus dirigentes e todos os atores da cena política governamental, pelo que tudo que o contrarie é juridicamente nulo” (ROCHA, 1999, p. 36).

Dessa forma, o Poder Executivo não pode se abster de garantir o acesso ao medicamento excepcional, pois agindo desta maneira estará desrespeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

O art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal insere como objetivo do Estado a promoção do bem de todos. Esta é mais uma razão para afirmar que é obrigação do Estado o fornecimento de medicamentos, especialmente os de elevado custo, para assegurar o bem-estar daqueles que precisam de tratamento clínico. O artigo 5º, também da Constituição Federal, inicia o título referente aos direitos fundamentais enunciando que a inviolabilidade do direito à vida é garantia inerente a todos.

Para garantir esse direito é necessário que o Poder Executivo assegure também o direito à saúde, também direito fundamental, estando previsto no artigo 6º da CF. Este direito engloba o

direito aos medicamentos de elevado custo, na medida em que, para assegurar o direito à saúde, o Poder Executivo tem que fornecer medicamentos a quem dele necessitar.

Dessa forma, observa-se que o direito à vida, à saúde e ao medicamento estão atrelados, sendo que todos eles devem ser assegurados pelo Poder Executivo. É esse o do Supremo Tribunal Federal, esposado no voto do Ministro Celso de Mello (Agravo no Recurso Extraordinário nº 273.834-4):

O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integralidade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores dos vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera de atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional (BRASIL, 2001).

Deste modo, se o doente precisa de medicamento de elevado custo, o Poder Executivo tem o dever de fornecê-lo, pois negar tal medicamento seria mitigar o direito constitucional à vida e à saúde dos quais ele é titular.

Reforçando esse entendimento, o artigo 196 da Constituição Federal, expressamente, dispõe que é dever do Estado assegurar o direito à saúde e também estabelece que aquele deve implementar políticas públicas capazes de assegurar tal direito, desenvolvendo projetos de distribuição de medicamentos excepcionais além de outras medidas voltadas à área da saúde.

Para atender aos preceitos de tal dispositivo constitucional, o Estado criou a Política Nacional de Medicamentos e o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, conforme mencionado.

A execução do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional é de responsabilidade dos Estados federados, porém, não se exclui a responsabilidade dos demais entes públicos na implementação desse programa. Então, cada Estado membro tem competência para elaboração da lista dos medicamentos a serem distribuídos.

Entretanto, como essa listagem não engloba todos os medicamentos necessários ao tratamento de todas as doenças existentes, não pode servir como limitador do dever estatal de fornecimento, não configurando justificativa a ausência de algum medicamento na lista para ser negado.

Decisões do Supremo Tribunal Federal indicam, ainda, que os medicamentos pretendidos, embora não constem na lista de medicamentos relativos ao Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional, subsiste o dever do Poder Executivo em fornecê-los, tendo em vista

que este não indicou outro fármaco capaz de produzir o mesmo efeito do medicamento pretendido. É o que entende a Ministra Ellen Gracie ao julgar o pedido de Suspensão de Segurança nº 3382, impetrado pelo Estado do Rio Grande do Norte:

Finalmente, como bem asseverou a Procuradoria-Geral da República, “apesar de alegar que o fornecimento do medicamento pleiteado não está previsto no Programa de Dispensação de Medicamentos em caráter excepcional, o Estado requerente não demonstra a eficácia de outras drogas, tampouco comprova que estão sendo disponibilizadas para o doente, de forma que prevalece a premissa de imprescindibilidade do fármaco pleiteado para a manutenção da saúde e preservação da vida do autor” (fl. 85). 7. Assim, no presente caso, atendo-me à insuficiência econômica dos pais do impetrante para custear a aquisição do medicamento em apreço, à enfermidade em questão, à urgência na utilização do medicamento Revatio (citrate de sildenafil), devidamente registrado junto à Anvisa, entendo que, em face dos pressupostos contidos no art. 4º da Lei 4.348/64, a ausência do medicamento solicitado poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida do paciente, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que demonstra, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão deduzida na ação mandamental, cuja liminar foi devidamente mantida, à unanimidade, pelo Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte no julgamento de seu mérito, realizado em 07.11.2007. 8. Ante o exposto, indefiro o pedido (BRASIL, 2007).

No mesmo sentido é o entendimento da Suprema Corte, posto no voto do Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 507072, interposto pelo Estado de Minas Gerais:

Ademais, consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que o Estado não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à vida, de medicamento que não esteja na lista daqueles oferecidos gratuitamente pelas farmácias públicas, é dever solidário da União, do estado e do município fornecê-lo. Nesse sentido, AI 396.973 (rel. min. Celso de Mello, DJ 30.04.2003), RE 297.276 (rel. min. Cezar Peluso, DJ 17.11.2004) e AI 468.961 (rel. min. Celso de Mello, DJ 05.05.2004). O acórdão não divergiu desse entendimento. Do exposto, nego seguimento ao agravo de instrumento (BRASIL, 2006).

Assim, verifica-se que o dever do Estado, por meio do Poder Executivo, ao fornecimento de medicamentos de elevado custo é amplo, sendo dele a obrigação de fornecer os fármacos necessários ao tratamento a quem deles necessita.

Em que pese tal obrigação, o Poder Executivo busca meios para tentar se eximir do dever do fornecimento de tais medicamentos, argumentando no sentido de existir dificuldade financeira e orçamentária para adimplemento da aludida obrigação.

Não se pode olvidar da decisão proferida por Carlos Alberto Violante (2002, p. 75), ao apreciar o pedido de assistência farmacêutica formulado em uma ação ordinária contra a Fazenda

do Estado de São Paulo:

[...] é cristalino o dever do Estado de prestar atendimento ao doente, e não o atendimento precário, inadequado e incompleto, que, lamentavelmente, defende a Fazenda-ré. Pretende não atender as justas reivindicações do autor, sob o pequeno e mesquinho argumento de que estaria abrindo perigoso precedente, com grave risco às finanças públicas e que, então, o autor seria um privilegiado em detrimento de toda a coletividade. Se precedente houvesse, seria um salutar precedente, pois atender à saúde de todos não é negar atendimento adequado a cada um dos cidadãos necessitados. Não se compreende bem, mas consegue a Fazenda Pública Estadual concluir que o atendimento às necessidades do autor, reconhecidamente enfermo e carente, seja contrário ao interesse público. Bem maior que a vida humana não há. Prestar atendimento à saúde do autor é protegê-lo a vida, com indubitável apoio no interesse público da coletividade, superior a qualquer dificuldade de ordem financeira e orçamentária, aliás solucionável. [...] *É muito simplista a posição da ré, de eximir-se de prestar o adequado tratamento à saúde do autor, para ele questão de vida ou morte, para a Fazenda a preocupação com o orçamento.*

Corroborar esse entendimento André Ramos Tavares (2007, p. 755), aduzindo que “*não só todos têm direito à saúde como esta deve ser prestada de maneira completa, sem exclusões de doenças e patologias, por dificuldades técnicas ou financeiras do Poder Público*”.

Dessa forma, pode-se observar que o bem jurídico protegido pelo direito à saúde, e conseqüentemente, ao medicamento, é a vida, e sendo esse um bem supremo, questões financeiras e orçamentárias não podem se sobrepor a ele, de modo que o Poder Executivo não pode se furtar da obrigação de fornecer medicamentos de elevado custo considerando apenas tais elementos de ordem financeira.

Assim, o dever do Poder Executivo ao fornecimento de medicamentos de elevado custo deve ser maior que sua preocupação com as finanças públicas e com o respectivo orçamento, na medida em que, para esses dois elementos, existem soluções que podem ser encontradas pelos administradores, a passo que, para um doente, o tratamento imediato é indispensável à manutenção da vida.

Outra questão relevante a respeito da obrigação do Estado no fornecimento de medicamentos, leia-se os de elevado custo, refere-se à aplicabilidade das normas constitucionais relativas a esse assunto.

Embora exista a Lei n. 8.080/90, a qual dispõe sobre questões relativas às ações e serviços de saúde, as normas constitucionais referentes a direitos fundamentais têm aplicação imediata, conforme estabelece o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Rodrigo Lacerda Carelli (2003, p. 256) entende que os direitos fundamentais não carecem da legislação inferior para se auto-realizarem, devendo ser garantidas de imediato pelo Estado, “*instância de concretização, mas também instância de decisão para a realização dos direitos do Homem*”, com vistas à sua concretização. Nesse sentido, cumpre ainda trazer o entendimento de

Márcia Corrêa (1998, p. 80):

A aplicabilidade direta, a nosso ver, estende-se à totalidade dos direitos fundamentais e não apenas ao Capítulo I, do Título II, da Constituição. Isto porque o legislador constituinte optou por utilizar, no art. 5º, § 1º, a abrangente expressão direitos e garantias fundamentais. Ora, se pretendesse o constituinte restringir a aplicabilidade direta somente aos direitos individuais e coletivos, teria certamente empregado tal expressão, que constitui, aliás, epígrafe do capítulo I, ou então diria, por exemplo, que as normas definidoras dos direitos estabelecidos neste capítulo têm aplicação imediata.

Considerando que o direito ao medicamento decorre diretamente do direito à vida e à saúde, ambos direitos fundamentais, sendo dotados, portanto, de aplicabilidade imediata, verifica-se mais uma razão para que o Poder Executivo forneça medicamentos de elevado custo a quem deles necessita.

Portanto, tendo em vista todos os argumentos levantados, verifica-se que é obrigação do Estado, compreendendo a União, os Estados Federados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio dos respectivos Poderes Executivos, o fornecimento de medicamentos de elevado custo.

3 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Em que pese tal dever, vale-se o Estado da teoria da reserva do possível, a qual visa demonstrar que o ente estatal deve garantir apenas o mínimo do direito à saúde. Desse modo, a concretização do direito à saúde depende, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 481), de grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado, de modo que se adere à construção da dogmática da reserva do possível para afirmar que a existência dos direitos sociais pressupõe a existência de numerário nos cofres públicos.

Assim, a teoria da reserva do possível vem sendo muito utilizada em razão da escassez de recursos públicos para financiar os meios de assegurar os direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal de 1988:

A teoria da reserva do possível entende que os direitos sociais não são ilimitados, já que encontram limites na possibilidade orçamentária do Estado, ou seja, os direitos sociais só serão efetivados quando o poder público estiver possibilitado financeiramente (DALVI, 2008, p. 273).

Neste panorama, o direito à saúde, e conseqüentemente ao medicamento, é direito social, de forma que está submetido, em tese, à teoria da reserva do possível. Ademais, para José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 481), a vinculação razoável e possível do Poder Executivo em relação aos direitos sociais consiste na garantia do mínimo existencial, por meio do qual estaria cumprindo o dever estatal de garantir a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, ao analisar essa questão, observa-se que o direito à saúde e ao medicamento é

também direito fundamental, haja vista que está intimamente relacionado com o direito à vida e com o princípio da dignidade a pessoa humana.

Assim, tais direitos devem ser prioridade do Estado, de modo que é inadmissível garantir apenas o mínimo quando ele deve usar de todos os meios para assegurá-lo de forma plena, vez que o uso do medicamento proporciona vida mais digna, concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Constituição Federal como fundamento do Estado, bem como concretiza a meta constitucional idealizada pelo Estado em promover o bem-estar de todos.

A tarefa estatal – que não pode ser transferida para o setor privado, pois assim os menos favorecidos restariam de vez desamparados – é realmente complexa, uma vez que exige muitos investimentos. A CF criou uma série de fontes de arrecadação na área da saúde, e de fato são realizados investimentos vultosos, que, no entanto, estão longe de ser suficientes. Ao lado da massiva arrecadação, vive a Administração Pública sob o manto da ineficiência e da falta de programas de Estado, sem falar na corrupção, mal que aos poucos vai digerindo as estruturas do Estado. Além disso, outros elementos concretos propiciam o aumento dos gastos, como o desenvolvimento das técnicas e aparelhos (sempre de alto custo), o crescimento de epidemias e o aumento da expectativa de vida da população (BARROSO, 2009, p. 49-50).

Dessa forma, observa-se que a garantia do direito à saúde é atividade que gera elevados custos ao Poder Executivo, devendo os gastos nesta área ser realizados de modo racional, o que não significa limitação de investimentos, de modo que esses devem ser centrados nas atividades essenciais, ou seja, assegurando direitos fundamentais.

Assim, a concretização desses direitos não deve ficar condicionada às possibilidades orçamentárias do Poder Executivo, de modo a não mitigar o direito à saúde e aos medicamentos essenciais às pessoas.

É evidente que a ausência total de recurso gera impossibilidade de implementar o direito à saúde, entretanto, os recursos existentes devem ser utilizados de modo a priorizar as ações nessa área. As questões orçamentárias devem ser resolvidas, dentro da legalidade, observando que os recursos públicos devem ser aplicados, prioritariamente, nas atividades essenciais, como o fornecimento de medicamentos.

Deste modo, ainda que não seja o ideal, o Poder Executivo deve garantir a máxima efetividade possível do direito à saúde, e não apenas reservar o mínimo de recursos a este setor fundamental ao exercício dos demais direitos constitucionais.

Segue daí que a reserva do possível é uma teoria incongruente com o Texto Constitucional. Tendo este trabalho percorrido sobre o dever do Estado de fornecer medicamentos de elevado custo, bem como a respeito da teoria da reserva do possível, é mister agora ressaltar quem são os beneficiários do medicamento gratuito.

4 OS DESTINATÁRIOS DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

No tocante à distribuição de medicamentos de elevado custo, o Poder Executivo não pode criar obstáculos de acesso aos fármacos indispensáveis à manutenção de vida digna valendo-se de

mecanismos de segregação.

Assim, a Lei 8.080/1990, que regula as ações e serviços de saúde, consagra o princípio da universalidade em seu artigo 2º, § 1º, dispondo que:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1990).

Como foi visto, à luz do princípio da universalidade, todos têm direito de receber tratamento igualitário do Estado, independentemente de suas características socioeconômicas. Nesse sentido, Luiz Alberto David Araújo e Nunes Junior (2007, p. 487) entende que “o princípio do acesso universal traduz que os recursos e ações na área de saúde pública devem ser destinados ao ser humano enquanto gênero, não podendo, portanto, ficar restritos a um grupo, categoria ou classe de pessoas”.

Assim, o Poder Executivo não pode considerar renda *per capita* ou familiar para conceder ou negar auxílio farmacêutico a quem dele necessita, pois tal conduta consiste em uma forma de discriminação, repudiada pela Constituição Federal.

Um ser humano que auferir renda superior à média nacional, considerado de classe social alta, pode não suportar o ônus gerado pelo custeio de um tratamento através de medicamento de elevado custo, seja pelo seu alto valor pecuniário unitário ou pelo uso contínuo ou prolongado.

A distribuição de medicamentos deve ser igualitária e universal, pois o Poder Executivo não pode privilegiar determinada classe social em detrimento de outra. Apesar de as pessoas de baixa renda precisarem de maior atenção do Estado, este não deve prestar auxílio farmacêutico apenas aos mais carentes e deixar de observar as necessidades dos que detêm maior poder aquisitivo.

O tratamento igualitário ao qual todos têm direito refere-se à forma de atendimento, de modo que duas pessoas distintas, que sofrem da mesma doença, devem ser atendidas da mesma maneira, para não privilegiar uma e nem negligenciar outra.

Para efeito de fornecimento de medicamentos, o fato de a pessoa que solicita o medicamento ser ou não usuária do Sistema Único de Saúde não deve ser considerado, na medida em que, conforme exposto anteriormente, pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da universalidade, ao Poder Executivo não é dado usar critérios discriminatórios para distribuição de medicamentos.

Uma pessoa que detém condições de suportar o custo de um tratamento clínico particular ou por meio de plano de saúde, pode não conseguir adquirir o medicamento necessário ao seu tratamento, haja vista que o alto custo pode se dar em razão de seu valor unitário, assim como pode decorrer do seu uso contínuo ou prolongado.

O fato de a pessoa não ter necessitado da assistência do Poder Executivo durante seu

tratamento clínico não significa que, posteriormente, ela não possa ter direito a auxílio farmacêutico proveniente do Estado. Ao negar o fornecimento de um medicamento a uma pessoa nessa situação, o Estado nega, também, o exercício do direito fundamental à saúde

Portanto, qualquer pessoa que necessite de um auxílio farmacêutico por parte do Estado, tem direito de recebê-lo independente de sua condição socioeconômica e de ser ou não usuário do Sistema Único de Saúde.

5 O PAPEL JUDICIÁRIO DIANTE DA NEGATIVA DO PODER EXECUTIVO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ELEVADO CUSTO

Conforme analisado, o Estado tem o dever de fornecer medicamentos de elevado custo à população, mas, mesmo assim, busca meios para se eximir dessa obrigação. Pode ocorrer de o Poder Executivo, nas vias administrativas, negar-se a fornecer o medicamento de elevado custo.

Tendo em vista que o fornecimento de fármacos, ainda que de alto custo, é englobado pelo direito à saúde, sendo esse direito de todos e dever do Poder Executivo, a negativa do seu fornecimento lesiona direitos fundamentais atribuídos a todos pela Constituição.

A Constituição Federal assegura, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que não será afastada do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direitos. Trata-se de garantia do livre acesso à justiça, complementada pelos princípios do devido processo legal. Deste modo, o Judiciário tem condições de atuar, quando provocado, frente à negativa do Poder Executivo de fornecimento de medicamentos à população, de modo a assegurar que o direito individual, a vida, seja respeitado.

É de verificar-se Paulo Fernando Silveira (2007, p. 151), quando aduz que sem o livre acesso ao Poder Judiciário, o qual tem a missão de resguardar o direito e os interesses da minoria, “não é possível alguém conseguir defender seus direitos individuais”. Trata-se, portanto, do exercício do direito de buscar a tutela do Judiciário, utilizando-se dos instrumentos cabíveis, quando existir alguma lesão ou ameaça a direito.

O Estado possui poder político, composto de três funções: a executiva, a legislativa e a jurisdicional. José Afonso da Silva (2005, p. 106) revela que o exercício de tais funções é indispensável, na medida em que visa ordenar as relações entre os indivíduos da sociedade estatal, para manter um mínimo de ordem e estimular ao máximo o progresso, de modo a objetivar o bem comum.

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 2º, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Dessa forma, o diploma constitucional confia cada uma das funções estatais a órgãos diferentes, a saber: órgão ou poder Executivo, órgão ou poder Legislativo e órgão ou poder Judiciário, que exercem as respectivas funções.

Assim, esta divisão de poderes não é prejudicada quando o Judiciário, por meio de uma decisão judicial, impõe obrigações ao Executivo com o intuito de preservar direitos fundamentais, na medida em que apenas se utiliza do mecanismo de freios e contrapesos para defender tais direitos. Não se pode perder de vista o entendimento de Luís Roberto Barroso (2009, p. 50):

[...] constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isso ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo -, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito um direito fundamental previsto na constituição ou para dar cumprimento à alguma lei existente.

Como se viu, além de dividir os poderes políticos, a Constituição Federal dispõe que eles devem ser harmônicos entre si. Tal harmonia é observada nas normas de cortesia de trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades inerentes a cada um, sobre isso, ressalta Pedro Abramovay (2012, p. 32) que:

A relação entre os Poderes não pode ser vista como fruto de atribuições expressas, predefinidas e impermeáveis. A única maneira de o princípio da separação de Poderes conviver com a democracia e exercer a sua principal função de combater o arbítrio é de um permanente ambiente de diálogo constitucional.

Vê-se, pois, que a divisão dos poderes políticos não é afetada quando o Poder Judiciário determina o fornecimento de medicamentos de elevado custo à população, vez que não se trata de usurpação da função do Poder Executivo, mas forma de controle e fiscalização exercida sobre os atos desse poder que afrontam direitos fundamentais inerentes à população: o direito à vida, saúde e, conseqüentemente, ao medicamento.

Outra discussão relevante consiste na vedação de o Judiciário poder determinar que o Poder Executivo forneça medicamentos de elevado custo à população, porque o Executivo e o Legislativo são compostos por pessoas eleitas pelo povo por meio da maioria de votos, sendo, portanto, seus representantes, manifestando, assim, a vontade de maioria, ao contrário do Judiciário, que não é poder formado por representantes da população.

Assim, dois dos três poderes governamentais instituídos são representativos, ou seja, representam a vontade da maioria pelo fato de seus componentes terem sido eleitos pela maioria. Entretanto, o direito da minoria não pode ser violado. Para tal direito ser salvaguardado, a Constituição Federal institui o Judiciário como um poder antimajoritário, justifica Paulo Fernando Silveira (2007, p. 137):

Para que o judiciário possa livremente e com segurança, exercer o controle da vontade da maioria, geralmente veiculada por lei, ele foi elevado à condição de poder político, com essa missão precípua: a de confrontar a vontade do legislador (hipoteticamente representando a vontade da maioria), com a Constituição, ou

seja, a vontade geral da nação, ou do povo, de onde emana o todo o poder político dos três ramos governamentais.

Não se pode olvidar da divisão dos poderes trazida por Charles-Louis de Secondat Montesquieu (2000, p. 167-168): “existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes e poder executivo daqueles que dependem do direito civil”. Esse terceiro poder ele chamou também de “poder de julgar”, sustentando que “se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Portanto, o Judiciário atua no sentido de evitar que a legislação crie obstáculos à efetivação dos direitos individuais - sendo o maior desses o direito à vida - em razão deles não resplandecerem, na grande parte das vezes a vontade da maioria.

O direito à vida se desdobra em outros, sendo que um desses desdobramentos é o direito à saúde, o qual pode ser exigido do Poder Executivo, inclusive no que tange ao direito de receber dele medicamentos de elevado custo. Tal exigência pode ser feita através das vias judiciais, na medida em que há uma afronta ao direito individual à vida e à saúde quando o Poder Executivo nega o fornecimento de um desses medicamentos à população:

A nossa Constituição instituiu o judiciário como poder político não eleito, porém em igualdade de força política com os outros dois ramos governamentais. Ao judiciário, foi reconhecido o poder político de anular as leis feitas pelo Congresso Nacional e dos atos da administração pública que violarem a constituição (SILVEIRA, 2007, p. 138).

A omissão do Executivo de fornecer medicamentos configura um ato administrativo, ou seja, realizado pela administração pública, o qual é contrário à Constituição Federal, por infringir um direito fundamental. Assim, o Judiciário tem legitimidade para revertê-lo ao determinar que o medicamento pleiteado seja fornecido.

Ao ponderar questões referentes à negativa no fornecimento de medicamentos de elevado custo à população, os juízes estão desempenhando sua função de guardião do ordenamento jurídico brasileiro, atuando no sentido de evitar que direitos da população, em especial os direitos fundamentais, sejam violados, bem como a função de controle e fiscalização dos atos praticados pelos poderes Executivo e Legislativo.

Para o órgão forense observar essas questões relativas a medicamentos, é necessária a propositura de ações judiciais a fim de obter a tutela pretendida, vez que ele não age de ofício, ao contrário do Poder Executivo, o qual atua independente de provocação.

Os instrumentos hábeis para se buscar judicialmente que o Executivo cumpra sua obrigação de fornecer medicamentos de elevado custo à população consistem nas ações de conhecimento, no mandado de segurança e na ação civil pública, pois não existem ações específicas para a tutela do direito ao medicamento (GOUVÊA, 2003, p. 103).

A escolha da ação judicial deve ser pautada nas características de cada uma delas, de modo a se optar pelo instrumento apto a atingir o fim desejado. No plano individual, o doente ou seu representante legal pode ingressar com ação de conhecimento ou mandado de segurança, enquanto em âmbito coletivo, o instrumento cabível é a ação civil pública.

A ação de conhecimento tramita sob o rito do procedimento ordinário. Esta possui uma fase específica para a produção de provas a qual se destina à realização de perícias e oitivas das partes e das testemunhas (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 377). Assim, quem pleiteia o fornecimento de medicamentos de elevado custo por parte do Poder Executivo, que não tenha pré-constituídas as provas da eficácia do medicamento no seu tratamento clínico, deve utilizar esta ação, vez que, por meio de perícias, existe a possibilidade de comprovar a necessidade.

Por outro lado, possível também é o mandado de segurança. Conforme Hely Lopes Meirelles (2006, p. 21-22) trata-se de meio constitucional disponibilizado a toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade.

Idem com relação a Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 20), para quem “o mandado de segurança nasceu e se desenvolveu no direito brasileiro como medida apta para tutelar direitos lesionados ou ameaçados por autoridade pública”.

Por sua vez, para Hely Lopes Meirelles (2006, p. 38) justamente pelo fato de proteger direitos líquidos e certos, ou seja, previamente comprovados, não há instrução probatória no mandado de segurança, sendo que as provas para demonstrar a liquidez e a certeza do direito devem acompanhar a inicial, salvo quando estas estiverem na posse da autoridade coatora. Assim, exige-se a prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante.

No que tange aos medicamentos, a certeza e a liquidez exigidas para impetrar o mandado de segurança consistem na comprovação da eficácia do fármaco pleiteado, ou seja, na demonstração de que o medicamento requerido é o indicado para o tratamento das mazelas do impetrante. O direito lesado ou ameaçado por ato de autoridade é o direito à vida e à saúde. Tal ato consiste em omissão do Executivo, pelo fato dele ter negado o fornecimento do medicamento.

A ação civil pública, de sua parte, foi instituída pela Lei 7.347/85 para tutelar interesses difusos e coletivos da sociedade, sendo que o seu artigo 1º arrola, exemplificativamente, situações em que é cabível a propositura desta ação. Têm legitimidade ativa o Ministério Público, as pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais.

É de ser revelado que, para Márcio Flávio Mafra Leal (1998, p. 188) a ação civil pública “era originalmente o nome da ação do Ministério Público como autor, não havendo relação com a dimensão difusa e coletiva do direito material, dimensão esta assumida somente com a Lei 7.347/85”.

Por sua vez, Hely Lopes Meirelles (2006, p. 179-180) entende que o Ministério Público, primeiro legitimado da ação, detém melhores condições para proposição da ação, “por sua independência institucional e atribuições funcionais. Além disso, está isento de custas e honorários

no caso de improcedência da demanda”.

Ademais, a própria CF, em seu artigo 127, atribui ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública no âmbito do direito à saúde, especificamente no que tange a medicamentos, uma vez que se trata de interesses social e coletivo, sendo, ainda, tal direito indisponível.

O Ministério Público pode propor ação civil pública visando à inclusão de determinados medicamentos de elevado custo da Relação Nacional de Medicamentos, bem como nas relações de medicamentos elaboradas pelas Secretarias Estaduais de Saúde, para que o fármaco seja distribuído gratuitamente à população, através do Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2009, p. 35-36):

O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apelas no âmbito das ações coletivas (para a defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos erga omnes no limite territorial da jurisdição de seu prolator).

Assim, esse entendimento reforça a afirmação de que as listagens de medicamentos elaboradas pelos Estados membros podem ser revisadas por meio de uma ação civil pública, a qual é uma ação coletiva que tutela direitos indisponíveis, difusos e coletivos. Contudo, ressalta Hely Lopes Meirelles (2006, p. 170) essa modalidade de ação não impede a propositura de ações individuais sobre o mesmo objeto e não gera litispendência.

Dessa forma, a ação civil pública é um instrumento hábil a buscar o fornecimento de medicamentos de elevado custo por parte do Estado, assim como é evidente a legitimidade do Ministério Público para compor o pólo ativo da aludida ação.

CONCLUSÃO

O direito à saúde, e conseqüentemente aos medicamentos, está consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 196, assim como está expresso o dever do Estado, por meio do Poder Executivo, em assegurar tal direito, sendo evidente.

Verifica-se que a Constituição Federal positiva o princípio da igualdade, de modo que a população pode ter acesso ao medicamento de elevado custo indispensável ao tratamento de suas mazelas, sendo vedado ao Estado a criação de mecanismos de segregação de qualquer natureza como critérios para a distribuição desses medicamentos.

A negativa do Estado no fornecimento de fármacos, incluindo aqui os três entes da Federação, constitui ato lesivo ao direito fundamental à vida e à saúde de quem os requer, podendo, então, ser alvo de análise do Poder Judiciário por meio de ações de conhecimento, mandados de segurança e ações civis públicas, conforme a necessidade do autor.

O fato de o Poder Judiciário reverter qualquer ato administrativo lesivo, bem como determinar uma conduta positiva do Executivo, não interfere na divisão dos poderes políticos instituídos, porque esse poder está no desempenho sua função precípua: a defesa da Constituição Federal e do próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, é de ser revelado o dever do Poder Executivo de garantir os direitos fundamentais à vida e à saúde por meio do fornecimento de medicamentos de elevado custo, de modo a assegurar o acesso de tais medicamentos à população. A negativa desse fornecimento consiste em ato administrativo lesivo, o que caracteriza uma omissão capaz de infringir normas constitucionais, o que pode ser alvo de análise pelo Poder Judiciário, o qual se valerá de todos os meios e remédios legais-constitucionais para fazer cessar tal lesão.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro. **Separação de poderes e medidas provisórias**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, ano 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 507072**. Agravante: Estado de Minas Gerais. Agravado: José Carraro. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 30 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=medicamentos%20e%20lista%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Recurso Extraordinário nº 273.834-4**. Segunda Turma. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Cristiane Carneiro Bortolaz. Relator: Ministro Celso de Melo. Julgado em: 31 out. 2000. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 2 fev. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão Segurança nº 3382**. Requerente: Estado rio Grande do Norte. Requerido: Relator do Mandado de Segurança nº 20070046760 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Ministra Presidente Ellen Gracie. Julgado

em: 22 nov. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=medicamentos%20e%20lista%20E%20S.PRES.&base=basePresidencia>. Acesso em: 13 mar. 2020.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova Lei do mandado de segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1984.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Direitos constitucionais sociais e os direitos fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 252-257, jan./mar. 2003.

CORRÊA, Márcia Melhomens Sirotheau. **Caráter fundamental da inimizabilidade da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

DALVI, Luciano. **Direito constitucional esquematizado**. Florianópolis: Conceito, 2008.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 370, p. 103-134, 2003.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Paulo Fernando. O poder judiciário e os direitos individuais (duas poderosas forças antimajoritárias). **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, Brasília, n. 8, p. 121-153, abr./jun. 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIOLANTE, Carlos Alberto M. S. M. Sentença pretendida condenação do estado ao fornecimento de medicamentos, materiais hospitalares e produtos de higiene e limpeza. Antecipação da tutela. Procedência. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**,

São Paulo, v. 3, n. 8, p. 74-75, mar./abr. 2002.

Como citar: CORRÊA, Daniel Marinho; AMARAL, Ana Cláudia Zuin Mattos do; MARQUESI, Roberto Wagner. A judicialização das questões relativas à recusa do Estado em fornecer medicamentos de alto custo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 49-67, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n1p49. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 03/08/2020

Aprovado em: 05/03/2021

**SOCIEDADE LIMITADA E EIRELI: UMA ANÁLISE SOBRE A
DIVISÃO DOS RESULTADOS**LIMITED LIABILITY COMPANY AND EIRELI: AN ANALYSIS OF
THE DIVISION OF PROFIT**Simone Menezes Gantois***
Leonardo Sant'anna**

*Mestranda em Direito Empresarial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) (linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas). Professora da graduação e pós-graduação da Universidade Estácio de Sá. Professora de Direito Empresarial da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, integrante do programa de Monitoria Acadêmica. Advogada consultora.
E-mail: simonediasmenezes@uol.com.br;

**Doutorado em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP) da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF), Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Parecerista da Seção de Propriedade Intelectual da Revista Semestral de Direito Empresarial (RSDE), Revista Quaestio Iuris, da Revista da Faculdade de Direito (RFD) da UERJ e do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Professor Adjunto de Direito Comercial. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) e da Graduação da Faculdade de Direito da UERJ.
E-mail: santanna44@gmail.com;

Como citar: GANTOIS, Simone Menezes; SANT'ANNA, Leonardo. Sociedade limitada e EIRELI: uma análise sobre a divisão dos resultados. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 68-86, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v25n1p68. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente estudo faz uma análise da divisão dos resultados na sociedade limitada e na EIRELI, a partir de suas características legais principais, mostrando as possibilidades de divisão do resultado pouco exploradas que esses tipos societários podem apresentar sobre o tema. Fez-se um breve estudo acerca desses dois tipos societários, e em tópico próprio, destacou-se a divisão de resultados, primeiro em relação ao prejuízo e risco do exercício da atividade e, em seguida, em relação a lucratividade e sua partilha entre o(s) sócio(s), apresentando as possibilidades contratuais sobre o tema, com relação aos dois modelos societários. Ao final, apresentou-se uma conclusão onde se demonstrou para onde ainda é possível juridicamente avançar com relação a divisão de resultados, dada as possibilidades que decorrem desses dois modelos societários. Para demonstração dessa orientação, foi realizada uma pesquisa teórica, utilizando-se, como método, a fonte jurídica primária; a lei, parametrizando-a com doutrina especializada, bem como as orientações seguidas pelos tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Direito societário. Sociedade. Sociedade limitada. EIRELI. Lucro. Resultado.

Abstract: This study analyzes the division of profits in the limited liability company and in the EIRELI, starting from its main legal characteristics, showing the little explored possibilities of dividing the profit that these modes of companies may present on the subject. A brief study was made about these two corporate configurations, and in a specific topic, the division of results was highlighted, first in relation to the loss and risk and then, in

relation to the profitability and its sharing among the partner(s), presenting the contractual possibilities of the subject, regarding the two corporate models. At the end, a conclusion was presented showing where it is still legally possible to advance regarding the division of results, given the possibilities arising from these two corporate models. To demonstrate this orientation, a theoretical research was conducted, using as its method the bibliography review of law, specialized doctrines and scientific articles, as well as guidelines followed by Brazilian courts.

Keywords: Corporate law. Company. Limited liability company. EIRELI. Profit division.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade limitada é um tipo societário muito utilizado no Rio de Janeiro¹.

Isso porque, é um tipo societário com uma boa maleabilidade e que serve para o desenvolvimento de pequenas ou grandes atividades econômicas, empresárias ou não, assim como permite criar estruturas societárias simples², ou complexas, dependendo para tanto, da vontade do cliente e da qualidade do advogado especialista.

Como os empreendimentos no Brasil³ eram e ainda são pequenos, a grande maioria das sociedades eram criadas com apenas dois sócios. Era comum que um deles fosse apenas de fachada⁴, com 1% (um por cento) ou 2% (dois por cento) do capital social, e assim compoendo a pluralidade de sócios que era legalmente exigida e conseguindo, com isso, fugir do regime jurídico ilimitado de responsabilidade do empresário individual pelos riscos da atividade desenvolvida.

Durante muito tempo a sociedade limitada ocupou isolada esse protagonismo, até que a partir de 2011, com o advento da Lei nº 12.441/11, com vigência a partir de 09/01/2012, foi trazida para o ordenamento jurídico brasileiro a figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), que só pode ter um sócio, tem personalidade jurídica e o regime de responsabilidade é limitado ao capital social.

A partir desse marco legal esse protagonismo, de certo modo, passou numericamente a ser dividido. EIRELI e sociedade limitada passaram, quase parelha, a encabeçar os números de novas sociedades⁵ constituídas, mas ainda assim a sociedade limitada continuou apresentando uma ligeira vantagem, que muito provavelmente estava ligada a obrigatoriedade do capital social mínimo exigido na EIRELI, diferentemente do que ocorre na sociedade limitada.

No início do ano passado, via Medida Provisória nº 881/19, publicada no Diário Oficial de 30/04/2019, regulamentada pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), pela IN DREI nº 63, revogada pela IN DREI nº 81/20, publicada no Diário Oficial de 14/06/2019 e que veio a ser convertida na Lei nº 13.874/19, apelidada de Lei da Liberdade Econômica, alterou-se, entre outras coisas, o regime jurídico da sociedade limitada passando a permitir que esse tipo societário seja constituído por apenas um sócio.

Comparando os dados oficiais da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro (JUCERJA)⁶, estabelecendo uma relação dos primeiros meses de 2019 e de 2020, que exhibe um período antes e depois da entrada em vigor da Lei nº 13.874/19, no qual se passou a admitir a sociedade limitada unipessoal permanente, o tipo societário limitada voltou a ser protagonista entre os tipos societários disponíveis no ordenamento brasileiro.

Fazendo um recorte apenas do mês de janeiro/2019, antes da MP nº 881/19, observa-se foram abertas 1.499 sociedades limitadas, para 1.363 EIRELI, já em janeiro/2020, após a edição da Medida Provisória, foram abertas 1.993 sociedades limitadas para 1.177 EIRELI. Como se vê, a sociedade limitada voltou a ser a preferida, dos fluminenses pelo menos.

Embora a sociedade limitada lidere a preferência hoje no Estado do Rio de Janeiro, a

1 Essa pesquisa levou em consideração dados estatísticos da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro.

2 Constituídas por contratos sociais feitos com base em minutas disponíveis nos sites das Juntas Comerciais dos Estados da Federação ou na rede mundial de computadores e, na maioria dos casos, redigida por um contador, que não é advogado. Isso quando não faz sem nenhuma assessoria. Essa é, inclusive, a realidade dos pequenos empreendimentos no Brasil.

3 Segundo a cartilha com o Perfil das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, elaborada pelo SEBRAE, em abril são responsáveis por 54% dos empregos formais, (SEBRAE, 2018, p. 4), no Brasil elas representam 98,5% do total de empresas privadas e respondem por 28% do PIB.

4 Também chamados de homens de palha, expressão usada para fazer referência a sócio que participa da sociedade apenas com o fim compor a pluralidade de sócios, conforme exposição de motivos da Lei nº 6.404/76, quando justifica a regulamentação da subsidiária integral. Exposição de Motivos 196, de 24/06/1976, do Ministério da Fazenda (BRASIL, 1976).

5 A EIRELI foi incluída como sociedade por ser essa a adesão dogmática do autor deste trabalho.

6 Dados extraídos da Estatística Comparativa da JUCERJA 2019/2020 (JUCERJA, 2020).

EIRELI continua contando com a simpatia dos empreendedores, tornando relevante o objeto deste estudo. Mas, afinal, para onde vamos?

Partindo da importância contemporânea destes dois tipos societários, que mais adiante serão analisados em suas características gerais, buscaremos aprofundá-los, em um viés pouco explorado pela doutrina, que é a distribuição de seus resultados entre os sócios e novas possibilidades e perspectivas que podem dele derivar.

2 A SOCIEDADE LIMITADA

A gênese da sociedade limitada é alemã. Em 1892, foi criada e disciplinada sob o nome sociedade de responsabilidade limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung – GmbH*), tendo sido seguida por Portugal, em 1901, que a denominou sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

Inspirado na legislação portuguesa, o Brasil somente aderiu a esse tipo societário em 1919 através do Decreto nº 3.708/1919, apropriando-se da mesma nomenclatura dos portugueses. Essa legislação foi revogada pela entrada em vigor, da Lei nº 10.406/2002, o Código Civil de 2002 que passou a denominá-la, simplesmente, sociedade limitada e regulá-la a partir do artigo 1.052 ao artigo 1.087 do Código Civil.

A sociedade limitada nasceu como uma pessoa jurídica pluripessoal, porque pressupunha ser formada, no mínimo por dois sócios, que podiam ser pessoas naturais ou pessoas jurídicas. No entanto, a pluripessoalidade não é mais um traço característico da sociedade limitada, em razão das alterações normativas introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro em 2019, com a publicação da Lei nº 13.874/19, apelidada de Lei da Liberdade Econômica (BRASIL, 2019). Essa lei, alterou o artigo 1.052 do Código Civil introduzindo ao texto normativo dois parágrafos que assim dispõem:

Art. 1.052. [...]

§1.º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas.

§2.º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social (BRASIL, 2002).

Como se vê, desde 2019 já é possível constituir uma sociedade limitada unipessoal permanente, espancando de uma vez por todas a ideia ultrapassada de que o conceito de sociedade pressupõe pluralidade de sócios, opinião externada também por Alves (2014, p. 139) e Campinho (2016, p. 250).

O contrato social tem natureza jurídica de contrato plurilateral, plurilateralidade essa não relacionada com sinalagma, mas sim com a multiplicidade de relações que dele pode emanar.

A teoria do direito obrigações e a teoria geral dos contratos trabalham com a ideia de que os negócios jurídicos têm no mínimo duas partes porque elas manifestam sua vontade convergente para celebração das obrigações ali pactuadas, que podem ser mútuas ou não, e gerará a clássica nomenclatura classificatória dos negócios jurídicos em unilaterais e bilaterais.

No contrato social as relações se estabelecem de forma diferente, porque, apesar do(s) sócio(s) estabelecer(em) inicialmente as regras que serão transpostas para o contrato, o(s) sócio(s) celebra(m) o contrato com a sociedade e não com os outros sócios. Tanto isso é assim que quando um sócio, por qualquer razão de direito, deixa a sociedade o instituto se denomina: resolução da sociedade com relação a um sócio e quem paga o valor patrimonial da participação do sócio que deixa a sociedade é a própria sociedade e não os demais sócios.

A partir dessa alteração normativa, alguns comentários têm sido feitos acerca da extinção da EIRELI, contudo não foi essa a escolha que fez o legislador, que poderia ter, nessa oportunidade revogado o artigo 980-A do Código Civil. Muito pelo contrário, ele além de não ter revogado ainda

introduziu um novo parágrafo ao dispositivo, mantendo-o vivo no ordenamento jurídico. A maior questão por trás disso é se a EIRELI continuará sendo útil, mas a vista dos dados estatísticos que introduziram esse trabalho parece que sim.

Neste tipo societário seus sócios são chamados quotistas e sua responsabilidade é restrita ao valor das suas quotas e solidária pela integralização do capital social. Esse regime para ser melhor compreendido deve ser dividido em duas partes, pois quando o artigo 1.052 do Código Civil diz que a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, está se referindo a responsabilidade que cada sócio tem com a sociedade, pelo capital que subscreveu e se comprometeu a integralizar, ao passo que ao dizer que todos respondem solidariamente pela integralização do capital social, o legislador refere a responsabilidade que todos os sócios têm com terceiros pelas obrigações sociais e essa responsabilidade é solidária apenas pelo valor do capital social a integralizar. Isso significa dizer que essa solidariedade vai durar apenas enquanto a sociedade tiver montante de capital social a integralizar, e uma vez integralizado, não há que se falar em responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade em decorrência do seu regime societário⁷.

Esse modelo societário não admite sócios que contribuam com serviços por expressa vedação legal, artigo 1.055, §2º do Código Civil. Exige-se dinheiro ou bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Corresponde ao tipo societário mais flexível disponível no ordenamento jurídico vigente porque permite desempenhar atividade econômica tipicamente empresarial, registrando-se, nesse caso no Registro Público de Empresas Mercantis (RPEM) ou atividade econômica não empresarial, caracterizando-se, assim como uma sociedade simples, e, por isso, seu ato constitutivo deve ser registrado no Registro Civil de Pessoas Jurídica (RCPJ), como prescreve o artigo 1.150 do Código Civil. Quanto a isso não há dúvida, o artigo 983 do Código Civil é claro ao dizer que a sociedade simples, pode escolher a sociedade limitada como um dos seus possíveis regimes jurídicos.

A doutrina diverge quanto a natureza jurídica da sociedade limitada, se ela seria sociedade de pessoas ou se ela seria uma sociedade de capital. Campinho (2016, p. 63) entende que a sociedade limitada é uma sociedade de pessoas porquanto tem presente a qualidade pessoal do sócio e caráter *intuitu personae*, do *affectio societatis*. Para Borba (2012, p. 80) não é possível definir a natureza jurídica da sociedade limitada *a priori*, porque isso dependerá de uma análise pormenorizada do contrato social. A depender da forma como vier a ser concebido o contrato social, suas cláusulas contratuais darão indícios da natureza jurídica assumida, se de pessoas ou de capitais (cessão de cotas, penhora, falecimento de sócio) e, por essa razão sua natureza jurídica seria híbrida.

De fato, a plasticidade das regras dispositivas que integram seu regime jurídico permite que a sociedade limitada assumo o perfil que melhor lhe aprouver a partir escolhas sobre termos que denotariam *affectio societatis*⁸, com caráter *intuitu personae*, ou *intuitu pecunia*.

Apesar disso, assumimos um posicionamento intermediário, que apesar da plasticidade do regime jurídico da sociedade limitada, que possui regras dispositivas, se se reconhecer e aderir automaticamente as regras gerais que lhe são próprias essa sociedade será uma sociedade de pessoas. Um exemplo elucidativo, é a opção ou não pela regência supletiva das normas de sociedade anônima facultada pelo artigo 1.053, parágrafo único do Código Civil, que depende de previsão expressa no contrato social, essa opção, provavelmente, ensejaria um perfil de sociedade de capitais, enquanto que, se o contrato for silente prevalecerá a aplicação das normas do regime jurídico das sociedades do tipo simples, que possuem regras que são absolutamente incompatíveis com um perfil capitalista.

7 Não se está a falar de outras hipóteses que podem ensejar a responsabilização de um sócio pelas obrigações sociais como em caso de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou responsabilização por atos *ultra vires* na condição de sócio e administrador da sociedade.

8 *Animus contrahendi societatis*, segundo Negrão (2015, p. 337).

A sociedade limitada é uma sociedade contratual, uma vez que seus atos constitutivos se consubstanciam em um contrato social, que exige forma escrita e cujas cláusulas contratuais essenciais obedecem, no que couber, o disposto no artigo 997 do Código Civil por força do disposto no artigo 1.054 do mesmo diploma legal. Quando a sociedade limitada for unipessoal o contrato social somente terá cláusulas que forem compatíveis com a unipessoalidade, como determina o §2º do artigo 1.052 do Código Civil.

Nela é possível escolher entre duas espécies de nome empresarial, firma ou denominação. Com a permissão de constituição de sociedade limitada unipessoal, passou a ser possível, a adoção de firma individual para esse caso, permanecendo viva a possibilidade de escolher a firma coletiva ou social, obedecendo estritamente o regramento do artigo 1.158 do Código Civil, acrescida em qualquer caso da expressão Limitada por extenso ou abreviadamente (LTDA).

O capital social é dividido em quotas de valores iguais ou desiguais, distribuindo-se uma ou diversas entre o(s) sócio(s), tal como dispõe o artigo 1.055, *caput* do Código Civil. Essas informações constituem cláusula obrigatória do contrato social (artigo 997, IV do Código Civil).

Feitas essas considerações passemos a análise da EIRELI.

3 A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – EIRELI

A EIRELI foi introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 12.441/11 que acrescentou o artigo 980-A ao Código Civil, resultado de dois projetos de lei que tramitaram simultaneamente no Congresso Nacional, o PL 4.605/2009 e o PL 4.953/2009, cujos pormenores são muito bem detalhados por Alves (2014, p. 141), no artigo “A Empresa Familiar de Responsabilidade Limitada”.

A EIRELI é uma pessoa jurídica e não se confunde com empresário individual porque este é pessoa física, dotado de patrimônio único diferentemente da EIRELI, que, ao adquirir personalidade jurídica, passa a ter autonomia patrimonial, distinguindo o seu próprio patrimônio, do patrimônio pessoal do sócio que a integra.

Em sendo uma pessoa jurídica, qual a sua natureza jurídica? Não existe consenso na doutrina com relação a isso.

O legislador pátrio, nitidamente, fez uma escolha de sua orientação dogmática e não está só, Nunes (2014, p. 66), Tomazette (2017, p. 62), Gonçalves Neto (2016, p. 127), Ramos (2015, p. 44), e o Conselho da Justiça Federal, através de seus enunciados, defendem que a EIRELI não é sociedade, mas sim uma nova modalidade de pessoa jurídica —novo ente personificado— necessariamente unipessoal permanente.

A posição do legislador é denunciada, em primeiro lugar, pela topografia escolhida para introduzir o instituto no Código Civil. As sociedades começam a ser reguladas a partir do Título II, do Livro II do Código Civil enquanto que a EIRELI está no Título I-A, entre o Título I que trata do Empresário Individual e o Título II que trata de Sociedade, indicando que a EIRELI não seria nem uma coisa, nem outra.

Além disso, o legislador no artigo 44 do Código Civil, que enumera quais são as pessoas jurídicas de direito privado, separou a EIRELI das sociedades, respectivamente, nos incisos VI e II, justamente porque, para o legislador, são coisas distintas, se fossem iguais não teria ele se dado ao trabalho de inseri-la, porque a palavra sociedade já constava do texto normativo. O mesmo ocorre com o artigo 3º da LC 126/06 que cuida de Empresa de Pequeno Porte (EPP) e Microempresa (ME) cuja redação foi alterada pela LC 139/11 para incluir entre suas possibilidades a EIRELI, sendo que expressão sociedade empresária e sociedade simples já constavam de sua redação original;

Aos defensores, desse posicionamento, entre os quais se destaca Gonçalves Neto (2016, p. 128), os atos constitutivos da EIRELI seria uma declaração unilateral de vontade.

Abaixo, transcrevo o conteúdo dos enunciados da V Jornada de Direito Civil e I Jornada

de Direito Comercial promovidas pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) que indicam a orientação no sentido acima relatado:

Enunciado 469 CJF: Art. 44 e 980-A: A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personalizado (CJF, 2012, p. 76).

Enunciado 472 CJF: É inadequada a utilização da expressão “social” para as empresas individuais de responsabilidade limitada (CJF, 2012, p. 76).

Enunciado 3 CJF Comercial: A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária (CJF, 2013, p. 51).

Por outro lado, e ao nosso ver com razão, Alves (2014, p. 148), Travassos (2015, p. 133) e Campinho (2016, p. 250) reconhecem a EIRELI como uma sociedade unipessoal permanente, que cria um novo tipo societário. Essa orientação ignora a topografia do Código Civil e se fundamenta no fato de sempre existirem sociedades unipessoais permanentes no ordenamento jurídico, a exemplo da subsidiária integral (artigo 251 Lei nº 6.404/76) e a empresa pública (artigo 5º, II DL 200/67 e artigo 3º, Lei nº 13.303/16), isso aliado ao fato de que após a criação da EIRELI novos modelos societários unipessoais surgirem, como a sociedade unipessoal de advocacia (artigo 15, Lei nº 8.906/94, com redação dada pela Lei nº 13.247/16) e a sociedade limitada, demonstrando, no mínimo, que a topografia e a posição do legislador não sobrevivem quando não encontram substrato teórico e prático⁹.

O que se reconhece, é que a formação da EIRELI é institucional, porque nasce da manifestação de vontade de seu único integrante, que a institui.

E, por fim, apenas como argumento de autoridade, fazendo uma interpretação literal do artigo 980-A do Código Civil, que fala em “capital social”, “denominação social” e, principalmente no §3º que fala em “outra modalidade societária”, não resiste ao canto da sereia da primeira orientação.

Permitimo-nos ser repetitivos, apesar dos estritos e breves limites deste trabalho, mas é necessário, para deixar claro nosso posicionamento. Como dito, quando analisamos a sociedade limitada unipessoal nos itens anteriores, o contrato social é o ato constitutivo adequado para formar a sociedade limitada, e toda e qualquer sociedade contratual, e a EIRELI é uma de suas espécies. O contrato social tem natureza jurídica de contrato plurilateral, mas essa plurilateralidade não tem relação com sinalagma, mas sim pela multiplicidade de relações que dele podem emanar.

Observando esse ponto, a partir da teoria do direito obrigações e a teoria geral dos contratos, verifica-se que elas trabalham a ideia de que os negócios jurídicos têm no mínimo duas partes porque elas manifestam vontade convergente para celebração das obrigações ali pactuadas. Isso é do jogo dos negócios jurídicos, sobretudo os bilaterais ou sinalagmáticos, que estabelecem obrigações mútuas entre os contratantes. No entanto, no contrato social, as relações se estabelecem de forma diferente, porque, apesar do(s) sócio(s) estabelecer(em) inicialmente as regras que serão transpostas para o contrato, o(s) sócio(s) celebra(m) o contrato com *a sociedade* não com o outro

9 Em 2016, o Estatuto da OAB (Lei nº 8.906) foi alterado, pela Lei nº 13.247/16, dando nova redação ao artigo 15 e criando a sociedade unipessoal de advocacia. E mais recentemente, a Lei nº 13.874/19, alterou a redação do artigo 1.052 do Código Civil para introduzir dois novos parágrafos nos quais um deles passa a permitir que a sociedade limitada unipessoal, conforme já analisado.

sócio. Tanto isso é assim que quando um sócio por qualquer razão de direito deixa a sociedade o instituto se denomina: resolução da sociedade com relação a um sócio e quem paga o valor da participação do sócio que deixa a sociedade é a própria sociedade e não os demais sócios. Nunca é demais lembrar que resolução é uma espécie do gênero extinção do contrato, reguladas em Capítulo próprio no Código Civil dos artigos 472 a 480.

Em sendo constituída por um contrato social, seus requisitos devem obedecer, aos requisitos gerais e específicos inerentes aos contratos sociais, especificamente e, no que couber, ao disposto no artigo 997, com base no artigo 1.054 cuja observância é delineada pelo artigo 980-A, §6º, todos do Código Civil.

Por ser uma forma societária a EIRELI adquirirá personalidade jurídica com o registro de seus atos constitutivos no órgão competente, tal como enuncia os artigos 45 e 985 do Código Civil. Nesse sentido também, o enunciado 471 da V Jornada de Direito Civil do CJF: “Enunciado 471 CJF: Os atos constitutivos da EIRELI devem ser arquivados no registro competente, para fins de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou de registro de alterações dos atos constitutivos configura irregularidade superveniente.” (CJF, 2012, p. 76).

E qual o órgão competente para registro? O registro depende, em regra, da natureza jurídica da sociedade. Em se tratando de uma sociedade empresária, o órgão competente será o RPEM e em se tratando de uma sociedade simples o órgão competente será RCPJ.

A questão que precisa ser analisada é se a EIRELI admite ser apenas empresária ou se ela também admitiria ter um objeto simples (não empresarial). A grande maioria da doutrina, não enfrenta essa questão. Contudo a doutrina¹⁰, não vê impedimento para que a EIRELI também tenha natureza simples e, por conseguinte seja registrada no RCPJ, não só pela natureza contratual delas, como também em razão das disposições dos §§ 5º e 6º do artigo 980-A do Código Civil, que é ampliativo, entre os autores que defendem esse posicionamento destaca-se, Nunes (2014, p. 85), Travassos (2015, p. 169) e Alves (2014, p. 157), como se transcreve os argumentos deste último:

[...]

O §5º do art. 980-A na parte em que se refere à “prestação de serviço de qualquer natureza” bem como à “cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados a atividade profissional” *estabelece nítida associação com o parágrafo único do art. 966 do Código Civil*. Neste dispositivo está consignado que não é empresarial a atividade intelectual de natureza científica, literária ou artística exercida em caráter profissional pela pessoa natural, ainda que com o concurso de colaboradores ou auxiliares, *exceto se constituir elemento de empresa*. Tal ressalva não está contida no §5º do art. 980-A, que é ampliativo e não restritivo, como ficou patente na sua segunda e última alteração.

[...] (ALVES, 2014, p. 157, grifo nosso).

Do ponto de vista prático a EIRELI vem sendo amplamente registrada no Registro Civil de Pessoa Jurídica da Capital do Estado do Rio de Janeiro e no de São Paulo também.

Apesar de óbvio, esclarecemos que não há dissenso na doutrina sobre a possibilidade da EIRELI exercer atividade empresarial e, nesse caso o registro próprio será o RPEM, tal como enuncia o artigo 1.150 do Código Civil.

10 Citando Gonçalves Neto (2016, p. 125) como voz dissonante.

Com relação ao produtor rural o enunciado 62 da II Jornada de Direito Comercial, trata especificamente sobre o tema¹¹: “Enunciado 62 CJB Comercial: O produtor rural, nas condições mencionadas do artigo 971 do CCB, pode constituir EIRELI.” (CJB, 2015, p. 2).

A nomenclatura escolhida pelo legislador para denominar essa nova forma societária, foi infeliz e só serviu para confundir ainda mais o aplicador do direito, que muitas vezes não é um advogado e muito menos especialista. A expressão Empresa, contida no nome do instituto, é um conceito jurídico abstrato¹² e que não tem personalidade jurídica, porquanto intangível, e passa ser a utilizado para formar um nome de um tipo societário, que vai se tornar, preenchidos os requisitos legais, uma pessoa jurídica. E não é só, ao utilizar a palavra individual no nome confunde o tipo societário, destinado a constituir pessoas jurídicas, com empresário individual, que é a pessoa natural que exerce a empresa. Melhor teria sido se desde o princípio tivessem apenas alterado o artigo 1.052 do Código Civil como já noticiado.

Passando para uma breve análise de suas características mais marcantes, a EIRELI por força do *caput* do artigo 980-A do Código Civil, deverá ter um capital social mínimo que deve ser integralizado simultaneamente a constituição da sociedade, considerando o salário mínimo nacional vigente no país à época da constituição, conforme o Manual da EIRELI que acompanha a IN DREI nº 81/20, publicado no DOU 15/06/2020. A mencionada instrução normativa, inovou ao explicitar um novo posicionamento do DREI a respeito da hipótese do valor que exceder os 100 (cem) salários mínimos e em caso de aumento de capital, em ambas situações (item 5.2 e 5.2.1).

O capital social pode ser integralizado em dinheiro e em bens suscetíveis de avaliação em dinheiro, a teor do disposto no artigo 997, III do Código Civil, que enuncia as cláusulas contratuais obrigatórias do contrato social, cuja observância deve ser seguida, no que couber por força da interpretação conjugada do disposto no artigo 980-A, §6º e 1.054 do Código Civil. Não se admite nesse tipo societário que o sócio integralize capital social com serviço, também por uma interpretação conjugada do disposto no artigo 1.055, §2º e 980-A, §6º do Código Civil.

A aferição do valor correspondente aos 100 (cem) salários mínimos é feito no momento do registro e há enunciados do CJB, da I Jornada de Direito Comercial nesse sentido¹³: “Enunciado 4 CJB Comercial: Uma vez subscrito e efetivamente integralizado, o capital da empresa individual de responsabilidade limitada não sofrerá nenhuma influência decorrente de ulteriores alterações do salário mínimo.” (CJB, 2013, p. 51).

A EIRELI só pode ter, como sócio, uma única pessoa. Essa é dicção do *caput* do artigo 980-A do Código Civil. O legislador foi impreciso e não apontou se era possível que pessoa física ou jurídica pudessem titularizar uma EIRELI. Em razão disso, a doutrina se dividiu, Gonçalves Neto (2016, p. 130) defende que somente pessoas naturais poderiam ser sócias e em 2012, foi editado um Enunciado CJB da V Jornada de Direito Civil¹⁴ no mesmo sentido.

No entanto, não é essa a orientação que hoje prevalece. A maioria da doutrina especializada, entre os quais destaco Alves (2014, p. 149), Nunes (2014, p. 90), Travassos (2015, p. 202), Tomazzete (2017, p. 64), sempre defenderam a possibilidade da pessoa jurídica ser titular da EIRELI, por uma razão simples, a lei não vedava. O grande problema era que na prática ninguém conseguia registrar uma EIRELI cujo único sócio fosse uma pessoa jurídica porque a legislação

11 Merece uma crítica o enunciado, acima citado, haja vista que o dispositivo correto seria o artigo 986 do Código Civil, que atribui ao registro no RPEM um triplo efeito ao ruralista: constitutivo da condição de empresário, constitutivo da aquisição da personalidade jurídica e atribuindo regularidade ao exercício da atividade empresária, enquanto que o artigo 971 do Código Civil ao regular a hipótese do produtor rural que deseja equiparar-se a empresário individual o registro atribui-se apenas dois efeitos: constitutivo da condição de empresário e atribui-lhe regularidade no exercício da atividade empresária, e só, de modo que não se coadure com a constituição de uma EIRELI que como vimos é uma forma apta a constituir uma sociedade.

12 Empresa é atividade econômica organizada dos fatores produtivos com o fim de produzir e circular bens e prestar serviços.

13 O Manual da EIRELI (item 5.2 e 5.2.1) que acompanha a IN DREI nº 81/20, no mesmo sentido.

14 Enunciado 468 CJB: Art. 980-A: A empresa individual de responsabilidade só poderá ser constituída por pessoa natural. (CJB, 2012, p. 76).

infralegal, do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), mais precisamente o Manual de Registro da EIRELI vedava essa possibilidade, contudo em 2018, André Ramos Santa Cruz (RAMOS, 2015, p. 45) que hoje é Diretor do DREI e capitaneou a alteração do Manual de Constituição da EIRELI¹⁵ passou a admitir expressamente que ela possa ter sócio pessoa jurídica não havendo mais óbice ao registro.

Após essa modificação regulamentar, que autorizou a constituição de EIRELI integrada por pessoa jurídica, na III Jornada de Direito Comercial do CJF, foi aprovado o seguinte enunciado sobre o tema, que ainda esclarece sobre a limitação de quantas EIRELI a pessoa natural pode constituir: “Enunciado 92 CJF Comercial: A Empresa individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) poderá ser constituída por pessoa natural ou por pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, sendo a limitação para figurar em uma única EIRELI apenas para a pessoa natural.” (CJF, 2019, p. 7).

Aproveitando o conteúdo do enunciado acima transcrito, o artigo 980-A §2º do Código Civil limita, para pessoa natural, a constituição de uma única EIRELI, limitação que não existe, segundo a doutrina: Alves (2014, p. 148), Nunes (2014, p. 89), Travassos (2015, p. 194), Tomazette (2017, p. 64), em relação à integrante pessoa jurídica e que o enunciado fez questão de esclarecer. Aliás o Manual de Constituição da EIRELI, do DREI segue nesse mesmo sentido.

A ausência de registro dos atos constitutivos da EIRELI no registro competente, coloca a EIRELI na condição de irregular, conforme estabelece o enunciado 471 da V Jornada de Direito Civil do CJF: “Enunciado 471 CJF: Os atos constitutivos da EIRELI devem ser arquivados no registro competente, para fins de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou de registro de alterações dos atos constitutivos configura irregularidade superveniente.” (CJF, 2012, p. 76).

Merece consideração, o questionamento suscitado por Travassos (2015, p. 182) acerca da EIRELI sem registro ser ou não uma sociedade em comum¹⁶. Em que pese o teor do enunciado acima, o questionamento é de veras pertinente haja vista que, por definição, a pessoa natural que exerce em nome próprio a atividade empresária é o empresário individual, tenha ele registro ou não, o que definirá como empresário individual regular ou empresário individual irregular. Contudo, se a EIRELI tem apenas um sócio, pessoa natural, fica difícil definir sob qual forma pretendia exercer a atividade econômica e, por conseguinte se ele será empresário individual irregular ou uma EIRELI em comum.

Em sendo a EIRELI uma forma societária apta a formar uma sociedade, em princípio, seria possível que ela fosse constituída de fato e a ela ser aplicada o regime das sociedades em comum, regulada no artigo 986 a 990 do Código Civil. Comungamos com a orientação formulada por Travassos (2015, p. 185) de que o regime das sociedades em comum não poderia lhe ser aplicável porquanto daria margem à interpretação mais favorável ao sócio único de uma EIRELI irregular, do que no exercício como empresário individual regular ou irregular, sobretudo no primeiro caso, como bem observa:

[...]

Admitir-se, pois, a EIRELI sem registro como sociedade em comum e capaz de atrair o regime dos artigos 986 a 990 do Código Civil representaria incompatível benefício em favor do sócio único da EIRELI que optasse por atuar na irregularidade e sem registro, em detrimento do empresário individual

15 IN DREI nº 38/2017, cujo item 1.1.2, I b) foi alterado pela IN nº DREI 69/2018, atualmente nesse mesmo sentido é o item 3 do Manual da EIRELI anexo a IN DREI nº 81/20, publicada no DOU de 15/06/2020.

16 Estamos levando em consideração apenas a atividade empresária em relação a pessoa natural, uma vez que quem não exerce a atividade empresária, em sendo pessoa natural, não será empresário individual, nem exigirá registro. No entanto, em se tratando de sócio pessoa jurídica, a pergunta será: a pessoa jurídica estará exercendo em nome próprio ou será uma EIRELI em comum?

regularmente constituído e sem registro.
[...] (TRAVASSOS, 2015, p. 185).

Não há diferença de interpretação, em se tratando de sócio único pessoa jurídica, como se vê Travassos (2015, p. 188):

[...]
Caso admitida pessoa jurídica como sócia instituidora de EIRELI (tema que será tratado no próximo item), também não se estará diante de uma sociedade em comum, mas de atuação direta da sociedade instituidora em nome próprio, a qual responderá integralmente pelas dívidas assumidas na exploração da atividade designada para a EIRELI em formação. [...]

A EIRELI pode nascer originalmente sob essa forma societária ou pode derivar da transformação própria ou imprópria¹⁷, tal como faculta o artigo 980-A, §3º do Código Civil.

É possível que o impedido ao exercício da atividade empresária seja integrante de uma EIRELI, desde que não exerça a administração, já que o artigo 980-A, § 6º do Código Civil, determina a aplicação subsidiária das regras de sociedades limitadas, a qual permite a nomeação de administrador não sócio — leia-se, não integrante da pessoa jurídica —, conforme preceitua o artigo 1.061 do Código Civil. O administrador da EIRELI não pode ser impedido (artigo 1.011, §1º do Código Civil), não pode ser pessoa jurídica, nem precisa ser sócio — em sendo sócio pessoa jurídica nem poderia ser por vedação expressa do Manual da EIRELI anexo a Instrução Normativa DREI nº 81/20, publicada no DOU em 15/06/2020, no item 3.2.

Conforme dispõe o artigo 980-A, §1º do Código Civil, a EIRELI permite a escolha entre firma individual ou denominação, sempre acrescida da sigla EIRELI no final.

O regime de responsabilidade do seu integrante é limitada. Como seu capital social nasce integralizado, não há que se falar em responsabilidade do sócio pelas obrigações sociais, contudo, em razão as inovações trazidas pelo Manual da EIRELI anexo à IN DREI nº 81/20, publicada no DOU em 15/06/2020, agora é permitido que o capital social não seja integralizado simultaneamente a subscrição tanto no que se refere aquilo que exceder o 100 (cem) salários mínimos, quanto com relação a posteriores aumento de capital. Em razão, o capital não integralizado permanece sob a responsabilidade do sócio, tal como ocorre com a sociedade limitada, excluída a solidariedade já que não há outros sócios.

A doutrina, a partir da inovação normativa que altera o conteúdo do artigo 1.052 do Código Civil e permite a sociedade limitada unipessoal, tem se perguntado é se a EIRELI continuará sendo útil.

O artigo 980-A do Código Civil não foi revogado e, portanto, a EIRELI continua sendo uma forma societária unipessoal permanente apta a desenvolver atividades empresárias ou não, daí merece também ter a sua divisão de resultados analisada.

4 A DIVISÃO DOS RESULTADOS NA SOCIEDADE LIMITADA E NA EIRELI

Partindo-se da importância contemporânea destes dois tipos societários, que foram analisados em suas características gerais, passemos então a uma análise deste viés pouco explorado pela doutrina que é a distribuição de seus resultados entre os sócios.

Seguindo a teoria geral do direito societário, que se baseia nas regras do regime jurídico próprio das sociedades simples, todo contrato social deve indicar a participação dos sócios nos

17 Borba (2012, p. 498) entende que a mudança da forma empresário individual para qualquer forma societária, constituiria transformação imprópria.

lucros e nas perdas sociais, tal como enuncia os artigos 997, VII e o artigo 1.008 do Código Civil que eiva a cláusula que exclua qualquer sócio de participação com o vício de nulidade.

Assim, excluir um sócio de participar das perdas ou dos resultados da sociedade que integra viola preceito de ordem pública capaz de viciar o conteúdo do contrato social.

Com relação as perdas sociais a sociedade limitada e a EIRELI dispensam cláusula contratual a respeito.

Cada tipo societário regulará, em seu regime jurídico o grau de responsabilidade de cada sócio, ou categoria de sócios, para com as obrigações sociais. No entanto, na sociedade do tipo simples, na sociedade em nome coletivo e na sociedade em comandita simples, será possível regular no contrato, com efeitos com relação aos sócios e as obrigações sociais com terceiros ou não, o grau de responsabilidade que poderá variar a teor do disposto nos artigos 997, VIII, 1.007, 1.023, 1.039, parágrafo único e 1.046, parágrafo único todos do Código Civil.

A sociedade limitada e a EIRELI não têm regra semelhante, já que sua participação nas perdas é determinada pelo seu próprio regime jurídico de responsabilidade dos sócios a teor do disposto no artigo 1.052, *caput* e 980-A todos do Código Civil.

A responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade com terceiros se dá até o limite do capital social.

No caso da EIRELI, com a recém alteração da regulação infralegal operada pelo DREI na INDREI nº 81/20, publicada no DOU 15/06/2020, em relação a parcela do capital cuja integralização imediata não é mais obrigatória — a teor do que se disse acima, cuja leitura remetemos o leitor —, sua responsabilidade perdurará até a sua integralização e, no caso da sociedade limitada, a responsabilidade, que será solidária entre os sócios enquanto o capital social não for integralizado.

Em ambos os tipos societários, a reponsabilidade se extingue assim que a integralização se completa. Isso ocorre também na hipótese de aumento de capital.

Não é por acaso que a EIRELI e a sociedade limitada são os tipos societários mais escolhidos dentre os disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Basicamente o seu risco de perda é o risco do investimento feito pelo sócio ou pelos sócios, sendo que na sociedade limitada haverá solidariedade pelo capital não integralizado. Essa limitação da responsabilidade, é, segundo Easterbrook e Fischel (1991, p. 41) o arranjo pelo qual as perdas são protegidas, controladas, e cada investidor tem um limite para a perda que suportará, exatamente ao contrário do que ocorre em um regime de responsabilidade ilimitada no qual os sócios suportarão, em tese, todo o custo da perda em caso de insucesso.

A análise da divisão do resultado pretendida nesse trabalho deve iniciar-se pelo artigo 1.007 do Código Civil, que assim dispõe: “Art. 1.007. *Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas.*” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Antes de prosseguir-se na análise duas premissas precisam ser estabelecidas, a primeira diz respeito a aplicabilidade desse dispositivo às sociedades limitadas e a EIRELI.

Os capítulos normativos que regulam estes dois tipos societários não regulam expressamente o tema, — divisão de resultado entre os sócios— contudo, o artigo 1.054 do Código Civil¹⁸ impõe à sociedade limitada a observância das cláusulas do contrato social seguindo, no que couber, o disposto no artigo 997 do mesmo diploma, que entre outras cláusulas, deve estabelecer “a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas”. O mesmo vale para a EIRELI por força do artigo 980-A, §6º do Código Civil, que determina que a ela é aplicável as regras de sociedade limitada, no que couber, e como a sociedade limitada prevê, em seu regime o artigo 1.054 do

18 Não é o caso de se analisar a aplicação do artigo 1.053, *caput* e parágrafo único do Código Civil, haja vista que o artigo 1.054 do Código Civil, é regra de observância obrigatória no tipo societário limitada, ainda que obedeça a hermenêutica da compatibilidade da cláusula ao regime da sociedade limitada.

Código Civil, tal regra deve ser estendida também a EIRELI.

De igual modo, não há no regime jurídico da sociedade limitada e da EIRELI regra que regule essa partilha do resultado, razão pela qual por força do artigo 1.053 do Código Civil, aplica-se o disposto no artigo 1.007 do mesmo diploma legal.

Essa conclusão é simples, quando a sociedade não utiliza a prerrogativa contida no parágrafo único do art. 1.053 do Código Civil, mas se a sociedade limitada tiver optado pelo regime supletivo das normas de sociedade anônima, a resposta é a mesma, contudo o fundamento legal mudará, já que nas sociedades por anônimas as cláusulas estatutárias submetem-se a teoria geral do direito societário por força do artigo 83 da Lei nº 6.404/76, mas a distribuição de dividendos obedecerá ao disposto nos artigos 201 a 205 da mesma lei¹⁹.

E a segunda premissa, diz respeito ao alcance do artigo 1.007 do Código Civil.

A segunda parte do dispositivo que trata da contribuição com serviços não é aplicável às sociedades limitadas ou a EIRELI²⁰, por força do disposto no artigo 1.055, §2º do Código Civil que veda expressamente essa possibilidade.

Estabelecidas essas premissas, vê-se que a divisão de resultado, leia-se, lucro, é cláusula obrigatória no contrato social.

Acostumamo-nos a ver, na grande maioria dos contratos sociais registrados—, que seguem modelos disponíveis na internet — apenas a divisão do capital social em quotas e sua distribuição entre os sócios, mas não cláusulas que estabelecem de forma clara, explícita ou mesmo arrojada, a distribuição do resultado.

Em decorrência disso, igualmente nos acostumamos a repetir como um mantra que a participação nos lucros é proporcional a participação no capital social (NEGRÃO, 2015, p. 356). E isso é verdade? É, mas pode não ser.

A resposta acima pode parecer contraditória ou paradoxal, mas não poderia ser diferente. Isso porque o simples fato de a divisão do resultado ser desse modo, na ampla maioria dos casos, já que as sociedades limitadas e EIRELI constituídas, usam modelos contratuais prontos que sequer são elaborados por advogado habilitado, e que são silentes em relação a partilha do resultado, aplicando-se, nesse caso, a “regra geral da proporção das respectivas quotas”, prevista no próprio texto legal do artigo 1.007 do Código Civil.

Por outro lado, por uma análise literal do disposto no citado artigo é possível afirmar, sem pestanejar, que pode não ser proporcional, já que a expressão “salvo disposição em contrário” denota a plasticidade da cláusula de divisão de resultado (CAMPINHO, 2016, p. 104; GONÇALVES NETO, 2016, p. 234; RAMOS, 2015, p. 280).

Essa plasticidade permite, sem grandes questionamentos, arranjos como a criação de reservas de capital, o que não se contesta, haja vista que criar reservas implica em planejar o futuro e o crescimento da sociedade.

Igualmente permite, a distribuição preferencial de lucro a determinado sócio ou sócios, bastando para tanto a criação de quotas preferenciais, que não tem previsão legal expressa no regime jurídico da sociedade limitada, mas que já é admitida na prática desde a alteração do Manual de Registro das Sociedade Limitadas, pela Manual das Sociedade Limitadas anexo a IN DREI nº 38/2017, que regulou o tema no item 1.4, e agora ainda mais bem detalhada pelo Manual da Sociedade Limitada anexo a IN DREI nº 81/20, publicada no DOU 15/06/2020, no item 5.3.1.²¹

19 Em razão dos estreitos limites deste trabalho não será feita análise da distribuição dos resultados para as sociedades limitadas cujo contrato social tenha optado pela aplicação supletiva das normas de sociedades anônimas, o que se pretende fazer em outra oportunidade.

20 A bem da verdade na EIRELI, que é essencialmente uma sociedade unipessoal, essa disposição seria dispensada por sua total incompatibilidade com essa característica.

21 Não nos aprofundaremos nessa hipótese porquanto as quotas preferenciais, segundo a referida instrução normativa, exigem como pressuposto a opção pela regência supletiva da Lei nº 6.404/76 e, agora podem, inclusive, ser emitidas sem direito a voto.

Em que pese o posicionamento do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI) contido no item 5.3.1. da referida norma infralegal, com ela não concordamos, em dois pontos, o primeiro diz respeito ao transbordamento do poder regulamentar do referido órgão que pressupõe regência supletiva pelas normas de sociedade anônima para o contrato que cria quotas preferenciais, ainda que não o tenha feito de modo expresso, em colidência direta ao disposto no parágrafo único do artigo 1.053 do Código Civil, que assim o exige. E, em segundo lugar, que o mesmo esforço hermenêutico que a doutrina sempre fez para admitir a quota preferencial não é incompatível com sociedades limitadas sem opção pela regência supletiva das normas de sociedade anônima, já que a teoria geral dos contratos e a teoria geral do direito societário, valendo-se do conteúdo do artigo 1.007 do Código Civil são perfeitamente capazes de preencher as lacunas do regime jurídico da sociedade limitada.

De igual modo, essa maleabilidade facultada pelo disposto no artigo 1.007 do Código Civil também seria uma porta aberta para criação de cláusula que determine uma destinação certa e específica de parte dos resultados societários, que não a distribuição entre os seus sócios, como uma finalidade institucional.

Isso permitiria criar sociedades limitadas e EIRELI que tenham dentro do seu fim lucrativo um fim adjacente que imponha a sociedade o dever contratual de fazer algo com parte desse lucro, que, por óbvio, não é destiná-lo a seus sócios, estabelecer preferência ou criar reservas de contingência, a espelho do que já se vê com relação as *benefit companies*²².

A ideia seria entregar parte dos resultados como contrapartida a sociedade, a comunidade, aos empregados, ou para conter, minimizar ou neutralizar as externalidades decorrentes da atividade econômica exercida, ou outro fim, do qual a sociedade tivesse interesse em abraçar como “causa”.

Existe uma assimetria estrutural entre o Estado, os grupos do capital e do trabalho, em certa medida, decorrente da relação assimétrica de dependência entre os detentores dos meios de produção e os detentores da força de trabalho (CORREA; CLARK; RICEPUTI, 2017, p.71-72), cujas engrenagens naturais não têm sido capazes de equilibrar, e as ideias acima sugerem possibilidades que permitem soluções endógenas, à margem, mas não desconforme, com o livre mercado estabelecido pela nossa constituição econômica.

Em alguns casos, cláusulas dessa natureza, poderiam ser usadas para neutralizar total ou parcialmente o custo do capital, decorrente da irresponsabilidade dos sócios em modelos societários que a limitam.

Em uma análise muito interessante sobre o tema, Easterbrook e Fischel (1991, p. 44), observam, sob a perspectiva dos regimes societários de responsabilidade limitada, como isso implica numa ação mais arrojada e irresponsável da sociedade, promovida pelos seus administradores, já que seus sócios tornar-se-iam irresponsáveis a partir da integralização do capital social. A partir daí esses autores analisam algumas soluções para equilibrar distorções sistêmicas e também para conter esse contrassenso como a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, celebração de contrato de seguro e ainda um conjunto de métodos alternativos com o objetivo de conter esse “perigo moral” como um capital social mínimo exigido, um seguro obrigatório/compulsório, um regime de responsabilidade dos administradores mais severo e uma regulação específica sobre o tema.

Sem contrariar a ideias trazidas por esses autores, um dos vieses possíveis da plasticidade da cláusula de distribuição de resultado seria a criação institucionalizada de uma reserva de capital destinada a assegurar o risco da atuação dos administradores da sociedade, permitindo uma administração mais arriscada, sem se descuidar a proteção de terceiros.

22 Em linhas bem gerais, *benefit company* é um tipo de sociedade com fins lucrativos, já admitida no direito comparado, que inclui como um de seus objetivos institucionais o impacto positivo na sociedade, trabalhadores, comunidade e meio ambiente, além do lucro. Esse objetivo é legal e não contratual ou estatutariamente definido, o que difere da proposição ora apresentada. Não há nada semelhante hoje no ordenamento jurídico brasileiro.

Essas medidas sugeridas permitem em maior ou menor proporção equacionar externalidades dentro desses dois modelos societários, seja do ponto de vista endógeno, seja do ponto de vista exógeno, de modo a equilibrá-las.

O questionamento da alternativa acima proposta como incremento do custo do capital é óbvio e natural, partindo de um raciocínio dialógico, mas essa alternativa se mostra compatível para quem está disposto a tornar-se sócio de uma instituição que exerce a atividade econômica com uma dose a mais de responsabilidade social.

É o que Rossignoli e Almeida (2018, p. 231) citam como capitalismo inclusivo, onde o Estado busca instigar o crescimento inclusivo social, focada no indivíduo e suas capacidades e gere um retorno positivo. E não é só, essa perspectiva inclui uma sustentabilidade centrada na solidariedade e na ética (ROSSIGNOLI; ALMEIDA, 2018, p. 238), como se vê em sua conclusão:

[...]

Destaca-se aqui, o papel do ‘homo empreendedor’ atuante nesse moderno capitalismo inclusivo, planeja-se não apenas prevendo os riscos de seu empreendimento; prevê a inserção do crescimento inclusivo como algo tão importante quando o seu crescimento econômico, visando, combater, efetivamente, os níveis de desigualdade sociais, através de práticas que possibilitem ampliação de uma cultura empresarial responsável, produtora de responsabilidade e solidariedade social (ROSSIGNOLI; ALMEIDA, 2018, p. 238).

Essas ideias pressupõem uma mudança na mentalidade do investidor, contudo, os operadores do direito precisam estar conscientes das possibilidades que nosso sistema jurídico é capaz de proporcionar.

Imagina-se que o leitor deve ter se questionado durante a leitura deste breve ensaio a utilidade desse tema, com relação a EIRELI e a sociedade limitada unipessoal, mas diante dos argumentos acima dispendidos buscou-se demonstrar que essa “inutilidade” não é tão meridiana quanto parece, já que essa plasticidade acerca da partilha dos resultados é plenamente possível nesses casos, basta que o sócio queira e escolha.

CONCLUSÃO

Como dito diversas vezes ao longo deste trabalho, a distribuição dos resultados entre os sócios, nas sociedades limitadas e na EIRELI é assunto pouco explorado pela doutrina, não obstante, como vimos, exista margem e plasticidade para isso.

O que se buscou neste breve estudo, foi demonstrar a partir da análise da divisão de resultados entre os sócios a maleabilidade desse tipos societários, como podem apresentar múltiplas possibilidades que, por sua vez, podem implicar em inovações institucionais significativas e como isso mudar o sentido do que é objetivo social, já que no sistema capitalista de apropriação privada o lucro exclusivo dos investidores e sua divisão entre eles não precisa ser, e num mundo moderno e globalizado, não deve ser, o único objetivo almejado. Isso tem a ver, com a denominada nova empresarialidade²³, que rompe o paradigma de que na exploração da atividade econômica empresarial a busca do lucro é um fim em si mesmo.

Em que pese o Brasil, indubitavelmente, constituir-se em um Estado capitalista, como se vê da ordem constitucional econômica regulada a partir do artigo 170 da Constituição Federal,

23 A ideia de nova empresarialidade gira em torno do exercício da atividade empresarial seguindo padrões éticos e de valores éticos, que culminam por tornar a empresa, em seu sentido técnico-jurídico, geradora de externalidades positivas no que tange as partes relacionadas sejam elas outros empresários, empregados, colaboradores, consumidores, fornecedores e também, o poder público e com isso agregando valor.

este se subsume a princípios notadamente sociais, impondo a todos que operam neste ambiente livre que tenham como preocupação princípios como a valorização do trabalho humano, a justiça social, a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente, a defesa do consumidor, a redução de desigualdades regionais, a busca do pleno emprego e, também, o tratamento favorecido ao pequeno empresário.

Nitidamente, existem objetivos macroeconômicos que precisam ser a espinha dorsal da política do Estado brasileiro, contudo, tais princípios não são incompatíveis com o exercício livre da atividade econômica e a empresa, em seu sentido técnico-jurídico, e, particularmente, as sociedades ora estudadas, podem representar um avanço significativo em direção a um mundo globalizado e melhor para o ser humano, já que a Dignidade da Pessoa Humana corresponde fundamento da nossa República e de todo Estado Democrático de Direito que se prese.

Como bem observa, Grau (2010, p. 192), citando José Afonso da Silva (2009), a Constituição brasileira é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia do mercado. Essa observação dialoga perfeitamente com a abordagem acima enunciada e não precisa ser, de modo algum, dissociada da ideia do objetivo lucrativo e foi isso que se buscou demonstrar.

A ideia de mercado, de ordem jurídica de mercado, estudada por Forgioni (2012, p. 166), considera em sua análise a multiplicidade de dimensões as quais está atrelado, quais sejam: a dimensão econômica, política, social e jurídica, isso porque não é uma ordem espontânea e os resultados por ele produzidos derivam de decisões, sobretudo, políticas, tomadas pelos vários atores deste ambiente e os princípios constitucionais acima mencionados são a fôrma que primeiramente lhes moldará. O mercado não existe sem direito, mas seu desenvolvimento dar-se-á nos espaços deixados pela regra jurídica e é aí que entra a importância da plasticidade e maleabilidade da cláusula de distribuição de resultado objeto deste breve estudo aliada a atuação criativa do advogado²⁴.

Assim, observando, autorregulando e moldando os atores microeconômicos deste mercado é possível dar aplicabilidade aos princípios constitucionais, em sua dimensão social, já que o Estado brasileiro, que tem o papel de fomentar a atividade econômica, há muito tempo tem tratado o tema política econômica de forma significativamente dissociada destes valores principiológicos. O exercício da atividade econômica livre não precisa ser exercido à margem de princípios que a República Federativa do Brasil escolheu acolher.

Buscamos mostrar que os tipos societários que analisamos, dispõem de ferramentas aptas e disponíveis, cabendo aos atores dessa ordem econômica fazer bom uso deles.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **Empresa familiar**: estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BRASIL. Instrução Normativa n. 81, de 10 de Junho de 2020: Dispõe sobre as normas e diretrizes gerais do Registro Público de Empresas, bem como regulamenta as disposições do Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996. **Diário Oficial da União**: Seção: 1, Brasília, DF, ano 112, p. 31 15 jun. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao->

24 Os autores deste artigo defendem aquilo que denominam “advocacia criativa”, consistente na atuação do advogado consultor, no limite da lei e na liberdade por ela concedida, em encontrar soluções, construir novos caminhos e prevenir resultados indesejados e produzir resultados desejados.

normativa-n-81-de-10-de-junho-de-2020-261499054. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 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: 12 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.247, de 12 de janeiro de 2016**. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13247.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Exposição de motivos 196, de 24/06/1976**. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 1976. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CAMPINHO, Sergio. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CJF - CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. JORNADA DE DIREITO CIVIL, 5., 2012, Brasília. **Enunciados** [...]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso: 9 mar. 2021

CJF - CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 1., 2013, Brasília. **Enunciados** [...]. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>. Acesso: 9 mar. 2021

CJF - CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 2., 2015, Brasília. **Enunciados** [...]. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/enunciados_aprovados-referencia_legislativa-justificativa_ii_jornada.pdf. Acesso: 9 mar. 2021

CJF - CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 3., 2019, Brasília. **Enunciados** [...]. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2019. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/enunciados-aprovados-iii-jdc-revisados-2.pdf>. Acesso: 9 mar. 2021

CORREA, Leonardo Alves; CLARK, Giovani; RICEPUTI, Marcelo. Constituição econômica, desenvolvimento e a institucionalização do princípio do pleno emprego: uma abordagem à luz da teoria da eletividade de Claus Offe. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 67-92, set./dez. 2017. doi:10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.18426.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. **The economic structure of corporate law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FRIEDMAN, Milton. **Livre para escolher**. Tradução de Lígia Filgueiras. Rio de Janeiro: Record, 2015.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis; **Direito da empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GRAU, Eros Roberto; **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

JUCERJA - JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Constituição de Empresas no ano de 2020 e 2019. Rio de Janeiro:

JUCERJA, 2020. Disponível em: [https://www.jucerja.rj.gov.br/Informacoes/](https://www.jucerja.rj.gov.br/Informacoes/caComparativa?AnoBaseConsulta=2020&AnoConsultaComparativo=2019&TipoDeConsulta=1)

[caComparativa?AnoBaseConsulta=2020&AnoConsultaComparativo=2019&TipoDeConsulta=1](https://www.jucerja.rj.gov.br/Informacoes/caComparativa?AnoBaseConsulta=2020&AnoConsultaComparativo=2019&TipoDeConsulta=1).

Acesso em: 27 abr. 2020.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial & de empresa: teoria geral da empresa e direito societário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **EIRELI: A Tutela do Patrimônio de Afetação: o reforço à proteção do patrimônio pessoal do empreendedor à luz da Lei nº 12.441/2011**, São Paulo: Quartier Latin, 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ROSSIGNOLI, Marisa; ALMEIDA, Patrícia Silva de. Governamentalidade neoliberal: reflexões sobre o crescimento econômico e o crescimento inclusivo. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 219-242, set./dez. 2018. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.23440.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1.

TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. **Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI): Análise constitucional do instituto, unipessoalidade e mecanismos de controle de abusos e fraudes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

Como citar: GANTOIS, Simone Menezes; SANT'ANNA, Leonardo. Sociedade limitada e EIRELI: uma análise sobre a divisão dos resultados. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 1, p. 68-86, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v25n1p68. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 11/08/2020

Aprovado em 09/03/2021

**A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS
EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ANÁLISE DO CASO DOS
PLANOS ECONÔMICOS**

THE (IN)AVAILABILITY OF TRANSINDIVIDUAL RIGHTS IN
CLASS ACTIONS: ANALYSIS OF THE CASE OF ECONOMIC
PLANS

Oniye Nashara Siqueira*
Zaiden Geraige Neto **

* Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Ribeirão Preto - USP. Graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP.

E-mail: oni_126@msn.com

**Doutor e mestre em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito do Mestrado e Doutorado da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Professor convidado do curso presencial de pós-graduação “lato sensu” em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP – Ribeirão Preto (FDRP/USP). MBA Executivo pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Membro efetivo e diretor de Relações Institucionais do IASP. Membro efetivo do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros). Parecerista e consultor da revista do Conselho da Justiça Federal. Advogado.

E-mail: zgneto@uol.com.br.

Como citar: SIQUEIRA, Oniye Nashara; NETO, Zaiden Geraige. The (in)availability of transindividual rights in class actions: analysis of the case of economic plans. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 87-108, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n1p87. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O estudo analisa os limites da renúncia aos direitos transindividuais no âmbito da Ação Civil Pública (ACP), trazendo discussões acerca da natureza (in)disponível destas pretensões. Para tanto, iniciamos apontando o perpassar histórico da defesa coletiva para transcourir sobre a existência de impedimentos à disposição dos direitos transindividuais a partir do exame do caso dos expurgos inflacionários decorrentes dos planos econômicos no Brasil, mais precisamente a validade e extensão do Acordo Coletivo realizado no bojo das ACPs que versavam sobre a controvérsia. Concluímos pela existência de limitações expressas à disposição de direitos transindividuais pelos legitimados das ACP. Para tanto, aplicamos o método de abordagem dedutivo, em conjunto com a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Renúncia. Expurgos inflacionários. Direitos coletivos.

Abstract: This study analyzes the limits of transindividual rights waivers in the context of Brazilian Public Civil Actions (ACP) and discusses the (un)available nature of these claims. To this end, this paper first explores the historical background of collective defenses and then examines the impediments of transindividual rights from the perspective of the many inflationary purges that were direct results of economic plans in Brazil. Moreover, this paper investigates the validity and extension of Collective Agreements made in the context of the ACPs dealing directly with this problem. Finally, this study concludes that there are express limitations to the disposition of transindividual rights by

the parties of ACPs. This paper utilized the deductive approach, in conjunction with literature review.

Keywords: Renounce. Inflationary purges. Collective rights.

INTRODUÇÃO

Diante da tendência de transcendência das discussões individuais para o âmbito coletivo, e considerando a necessidade de tutelar os interesses de grupos vulneráveis e de bens públicos, como o meio ambiente e o patrimônio estatal, o legislador importou para o ordenamento nacional o instituto da Ação Civil Pública (ACP), regulamentada pela Lei nº 7.347, editada em 1985.

Referida disposição normativa, que em muito se baseou na *class action* estadunidense, representou verdadeiro marco na evolução da proteção de direitos e interesses transindividuais no Brasil, consolidando o espírito garantista do legislador pátrio e materializando-a como principal instrumento de acesso à justiça para a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*.

Inúmeras temáticas são tratadas pela coletivização de litígios, destacando-se pela maior incidência nos Tribunais as postulações sobre benefícios previdenciários, meio ambiente, servidores públicos, judicialização da saúde e, no âmbito consumerista, o caso dos expurgos inflacionários, que culminou no ajuizamento de diversas ações civis públicas e incontáveis demandas individuais sobre o tema (SBDP, 2017).

A controvérsia acerca dos expurgos decorre, basicamente, da aplicação à menor dos índices de correção monetária pelas entidades bancárias às contas dos poupadores e que são resultantes das taxas inflacionárias dos planos econômicos, por sua vez, criados pelos governos de 1986 (Cruzado), 1987 (Bresser), 1989 (Verão), 1990 e 1991 (Collor I e II). O entrave reside na cobrança das diferenças entre o percentual aplicado pelos bancos e o quanto invocado pelos correntistas.

Em meados de 2018, e visando colocar fim à discussão que já se estendia no Judiciário há duas décadas¹, foi anunciado ao grande público, pela mídia nacional², a efetivação do “Instrumento de Acordo Coletivo” entabulado entre as associações de proteção dos consumidores e as entidades bancárias.

A problemática, no entanto, emana da extensão dos efeitos do negócio jurídico e dos termos avençados pelas partes, especialmente as renúncias. Ao estabelecer que todas as demandas coletivas que versam sobre o tema serão extintas por transação e limitar os consumidores beneficiados pela avença àqueles que ajuizaram as próprias demandas individuais, ou habilitaram-se nas coletivas por meio de execução/cumprimento de sentença, verifica-se a existência de uma espécie de renúncia irrestrita à direitos transindividuais.

Tais fatores embasam questionamentos acerca da legalidade da transação, da extensão da renúncia e da possibilidade de invalidação de seu conteúdo que se ancoram no estudo da (in)disponibilidade dos direitos coletivos na ACP e nos limites da disposição/renúncia pelos legitimados.

1 Não obstante a imensa quantidade de processos que versam sobre o assunto e que estão submetidos ao Poder Judiciário (estimados em mais de 1 milhão), grande parte mantinha-se suspensa por determinação dos Tribunais Superiores – a quem competia o julgamento dos recursos repetitivos, porém sem perspectiva para tanto.

2 Após a homologação do instrumento de Acordo Coletivo pelo Supremo Tribunal Federal, os jornais brasileiros, tanto televisivos quanto os impressos ou *online* (Globo, Record, Bandeirantes, Conjur, Jota, *et coetera*) veicularam aos consumidores a possibilidade de aderência aos termos da composição.

Deste modo iniciamos a discussão mediante o esclarecimento das peculiaridades da transindividualidade dos direitos coletivos, traçando um breve esboço histórico sobre a trajetória do reconhecimento dos interesses das massas, desaguando na Lei da Ação Civil Pública brasileira.

Após, abordamos o caso dos planos econômicos e as consequências do Acordo Coletivo entabulado, realizando a análise da eficácia, eficiência e validade do negócio jurídico à luz da interpretação de princípios basilares do direito pátrio, fulcrando a crítica na doutrina sobre o tema e fundamentando nosso entendimento no ordenamento vigente. Para tanto, aplicamos o método de abordagem dedutivo, em conjunto com a pesquisa bibliográfica.

1 RELATO HISTÓRICO DOS DIREITOS COLETIVOS

O perpassar histórico de efetivação dos direitos transindividuais contempla em seu bojo importantes marcos que delinearam o cenário atual e nos fazem compreender a importância e a indispensabilidade de proteção desta categoria de “novos” direitos.

A concreção dos interesses coletivos está intimamente relacionada ao desenvolvimento histórico dos direitos humanos fundamentais, sendo a história destes composta por lutas de diferentes aspirações e ideais, a partir dos quais foram estabelecidos limites e critérios para o exercício de autoridade e poderes, e tem mudado de acordo com o desenvolvimento da humanidade (GUERRERO, 2018).

Assim, acontecimentos como a Segunda Guerra Mundial (que culminou na Declaração Universal dos Direitos Humanos), as Ditaduras Militares no Brasil (das quais derivou a Constituição de 1988) e, ainda, a Revolução Francesa foram determinantes à positivação dos direitos transindividuais. Decorre desta última, inclusive, a teoria de Karel Vasak (1982) acerca das gerações de desenvolvimento dos direitos humanos de acordo com a afirmação nas sociedades, e que coincide com os ideais de “*liberté, égalité, fraternité*”.

O autor equipara o estudo e desenvolvimento dos direitos transindividuais aos ideais do movimento francês ao propor que os direitos de *liberdade* representam a 1ª geração que, por sua vez, é pautada no impedimento estatal de interferência no indivíduo, implicando em prestações negativas do Estado, marcando o reconhecimento do *status* constitucional material e formal. A 2ª geração tornou-se reconhecida pela concreção dos direitos de *igualdade* ou liberdades reais ao visar a redução das desigualdades por meio de políticas públicas positivas. Os direitos da 3ª geração assemelham-se aos direitos de fraternidade ou de solidariedade que, por sua vez, relacionam-se ao estabelecimento do homem como sujeito vinculado à um planeta com recursos coletivos e finitos, que devem ser preservados e respeitados pela espécie humana (SARLET, 2012, p. 37).

No entanto, a proposta é amplamente criticada sob o argumento principal de que as “gerações” se correlacionam à uma ordem substituível (RAMOS, 2017, p. 70), enquanto que, em verdade, os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade não foram tutelados de modo alternado

entre si, sendo mais adequado ao que se postula a noção de “dimensões” trazida por Sarlet (2001, p. 47) e Bonavides (1998, p. 524-525).

Sobre esta “nova categoria de direitos”, Mazzilli (2012, p. 50) alude que está situada em uma posição intermediária entre o âmbito público e privado, já que excede a esfera pessoal de cada indivíduo ao ser compartilhada por grupos, classes ou categorias de pessoas, mas não constitui interesse puramente público, pois, é possível extrair pretensões preponderantemente privadas.

Outras importantes características são apresentadas por Grinover (2008, p. 229), para quem estes direitos se sobressaem pela indeterminação da titularidade e indivisibilidade do objeto. A autora ainda destaca que tais particularidades são próprias de uma sociedade de massa, na qual os conflitos estão carregados de relevância política capaz de transformar conceitos já estratificados.

Neste esteio, os direitos transindividuais subsomem-se àqueles coletivos, que extrapolam o âmbito jurídico meramente individual ao atingir a esfera jurídica de grupos e coletividades, apontando titulares determinados, determináveis ou não, lastreados por pretensões divisíveis ou não (ZAVASCKI, 1995, p. 32-49).

Embora o conceito dos direitos transindividuais acima estabelecido não seja dotado de grandes controvérsias doutrinárias, o mesmo não se pode dizer da estipulação da origem histórica dos instrumentos processuais responsáveis por sua tutela, cujo estudo caminha por duas vertentes distintas.

Há quem defenda que os instrumentos processuais originaram-se na tradição romana, considerando a utilização, pelos cidadãos da época, das denominadas *actio popularis*, que eram tidas como um recurso processual destinado não apenas à resguardar os direitos individuais, mas também aqueles de titularidade da coletividade, partindo do sentimento de que a *res publica* pertencia a todos os cidadãos (GIAGNORIO, 2012).

Outros exemplos do direitos romano são trazidos por José Afonso da Silva (1968), que menciona: *sepulcro violato*, usada no caso de violação de sepulcro, coisa santa ou religiosa; *effusis et deiectionis*, utilizada contra quem atirasse objetos sobre a via pública; *aedilitio et redhibitionis et quanti minoris*, visava evitar que animais perigosos fossem levados à via pública; *interdictum de homine libero exhibendo*, poderia ser interposto por qualquer pessoa na defesa da liberdade, dentre outras (SILVA, 1968, p. 16-20, grifo nosso).

No entanto, por não existir uma correlação consolidada entre os procedimentos acima mencionados e aqueles que conhecemos hoje, o direito romano é classificado por Almeida (2003, p. 38) como sendo apenas a “origem remota” das ações plúrimas enquanto que a Inglaterra é apontada como o berço dos litígios coletivos pelo entendimento de Mendes (2002, p. 45).

Ressalta-se que a tutela dos direitos coletivos nos países de *civil law* teve considerável ascensão na década de 70 diante da elevação da tomada de consciência de que os métodos processuais tradicionais não se mostravam suficientes à tutela das espécies de interesses que

extrapolavam a esfera individual, partindo daí a busca por técnicas capazes de cumprir bem a tarefa (THIBAU; OLIVEIRA, 2016).

Acerca deste mesmo interregno histórico, Joaquin Silguero Stagnan (1995) alude que o aprimoramento da tutela dos direitos transindividuais emerge como uma consequência da evolução e da mudança social de perspectiva das sociedades advinda das limitações de intervenção estatal, agravadas pela aparição de novos grupos informados e formadores de opinião (STAGNAN, 1995, p. 29).

Assim, temos que a afirmação dos direitos e interesses transindividuais desenvolveu-se no perpassar da história na mesma medida em que as sociedades, pautando-se na elevação e concreção das necessidades fundamentais dos cidadãos e fim de impedir violações e promover o bem-estar social, o que exigiu instrumentos processuais específicos para a tutela desta “nova” categoria de direitos sendo, no entanto, encontradas origens remotas de institutos correlatos aos existentes atualmente.

2 TUTELA DOS DIREITOS E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS NO BRASIL

A Ação Popular trouxe à lume em âmbito nacional a possibilidade de tutelar as pretensões transindividuais e, como primeiro instrumento processual com esta destinação, inaugurou a proteção legal desta espécie de postulado ao conferir a qualquer cidadão a legitimidade para pleitear a anulação ou a nulidade de atos lesivos ao patrimônio público (LEONEL, 2011, p. 38).

A partir de então, o legislador infraconstitucional tratou de promulgar normativas propulsoras de direitos coletivos, tais como a LACP (Lei da Ação Civil Pública, de nº 7.347, editada em 24 de julho de 1985), CDC (Código de Defesa do Consumidor, de nº 8.078, editada em 11 de julho de 1990), LIA (Lei de Improbidade Administrativa, de nº 8.429, editada em 2 de Junho de 1992), dentre outras, que se tornaram componentes do que se nomeia de *microsistema de direitos coletivos*³.

Os microsistemas jurídico-normativos são híbridos por natureza, pois reúnem e interacionam normativas de vários ramos do direito, reveladas tanto sob a forma de regra quanto sob a configuração de princípio. Com isso, têm por objetivo permitir a comunicação entre normativas, que se retro alimentam umas pelas outras, “em outras palavras, a microsistematização continuará se expandindo à medida que o dinamismo e complexidade das relações sociais assim exigirem.” (RANGEL, 2018, p. 478).

A ampliação dos instrumentos de defesa das pretensões desta natureza foi corroborada pelo “reconhecimento da legitimação para a promoção de sua tutela por intermédio dos chamados corpos intermediários, representados por associações de classe, sindicatos, Ministério Público,

3 Nesse sentido: “A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõe um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se [...]”. (BRASIL, 2004).

dentre outros.” (OLIVEIRA, 2011, p.41). e sua disposição na forma de conglomerado demonstra que os diplomas são intercambiantes entre si e que se assumem incompletos para aumentar a flexibilidade e durabilidade em uma realidade pluralista, complexa e dinâmica (MAZZEI, 2006).

Ademais, os mecanismos processuais específicos para o tratamento destas lides, tais como a abrangência dos pronunciamentos judiciais proferidos sob seu âmbito, a legitimidade dos postulantes e a possibilidade de fazer-se representar por entidades destinadas a defesa da coletividade, “trouxeram maior acesso ao Poder Judiciário a milhares de cidadãos que antes não chegavam ao Judiciário para buscar e proteger seus direitos.” (THAMAY, 2011, p. 263).

As especificidades do processo coletivo e a dificuldade na atribuição de efetividade (sem violações individuais) aos pronunciamentos nele exarados o diferem sobremaneira do rito comum, de modo que “não seria possível prestar tutela jurisdicional adequada aos direitos coletivos (*lato sensu*), se a sentença tivesse autoridade somente entre as partes em que era dada, porque, caso assim o fosse, todos os titulares do direito teriam de estar no polo ativo da ação.” (BORGES; FERREIRA, 2018).

Denota-se, neste contexto, a existência de uma seara processual específica, destinada à tutelar os direitos coletivos, diante das especificidades deste tipo de pretensão, como a legitimidade, coisa julgada e liquidação de sentença. Assim, a aplicabilidade das normativas processuais clássicas, concebidas por uma filosofia liberal-individualista arraigada, são, por si só, incapazes de tutelar devidamente as pretensões transindividuais (ALMEIDA, 2003, p. 16-17).

Em que pese o reconhecimento da importância do sistema de proteção aos direitos transindividuais, é imperioso atribuir destaque individual à norma editada em 1985, que disciplinou a Ação Civil Pública e que representou verdadeiro marco nacional na evolução da proteção de direitos e interesses de grupos ao acolher, no ordenamento nacional, o procedimento que nos remete à *class action* americana, da qual derivaram também a *action d'intérêt publique* francesa, a *representative action* inglesa e o *Odhasionprozess* alemão (MARTINS FILHO, 2001).

Sobre o instrumento, Gidi (2007, p. 34) alude:

A class action é uma forma extremamente efetiva de realização das políticas públicas, uma vez que permite ao Estado conhecer e resolver a totalidade da controvérsia coletiva em um único processo. Essa visão global e unitária da controvérsia permite ao Judiciário levar em consideração todas as consequências da sua decisão, na medida em que toma conhecimento de todos os diversos interesses existentes dentro do grupo e não somente dos interesses egoísticos das partes em uma ação individual.

No contexto da presente discussão, as singularidades deste procedimento, bem ainda a latência do intento protecionista aos direitos e interesses dos representados, mostraram-se como vieses singulares da Ação Civil Pública que, segundo Zavascki caracterizam-se como procedimentos especiais, cuja cognição é completa, múltipla e integral, aparelhando-se como mecanismos capazes de obter, isolada ou cumulativamente, provimentos jurisdicionais da mais

variada natureza (ZAVASCKI, 2009, p. 13).

Determinadas lesões de direitos assumem tal grau de profundidade ou de extensão que acabam comprometendo outros interesses sociais. A controvérsia decorrente da cobrança das diferenças dos expurgos inflacionários transcende a esfera individual homogênea de cada poupador, passando a representar uma soma de interesses indissociáveis, de modo a se tornar um interesse coletivo e público (ZAVASCKI, 2011, p. 47-48).

3 O CASO DOS PLANOS ECONÔMICOS

A instituição do microssistema de direitos coletivos ascendeu o ordenamento jurídico nacional ao patamar de grande exemplo em termos de defesa dos direitos transindividuais, cujo marco temporal nos remete ao ano de 1985, pela Lei da Ação Civil Pública.

No entanto, o mesmo avanço garantista não era verificado no âmbito político-econômico, já que, neste mesmo interregno, o país passava por imensa oscilação inflacionária. O sentimento nacional que pairava entre os cidadãos era o da falha do poder público no gerenciamento da economia e, portanto, declínio financeiro, já que “a preocupação central da política econômica residiu na inflação, seguidamente ameaçando escapar ao controle.” (MACARINI, 2009, p. 13).

Na tentativa de estabilizar os altos índices de modificação monetária, foram implantados planos econômicos sucessivos intitulados de Cruzado (1986), Bresser (1987) e Verão (1989) que, entretanto, resultaram em total insucesso, impondo ao governo que sobreveio a responsabilidade da tomada efetiva de mudanças capazes de frear os entraves daquele tempo, cuja ingerência causava danos tanto no campo econômico quanto no político, e ameaçava a governabilidade (ABREU; CÂMARA, 2015).

Assim, adviriam os planos Collor (1990) e Collor II (1991), igualmente fracassados na função de estabilizadores da inflação, e que foram determinantes (dentre outros fatores) para a extirpe do governante que lhes dera nome.

As mudanças no cenário econômico nacional, causadas pelo advento dos planos, causaram grandes oscilações inflacionárias, que culminaram em alterações na forma de correção das cadernetas de poupança e, conseqüentemente, perdas escalonadas no valor da moeda (BRITO; AGUIAR, 2018).

Resultado deste conjunto de acontecimentos foi que a população brasileira não apenas suportou lesões sucessivas em termos salariais e financeiros, como ainda os poupadores⁴ da época foram diretamente atingidos pela inaplicação dos reais índices da inflação pelas instituições bancárias, responsáveis pela guarda de suas quantias.

Isto por que, as altas e baixas sucessivas de alteração do valor da moeda, que por vezes não perduravam uma noite, afetaram diretamente os detentores de poupanças, pois estes tiveram suas contas desatualizadas, já que os reais índices de oscilação monetária não foram aplicados pelas instituições bancárias, culminando na existência de saldo devedor em favor do correntista.

4 Correntistas de instituições bancárias e mantenedores de contas poupança com remuneração.

Nessa vereda, os expurgos inflacionários — que são a diferença entre o índice de atualização monetária utilizado para a correção dos depósitos de poupança e o índice inflacionário efetivamente vigente no início do trintídio remuneratório da poupança —, tornaram-se uns dos maiores, senão o maior, litígio nacional alçados pelos consumidores que recorreram ao Judiciário para reaver as diferenças.

Estima-se que os efeitos decorrentes desta controvérsia culminaram na acumulação do acervo aproximado de 941,4 mil processos em todas as instâncias e territórios da justiça e 656.541 apenas no STF, que correspondem tanto às postulações individuais, quanto demandas coletivas (CNJ, 2017).

A assustadora marca não se deve apenas pelo alto número de cidadãos afetados, mas também decorre logicamente da clarividente insegurança jurídica, resultado da ausência de resolução efetiva da controvérsia pelos Tribunais Superiores. Afinal, quanto maior a demora na resolução da controvérsia, mais demandas incertas são ajuizadas, muitas delas apenas para se evitar o perecimento de um direito que o jurisdicionado nem sabe se tem.

4 O ACORDO ENTABULADO

Diante deste calamitoso contexto de elevada judicialização e perpetuação do litígio, no intento de pôr fim a controvérsia, a Advocacia Geral da União encabeçou trabalho de mediação entre os demandantes das Ações Cíveis Públicas e as instituições bancárias, tendo alcançado êxito na composição ao cabo do ano de 2017⁵.

O documento⁶, que foi assinado pelos aderentes em 11 de dezembro de 2017, está colacionado nos autos do Recurso Extraordinário nº 591.797/SP e Recurso Extraordinário nº 632.212/SP e, inclusive, foi homologado pelo Supremo Tribunal Federal em decisões datadas de 18.12.17 e 05.02.2018, de autoria dos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, respectivamente (SÃO PAULO, 2019).

Para além da rapidez de chancela da avença, que em menos de 90 (noventa) dias pôs fim a controvérsia que se discutia por 20 anos, mostra-se ainda mais evidente a sucessão de violações constantes no documento e que foram suplantadas, provavelmente, em prol de um bem maior, qual seja, extirpar o acervo das demandas dependentes desta lide.

Extraí-se da leitura da peça negocial afirmações que ratificam que a controvérsia influencia “negativamente a taxa de congestionamento em diversas unidades julgadoras do País”; que “a ausência de uma solução definitiva e global para o tema coloca em risco, de um lado, a efetividade

5 São partes na transação o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, Frente Brasileira pelos Poupadores - FEBRAPO, Associação Brasileira do Consumidor - ABRACON, Associação Catarinense de Defesa do Consumidor - ACADECO, Associação para a Defesa dos Direitos Cíveis e do Consumidor - ADEC, Associação das Donas de Casa dos Consumidores e da Cidadania de Santa Catarina, ADOCON, Associação Paranense de Defesa do Consumidor - APADECO, Associação de Defesa dos Usuários do Sistema Financeiro de Americana e Região - AUSFAR, Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão - IBDCI, Instituto Pro Justiça Tributária - PROJUST, Instituto Virtus de Cooperação, Desenvolvimento e Cidadania - VIRTUS de um lado, e de outro a Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN e a Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF, teve ainda como interveniente o Banco do Brasil.

6 A íntegra da peça processual homologada pode ser acessada no *link*: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE591797minuta.pdf>.

das providências jurisdicionais e, de outro lado, afeta significativamente a segurança jurídica dos bancos” e que a avença visa “colocar fim ao máximo possível de litígios” (Cláusula Segunda – itens 2.1.5., 2.1.6. e 3.3.).

Não há dúvidas da veracidade e propriedade destas afirmações. Porém, não se pode admitir que a mediação de conflitos coletivos, ainda mais de âmbito nacional, vise exclusivamente desafogar o Poder Judiciário e aumentar as taxas de produtividade dos julgadores.

Esta conclusão não advém apenas considerando as expressões empregadas na redação, como ainda o fato de que os próprios poupadores, que são os maiores atingidos e, conseqüentemente, os maiores interessados na resolução do problema, sequer foram mencionados como fundamento determinante da composição, culminando em violação do devido processo legal ao passo que a garantia de acesso à justiça deve ocorrer em toda a sua inteireza, possibilitando não só o acesso puro e simples — o ingresso em juízo — como, também, a garantia e o respeito ao verdadeiro *due process of law*, em seus aspectos processual e substancial (GERAIGE NETO, 2003, p. 36).

Ademais, a problemática inerente à afetação da segurança jurídica, tal qual ponderado pelos acordantes, deveria condizer muito mais com a falta de perspectiva do hipossuficiente em reaver o dano que há muito foi suportado, do que da entidade bancária, que explora a atividade empresarial de sabido poder econômico e que, ao que tudo indica, utilizou-se desde então dos valores não pagos ao depositante na época dos expurgos.

Não obstante o vício de motivação que permeia a realização do acordo, os efeitos jurídicos das disposições em si, mormente as renúncias realizadas pelos legitimados da ACP aos direitos transindividuais dos consumidores, torna a avença ainda mais ilegal e passível de nulidade.

5 A NEGOCIAÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ascensão dos meios alternativos (ou complementares) de resolução de conflitos, aliado a atual imposição legal de “cooperação processual” das partes (art. 6º, Código de Processo Civil), tornaram-se verdadeiros norteadores na atuação do Poder Judiciário, o que, decerto, foram determinantes à homologação do “Instrumento de Acordo Coletivo” entabulado no caso dos planos econômicos.

Em que pese o latente incentivo do legislador processual para que as demandas, inclusive as coletivas, atingissem a pacificação social por outros meios que não a submissão ao Judiciário, a verdade é que, havendo disposição de direitos transindividuais passíveis de lesar seus detentores originários, estes devem ser protegidos em detrimento de qualquer modalidade de negociação.

Considerando tratar-se de litígio coletivo, que compõe a teoria dos direitos fundamentais, mostra-se necessária a interpretação ampliada das garantias processuais como característica inerente aos direitos constitucionais do pós positivismo (ALMEIDA; MELLO NETO, 2011, p. 81).

No entanto, não se verifica a concreção desta garantia quando analisamos o Acordo Coletivo entabulado no caso dos planos econômicos.

Diz-se isto considerando a completa ausência de veiculação de consultas aos

jurisdicionados, no sentido de se verificar a aceitação, interesse e viabilidade na composição do litígio, até mesmo porque “só assim será viável a colheita de material para constatar se aquela proposta atende às exigências legais e, de forma adequada, aos interesses daqueles que não agem diretamente em juízo.” (BUENO, 1996).

A resolução do maior litígio nacional, que atingiu *mais de um milhão de poupadores*, que são consumidores, mas que, sobretudo, são cidadãos, detentores de pretensões materiais em um Estado Democrático de Direitos, fora realizada sem quaisquer participações sociais.

Destaca-se o fato de que não foram realizadas audiências públicas, estudos econômicos acerca do impacto do acordo, quicá foi informado ao público que tratativas estavam sendo realizadas para dirimir a controvérsia. Com efeito, os descontos, percentuais de juros, períodos e índices de correção monetária são apenas algumas informações que, apesar de negociadas pelos acordantes, *não foram divulgadas antes ou depois da efetivação da avença*, como ainda sequer estão corroborados por documentos técnicos ou dados estatísticos disponibilizados publicamente aos interessados.

As discussões no âmbito das demandas coletivas são muito mais abrangentes, haja vista que levam em consideração o contexto geral do problema — macrojustiça —, no entanto, quaisquer negociações devem, necessariamente, considerar o interesse coletivo no que concerne à disposição dos direitos de seus verdadeiros titulares (BARBERATO; GERAIGE NETO, 2018).

Decorre desta obscuridade a afronta à indispensável publicidade como princípio regente das ações coletivas, a se denotar a inconsistência na comprovação da ponderação nos limites de disposição do crédito dos consumidores, e da observância da *garantia mínima*, o que torna impossível ao jurisdicionado verificar se a proposta é ou não plausível.

Neste contexto, verifica-se que foi imposto um só resultado aos poupadores que *já haviam ajuizado suas demandas individuais, ou aderido às coletivas por meio do cumprimento de sentença*, eles apenas poderiam anuir sem questionar e sem poder conhecer o embasamento das condições avençadas, ou então continuariam aguardando (sem qualquer perspectiva) o provimento jurisdicional correspondente ao seu pedido.

A consequência da soma destes fatores foi a baixa aderência do público ao Acordo. Dados apurados pelos Conselho Nacional de Justiça apontam que até março de 2020 cerca de 118 mil poupadores aderiram aos termos, o que representa 12,5% de todos os processos existentes sobre o assunto em trâmite no Poder Judiciário (CNJ, 2020).

A situação desencadeou dois resultados. O primeiro foi a suspensão de todas as demandas individuais que tratam do tema pelo prazo de 24 meses, o que foi determinado pelo Supremo Tribunal Federal sob a justificativa de que a tramitação das demandas individuais estaria prejudicando a adesão ou, ao menos, o livre convencimento dos jurisdicionados ao acordo em questão.

O argumento, no entanto, não encontra respaldo. A tramitação de uma demanda submetida ao Poder Judiciário é direito fundamental da parte e dever do próprio sistema de justiça que, inafastável, deve promover o impulsionamento até a devida entrega da prestação jurisdicional. Portanto, a paralisação das demandas não tem o objetivo de auxiliar o jurisdicionado a tomar

decisões, mas sim, pressioná-lo a aderir aos termos do acordo.

Ribeiro, Vince e Netto (2019) que a função do Poder Judiciário é a de assegurar a aplicação do direito de forma igualitária na sociedade, a fim de promover a pacificação social por meio da garantia do livre exercício dos direitos, sejam eles coletivos ou individuais.

Em que pese a persuasão, a medida não impulsionou a adesão. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, “não se tem registro de que a suspensão nacional de liquidações, cumprimentos de sentença e execuções em trâmite no Judiciário relativamente a expurgos inflacionários decorrentes do Plano Econômico Collor II tenha efetivamente estimulado a adesão de poupadores a formularem acordos.” (BRASIL, 2019).

Não obstante, cerca de 80% dos consumidores que aderiram aos termos ao Acordo Coletivo ainda não receberam os valores aceitos⁷.

Neste diapasão, evidencia-se o descrédito atribuído à esta avença já que os que com ela anuem não o fazem de modo espontâneo, mas sim porque estão vencidos pelo cansaço do aguardo, pela incerteza de recebimento dos valores pelas vias judiciais ordinárias, pelo desgosto geral do desconhecimento da situação e, em muitos casos, pela própria influência do Judiciário, como descreve Zanferdini (2012, p. 238):

Mediação e conciliação devem ser métodos colocados efetivamente à disposição das partes, desde o momento inicial do aparecimento do litígio, como soluções qualitativas e adequadas para cada espécie de conflito e não como propostas quantitativas a serem efetivadas em “mutirões” ou “semanas de conciliação”, normalmente quando o processo já tramita há anos, consumiu recursos de toda ordem do Judiciário, bem como minou a resistência da parte mais fraca.

Não obstante, a segunda medida adotada foi a prorrogação do prazo de adesão, a extensão dos termos e a mudança das fórmulas de cálculo do montante devido. Em um aditivo homologado pelo Supremo Tribunal Federal em meados de 2020, novos moldes foram apresentados, dentre eles, a estipulação de mais prazo e o incentivo à mutirões junto ao Judiciário para fomentar a adesão (BRASIL, 2020).

As novas condições impostas denotam o intento de extirpar a controvérsia e reduzir o acervo dos julgadores, e não entregar ao jurisdicionado (que aguarda há *décadas*) a escorreita prestação jurisdicional, ou o ressarcimento correspondente ao dano suportado.

Cediço que o cidadão que aguardou por todo este tempo a resolução da controvérsia não busca no Poder Judiciário a aplicação da regra do “8 ou 80”, no sentido de que *ou aceita o acordo ou quem sabe um dia receba algo*, mas com certeza, o desgaste e a incerteza mostram-se preponderantes à aderência de tão injusta.

Além disso, a maior lesão não está na situação daqueles que já demandaram suas pretensões em juízo ou aderiram às ACPs até a data do acordo, para estes, ao menos resta aderir ou

7 Informações disponíveis em: <https://extra.globo.com/noticias/economia/cerca-de-80-dos-poupadores-associados-ao-idec-que-aderiram-ao-acordo-dos-planos-economicos-nao-receberam-indenizacao-23840281.html>. <http://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/268885/maioria-dos-atingidos-por-planos-economicos-fracas.htm>. <https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/79-dos-poupadores-nao-receberam-indenizacao-dos-planos-economicos/>.

não aos termos do acordo. O caso mais gravoso é o dos poupadores que aguardavam o resultado das Ações Cíveis Públicas para delas se aproveitarem.

É o caso dos correntistas do Banco Itaú, cujas pretensões estavam sendo discutidas no bojo do processo de nº 0705843-43.1993.8.26.0100. A demanda, que tramita há duas décadas, foi julgada procedente em 1993, com sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 1996. Não houve trânsito em julgado pela pendência de Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

Considerando que a demanda ainda está em trâmite, caberia ao poupador, nos termos da lei, duas possibilidades. A primeira delas: a formulação de cumprimento *provisório* de sentença, sendo certo de que se trata de *faculdade* do credor, já que o prazo prescricional para a execução de sua pretensão sequer teve início. Lado outro, plenamente cabível ao jurisdicionado que aguardasse a definição da controvérsia na ACP, para que, somente então, postulasse o recebimento do quinhão individual por meio do cumprimento definitivo da sentença coletiva.

Ocorre que, de acordo com o quanto avençado pelas partes no Acordo Coletivo homologado pelo Supremo Tribunal Federal, “deverão ser encerrados com apresentação de petição de desistência, os recursos e incidentes processuais, além das ações autônomas que tenham como litigantes as partes ora acordantes.” (BRASIL, 2018).

A cláusula subsequente evidencia ainda mais a problemática ao dispor que:

9.2. Para as ações cíveis públicas ainda não transitadas em julgado, e propostas dentro do prazo de prescrição quinquenal, as partes comprometem-se a apresentar petição conjunta, em que será requerida a extinção da ação coletiva por transação, consequente formação de título executivo judicial em benefício unicamente das pessoas que iniciaram cumprimento provisório de sentença coletiva até 31/12/2016 (BRASIL, 2018).

De acordo com os termos transacionados, os poupadores que optaram pela *faculdade processual* de realizar o cumprimento *provisório* da sentença coletiva até 31/12/2016, seria garantida a possibilidade de aderência ao acordo. No entanto, aos que aguardavam o trânsito em julgado de uma sentença coletiva que, até então, foi confirmada por duas instâncias do Poder Judiciário, o Acordo Coletivo prevê a *renúncia* de todas as pretensões, acrescendo à isto o impedimento futuro e irrestrito da discussão da controvérsia.

A desistência do Recurso Extraordinário cumulada ao pedido de extinção da demanda por transação, resultou a todos que aguardavam o trânsito em julgado para realizar o cumprimento da sentença coletiva o declínio completo das pretensões sem qualquer aviso prévio.

Portanto, temos duas situações: a) àqueles que já iniciaram o cumprimento *provisório*, terão suas pretensões extintas, já que estarão executando comando ineficaz, suplantado pela desistência do recurso e pela extinção da demanda, cabendo-lhes, quando muito, aderir ao Acordo e, b) àqueles que aguardavam o trânsito em julgado para o cumprimento do comando decisório, foram completamente lesados pela desistência do recurso e consequente extinção da demanda.

Nesse viés, a renúncia realizada fere de modo frontal não apenas a boa-fé processual, exigida aos litigantes, mas ainda viola ditames constitucionais e coletivos básicos ao a) obstar o acesso à justiça pelos detentores da pretensão material, b) impor limite temporal pretérito para o exercício do direito de petição que sequer era obrigatório, c) impossibilitar a ampla participação na negociação, e d) desistir de pretensões coletivas já reconhecidas em juízo.

O Código Civil, que disciplina o instituto da transação processual, garante no art. 841 que a disposição de direitos *pelo seu titular* apenas pode ocorrer quando estes forem patrimoniais e de caráter privado.

No caso dos planos econômicos, o fator preponderante é a existência de pretensões coletivas, cujos detentores podem ser apontados, e que se coadunam por pedidos de natureza financeira, quais sejam, o recebimento do montante produto da diferença entre o valor pago pelas entidades bancárias à época dos expurgos, e aquele efetivamente devido. Identificam-se, assim, pretensões transindividuais, de caráter individual homogêneo.

Portanto, não estamos diante de transação efetivada pelo titular da pretensão material, mas sim, por substituto processual, na qualidade de representante legitimado pelo art. 5º da Lei 7.347/85, nos autos de Ação Civil Pública.

Neste espeque, aplicável a regra da legitimação extraordinária, no sentido de que, em se tratando de atuação em nome próprio, mas na defesa de *direito alheio*, os atos praticados apenas se aplicam ao representado se lhe forem favoráveis, até mesmo por que os colegitimados não possuem autonomia material de atuação ao ponto de serem aptos a dispor de direitos que sequer são titulares, ainda que estes sejam de caráter disponível (MAZZILLI, 2014, p. 462).

Para Bosqué (2019), a transação processual, ou o negócio jurídico processual, somente é possível em casos de direitos que admitem autocomposição, cabendo ao Judiciário realizar o controle de validade e a aplicabilidade no caso concreto, nos termos do parágrafo único do art. 190 do CPC, que dispõe: “[...] de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” (BRASIL, 2015).

Por analogia, Didier Junior e Zanetti Junior (2017b) afirmam que as regras da transação presentes no regramento processual comum aplicam-se aos direitos coletivos, pois, ao se reconhecer constitucionalmente a tutela dos direitos coletivos, não se pode impedir sua efetivação, mormente pela via consensual (como é o caso da aderência ao acordo), e também porque o caráter indisponível da pretensão não será afetado, na medida em que visa, com a transação, a sua maior efetivação.

No entanto, e conforme outrora apontado, a negociação em análise não primou pela amplitude de efetivação de direitos, mormente por limitar temporal e materialmente os poupadores que poderiam aderir à ela e, ainda, ressaltar a *renúncia* a direitos reconhecidos em outras demandas.

A problemática inerente à renúncia de direitos e interesses coletivos é também evidenciada por Arenhart ao afirmar que se trata de conduta corriqueiramente aceita no ordenamento brasileiro,

embora a considere verdadeira violação ao titular do direito, e aduz:

[...] em um meio no qual o interesse pertence à coletividade ou a um grupo que é tão-somente “representado” pelo autor da ação coletiva, fica evidente o disparate dessa conclusão. Como é possível que alguém que não é o titular do direito possa dispor do direito alheio no processo, sem qualquer consequência? Não obstante a obviedade dessa indagação, parece que ela é irrelevante na lógica do processo coletivo brasileiro, que trabalha tranquilamente com essa possibilidade (ARENHART, 2016, p. 5).

Os limites da legitimação coletiva devem condizer diretamente com a margem da garantia de proteção daqueles que não constam nos polos da demanda, de modo que, em sendo desfavoráveis as disposições avençadas pelo representante processual, não há que se falar em vinculação do jurisdicionado, mas sim, em reconhecimento da desvirtuação da legitimidade, culminando em sua necessária substituição por outro colegitimado que melhor defenda os direitos em voga.

O controle judicial da validade e aplicabilidade dos termos negociados deve ser analisado subjetivamente, de modo que, em sendo desfavorável ao poupador, torna-se inaplicável ao caso concreto. A manifesta situação de vulnerabilidade do jurisdicionado que teve sua pretensão individual renunciada por um legitimado coletivo, nos autos da ACP, permite que as disposições avençadas sejam afastadas, desde que devidamente invocada nos autos da demanda individual.

O interesse público pela guarda e concreção do direito coletivo deve ser tutelado pelo afastamento das diretrizes desfavoráveis ao titular da pretensão material, consoante aludem Didier Junior e Zanetti Junior (2017b, p. 130):

Primeiro, há necessidade de tutela do objeto litigioso do processo, presente o interesse público, por se tratar de direitos de natureza coletiva; segundo, há necessidade da participação dos grupos que serão afetados pela decisão e da participação dos colegitimados, pelo menos potencialmente, no âmbito do acordo a ser firmado; terceiro, há a intervenção obrigatória do Ministério Público em todas os processos que tratam dos direitos coletivos em sentido lato. A atividade do juiz nestes casos não será, contudo, meramente confirmatória do acordo, em juízo simplista de delibação, no qual se verificam apenas os aspectos formais de representação das partes. O juiz, nestas oportunidades, deverá proceder a um verdadeiro exame de mérito do compromisso, possibilitando até mesmo sua discordância, caso em que não será homologado o acordo.

Outrossim, inconcebível que o próprio legitimado, à quem é atribuída e exigida a guarda e proteção da pretensão coletiva, seja idealizador e anuente da desistência irrestrita do direito de incontáveis poupadores. Trata-se de gravíssimo desvio de conduta por parte dos demandantes, em especial o IDEC, passível de condenação por litigância de má-fé, ato atentatório à dignidade da justiça, sem prejuízo da imediata substituição por outro interessado devido à perda superveniente da legitimidade pela incongruência de interesse pessoal com o interesse público.

Em que pese se tratar de providências indispensáveis, mostram-se ineficazes considerando

que a avença já foi homologada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo tal decisão transitado em julgado, razão esta pela qual oportuno traçar comentários acerca da possibilidade de impugnação à referida disposição, iniciando pela análise dos efeitos, eficácia e efetividade.

Os efeitos, na concepção de Carnelutti (1936, p. 60), são entendidos como as mudanças de uma situação precedente, enquanto que “pode-se falar em eficácia como simples aptidão de produzir efeitos (em potência), como em um conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos (em ato).” (MOREIRA, 1989, p. 175-176).

De outro vértice, Ovídio Baptista os distingue da eficácia, utilizando-se de uma analogia. Como se a sentença fosse um medicamento, nos dizeres do autor, a eficácia equivaleria à “virtude curativa” deste, enquanto que os efeitos são os resultados por ele proporcionado, ou seja, “não se pode confundir a virtude curativa com o efeito produzido pelo medicamento sobre o organismo do enfermo. A eficácia ainda não é o efeito do medicamento” (SILVA, 2003, p. 176), o que também difere do que acolhemos por efetividade, que, nos ditames de Eduardo José da Fonseca Costa (2005, p. 282), significa o grau de materialização dos preceitos normativos no mundo dos fatos.

Assim, a decisão que homologou a avença tem o âmbito de sua eficácia garantia, já que prolatada por órgão competente dotado de jurisdição, mas não produz efeitos na ordem jurídica, considerando a ausência de legalidade e constitucionalidade à ele atribuída, sendo nula de pleno direito nos termos do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

Ademais, por meio de interpretação sistemática atribuída ao parágrafo único do art. 436 do Código Civil (BRASIL, 2002), que trata da estipulação em favor de terceiro, novamente tem-se que aquele em favor de quem se estipulou apenas se vincula às disposições se optar pela exigência de cumprimento das obrigações. O contrário, portanto, também é verdadeiro. Ou seja, a realização de acordo por terceiros, em favor de um determinado grupo de jurisdicionados, apenas os vinculam se estes exigirem seu cumprimento.

Sendo assim, possível suscitar em *querela nulitatis a relativização dos efeitos da coisa julgada*, fulcrando-se no entendimento de Didier Junior e Zanetti Junior (2017b, p. 345) para quem “a coisa julgada, caso existe homologação de acordo nestes casos, será *rebus sic standibus*: sobrevindo circunstancia de fato que altere a situação definida na sentença poderá ser reproposta nova ação.”

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2008, p. 388) também se perfilham à corrente ao aludirem que “a coisa julgada exerce função positiva e negativa, que se explicam a partir do princípio da segurança jurídica”, e assim, para a revisão do pronunciamento eivado de vícios, tais como a inconstitucionalidade, faz-se suficiente a pretensão declaratória de nulidade:

As sentenças que são inconstitucionais *porque acolhem pedidos inconstitucionais*, são sentenças (estas sim!) que não transitam em julgado por que foram proferidas em processos instaurados por meio de mero exercício de direito de petição (e não de direito de ação!) já que não havia possibilidade jurídica do pedido.[...] Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeterem prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória,

com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação (WAMBIER; MEDINA, 2008, p. 390).

Trilhando por outra linha, fundamentada na violação ao próprio texto do Acordo Coletivo entabulado, cujas disposições são dotadas de força vinculante com a prevalência do convencionado sobre o legislado segundo a Cláusula 11.2., o cabimento de demanda declaratória, para suscitar a ausência de validade dos termos avençados devido à notável infringência a) da *segurança jurídica*, considerando que os acordantes renunciaram à direitos reconhecidos por sentença, confirmada pelo TJSP, e que estavam sendo executados pelos detentores da pretensão, em total detrimento dos consumidores que não foram sequer informados sobre a possibilidade de disposição de seus direitos; b) do *exaurimento da macro-lide*, considerando não apenas a baixa aderência aos termos acordados, como ainda a continuidade no ajuizamento de demandas, à exemplo do que se vislumbra da análise do tramite processual nos autos de nº 0705843-43.1993.8.26.0100.

Portanto, a disposição de direitos em Ação Civil Pública, embora cabível, deve ser dotada de cautelas indelegáveis, sem que se perca como norte “a efetivação do acesso – individual e metaindividual – dos fracos e vulneráveis, como consumidores, trabalhadores, crianças, adolescentes, idosos, os excluídos em geral, não apenas ao aparelho judiciário e à democratização das suas decisões, mas, sobretudo, a uma ordem jurídica justa.” (LEITE, 2012, p. 156).

CONCLUSÃO

As primeiras demandas de grupos datam do direito romano, e as previsões legais brasileiras que sobrevieram sobre o tema, em sua grande maioria, consolidam o viés de que disciplinar a pulverização dos litígios têm se tornado não apenas uma tendência, mas ainda necessidade do legislador contemporâneo para lidar com a massificação das relações e a judicialização dos conflitos.

Em que pese a evolução das disposições protetivas, em especial a vigência da LACP, demonstramos no transcórre deste estudo que o Judiciário caminhou na contramão na legalidade, incorrendo em violação dos direitos fundamentais do jurisdicionado ao homologar o acordo entabulado pelas Associações representantes dos consumidores e as instituições bancárias, no caso dos expurgos inflacionários.

A delonga na resolução da controvérsia, que tramita há duas décadas no Judiciário, ressalta o declínio da justiça nacional que, abarrotada, trabalha em regime de contingência de demandas para suprir a ineficácia do sistema jurisdicional e a conseqüente insegurança jurídica, devido à falta de perspectiva de resolução deste percalço.

No entanto, suplantar a celeridade e a diminuição de acervo, em detrimento da concreção dos direitos individuais homogêneos dos poupadores, importa em afronta à ditames constitucionais, como o acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e a inafastabilidade da jurisdição.

O Acordo Coletivo que ora se analisou fora entabulado por aqueles que se dizem protetores dos direitos dos consumidores, enquanto que estes últimos, propriamente, sequer foram indagados

sobre a resolução da controvérsia, não tendo sido realizada audiência pública, pesquisa via *internet* ou qualquer outra forma de consulta popular aos legítimos detentores da pretensão. Destaca-se a carência de embasamento em documento técnico hábil a comprovar que a disposição dos direitos coletivos, como fatores preponderantes ao notório insucesso do Acordo, e sua baixa aderência pelos consumidores.

Os termos acordados não contam com qualquer lastro de legalidade, devido a ausência de legitimidade de seus componentes. Até mesmo por que tanto o desconto no crédito para os aderentes, quanto a arbitrária desistência das demandas já julgadas, caminham na contramão da legalidade, efetividade, validade e respeito aos preceitos basilares do Estado Democrático de Direito, não havendo lastro para sua convalidação no ordenamento pátrio.

Portanto, embora se admita a disposição de direitos coletivos em Ação Civil Pública, mormente representada pela transação processual, conclui-se que o ato deve ser balizado por preceitos efetivos, moldados pela atuação ativa do Judiciário — que não apenas se limita a homologar, mas sim a realizar verdadeiro filtro de validade —, lastreado na publicidade, na participação e consulta popular, na realização de estudos técnicos. E, em sendo desfavorável ao detentor da pretensão material, cabível o afastamento das disposições negociadas no caso concreto, sem prejuízo das ferramentas processuais de arguição da nulidade e recursos, nos autos das Ações Coletivas. Tudo isto para impedir que as negociações não resultem em violações aos direitos em discussão, como ainda para garantir que sejam incapazes de produzir efeitos nocivos àqueles que sequer participaram de sua formulação, cuja vulnerabilidade se evidencia.

REFERÊNCIAS

ABREU, Cilair Rodrigues de; CÂMARA, Leonor Moreira. O orçamento público como instrumento de ação governamental: uma análise de suas redefinições no contexto da formulação de políticas públicas de infraestrutura. **Revista da Administração Pública**, Rio de Janeiro, p. 73-90, jan./fev. 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; MELLO NETO, Luiz Philippe Vieira de. Fundamentação constitucional do direito material coletivo e do direito processual coletivo: reflexões a partir da nova *summa divisio* adotada na CF/88 (Título II, Capítulo I). **Revista do TST**, Brasília, v. 77, n. 3, p. 77-97, jul./set. 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, Curitiba, v. 2, 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20S%C3%A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

BARBERATO, Celso; GERAIGE NETO, Zaiden. A ação coletiva como instrumento de tutela e

concretização do direito à saúde. **Revista Jus Populis**, Salvador, v. 1, p. 129-146, 2018.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7a ed. Malheiros, São Paulo, 1998.

BORGES, Daniela Meca; FERREIRA, Olavo Vianna Alves. Limitação territorial da coisa julgada como óbice ao acesso à justiça. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 16, n. 23, p. 160-183, jul./dez. 2018.

BOSQUÊ, Déborah Sant'Anna Lima. **Revista Jurídica Luso Brasileiro**, Lisboa, Ano 5, n. 4, p. 625-662, 2019.

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: 22 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Instrumento de acordo coletivo. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, Ed. 23, p. 1-7, 1 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro reconsidera decisão que determinou suspensão nacional de processos envolvendo Plano Collor II**. Brasília: STF, abr. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=408183>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165 Distrito Federal**. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF165termoaditivo3.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL Tribunal de Justiça (1ª Turma). **RESP nº 510.150/MA**. Administrativo e processual. Improbidade administrativa. Recorrente: Jose Camera Ferreira. Recorrido: Ministério Público do Estado do Maranhão. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7381445/recurso-especial-resp-510150-ma-2003-0007895-7/inteiro-teor-13045218>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRITO, Cristiane dos Santos; AGUIAR, Simone Coêlho. Os Planos Econômicos Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e II e os Recursos Extraordinários 591.797 e 626.307: impactos nas finanças do estado brasileiro em face das vindouras decisões do STF. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**. Franca, a.22, n.36, 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras:

pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 82, p. 92-151, abr./jun. 1996. Disponível em: <http://scarpinellabuena.com/images/textos-pdf/004.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936. v. 2.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ apresenta o primeiro relatório analítico do Supremo**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-apresenta-o-primeiro-relatorio-analitico-do-supremo/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolve: poupança – planos econômicos**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYjk3YWFMjktM-GY3NC00ZmI0LThiMzQtN2I1MWVjY2VINGRjliwidCI6ImFkOTE5MGU2LWM0NWQ0tN-DYwMC1iYzVjLWVjYTU1NGNjZjQ5NyIsImMiOjJ9>. Acesso em: 21 mar. 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico processuais de eficácia, efetividade e eficiência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 121, mar. 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017a.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo**, Vitória, v. 15, n. 15, p. 111-142, 2017b.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GIAGNORIO, Michele. Brevi note in tema di azioni popolari. **Teoria Estória del Diritto Privato**, Salerno, n. 5, 2012. Disponível em: http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2012/contributi/2012_Contributi_Giagnorio_AzioniPopolari.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

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.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUERRERO, Ana Luisa. Reflexiones ético-políticas sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas. **Revista Nuestramérica**, Concepción, v. 6; n. 11, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso coletivo à justiça na perspectiva dos direitos humanos. In: DIDIER JUNIOR, Fredier (coord.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MACARINI, José Pedro. **A política econômica do governo Sarney: os planos cruzados (1986) e Bresser (1987)**. Campinas: Unicamp, 2009. Texto para Discussão. IE/Unicamp, n. 157, mar.

Disponível em: www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=1787&tp=a. Acesso em: 22 mar. 2021.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A importância da ação civil pública no âmbito trabalhista. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 3, n. 25, jun. 2001.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. *In*: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord.). **Ação popular: aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4717/65**. São Paulo: RCS, 2006. p. 408-410.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: quarta série**. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. Considerações sobre os direitos transindividuais. **Revista Jurídica Cognitio Juris**. João Pessoa, v. 1, n. 2, p. 37-49, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RANGEL, Rafael Calmon. A interatividade entre os sistemas, subsistemas, minissistemas e microsistemas jurídico-normativos de tutela dos direitos dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 117, n. 1, p. 469-488, 2018.

RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves; VINCE, Fernando Navarro; NETTO, João Paulo Gomes. Acesso à justiça: a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e dos direitos da personalidade. **Revista Juris Poiesis**. Rio de Janeiro, v. 22, n. 30, p. 264-282, 2019.

SÃO PAULO. **Recurso Extraordinário 632.212**. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Célia Natalina de Leão Bensadon. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, 11 de abril de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339910273&ext=.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SBDP - SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. **Ações coletivas no Brasil: o processamento, o julgamento e a execução das tutelas coletivas.** 2017. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/research/acoes-coletivas-no-brasil-o-processamento-o-julgamento-e-a-execucao-das-tutelas-coletivas/>. Acesso em: 30 jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

STAGNAN, Joaquín Silguero. **La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos.** Madrid: Editora Dykinson, 1995.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. O processo civil coletivo: aspectos de um novo direito processual. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 11, n. 15, p. 261-293, jan./dez. 2011.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; OLIVEIRA, Izabela Cristina de. Tutela jurisdiccional coletiva: aspectos históricos e o microsistema de tutela dos direitos coletivos no direito brasileiro. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 25, n. 1, p. 102-124, jan./jun. 2016.

VASAK, Karel. For the third generation of human rights: the rights of solidarity. *In*: VASAK, Karel. **The internacional dimensiono f human rights.** Paris: Unesco, 1982. 2 v.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Revista NEJ – Eletrônica**, Itajaí, v. 17, n. 2, p. 237-253, maio/ago. 2012. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970/2313>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 32-49, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais.** Revista Justiça & Cidadania, Rio de Janeiro, Ed. 104, 2009. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79062876.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

Como citar: SIQUEIRA, Oniye Nashara; NETO, Zaiden Geraige. The (in)availability of transindividual rights in class actions: analysis of the case of economic plans. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 1, p. 87-108, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n1p87. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 05/10/2020

Aprovado em 22/03/2021

**PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO CRITÉRIO
DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE
RETROCESSO SOCIAL EM RELAÇÃO AOS DIREITOS
SOCIAIS**

SOLIDARITY PRINCIPLE AS A CRITERION FOR APPLYING THE
PRINCIPLE OF BANNING SOCIAL REGRESSION IN RELATION
TO SOCIAL RIGHTS

Der gute Jurist sieht im Gesetz weder das Ganze des Rechts
noch ein Hindernis des Rechts, sondern ein Mittel zur
Verwirklichung des Rechts.¹

Guilherme Camargo Massau *

*Pós-doutor na PUCRS; Doutor em Direito pela Unisinos; Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra; Especialista em Ciências Penais pela PUCRS; Professor da Faculdade e do Mestrado em Direito da UFPel. E-mail: uassam@gmail.com.

Como citar: MASSAU, Guilherme Camargo. Princípio da solidariedade como critério de aplicação do princípio de proibição de retrocesso social em relação aos direitos sociais. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 109-127, mar. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n1p109. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O texto versa sobre a relação do princípio da proibição do retrocesso social com o princípio da solidariedade, impresso no Art. 3º, I, *in fine*, da Constituição Federal (CF). Trata-se da aplicação do princípio da proibição do retrocesso em consonância com os parâmetros normativos estabelecidos pelos objetivos fundamentais do Estado brasileiro: construir uma sociedade solidária. Objetiva-se mostrar a densificação do sentido da vedação do emprego de medidas jurídicas socialmente retrocessivas por meio do princípio da solidariedade, inserido como cláusula transformadora. Para realizar a pesquisa, foram empregados os métodos analítico e hipotético-dedutivo. O primeiro foi utilizado visando esmiuçar as categorias jurídicas do princípio da proibição do retrocesso social e do princípio da solidariedade impresso na cláusula transformadora do Art. 3º, I, *in fine*, da CF. O segundo auxiliou na busca do resultado da incidência desses dois princípios assente em uma hipótese jurídica. Devido à natureza do tema e da pesquisa, utilizou-se de fontes bibliográficas.

Palavras-Chave: Constituição. Direitos fundamentais sociais. Princípios. Proibição de retrocesso social. Solidariedade.

Abstract: This paper is about the relationship between the principle of social setback ban and the principle of solidarity, as written in the FC Art. 3, I, *in fine*. It deals with the application of the principle of setback ban stemming from the normative guidelines according to the main goals established by the Brazilian Government in order to build a solidary society. The objective is to show how dense the meaning of banning the use of judicial actions is, that can socially bring a setback originating from the solidarity specificities, inserted as a transformative clause. In order to carry out the research, analytical and hypothetical-deductive methods have been used. The analytical method was used in order to scrutinize the judicial categories of social setback ban and solidarity principle found in the transformation clause of Art 3, I, *in fine*, of the FC. The hypothetical-deductive method helped in the search for results related to the incidence of those two principles from a judicial hypothesis based on bibliographical resources.

Keywords: Constitution. Fundamental social rights. Principles. Social regression prohibition principle. Solidarity.

INTRODUÇÃO

O texto tem como objetivo analisar o princípio da solidariedade como critério de aplicação do princípio de proibição de retrocesso social. O esforço ora desenvolvido condiz com a *cognoscibilidade* do direito constitucional brasileiro vigente, tendo como referência medidas com efeitos prospectivos. Assim, o princípio de proibição de retrocesso social adquire *eficácia protetiva*, envolvendo os direitos sociais e o princípio da solidariedade.

Ambos os princípios objetos do texto possuem alto grau de abstração, o que dificulta a especificação e a generalização em casos concretos. Nessa perspectiva, entende-se que o mais oportuno para o objetivo proposto é trabalhá-los em patamar conceitual, contudo são dados exemplos pontuais para deixar claro o quê se analisa e como se está efetuando a análise. Outro fator de dificuldade é relativo aos objetivos fundamentais constantes na Constituição de 1988, pois são normas que, de certa forma, despertam pouco interesse ou são pouco invocadas, se comparadas com o vasto material publicado na seara jurídica.

Destaca-se, a título introdutório e de pré-compreensão do texto, o entendimento de que se tem como relativos aos direitos fundamentais e aos princípios normativos. Conforme o caso concreto, salienta-se um direito fundamental ou/e um princípio diante de outros. Esse tema mostra-se relevante, contemporaneamente, devido aos problemas sociais atuais, aliados ao cenário político-jurídico tendentes a reformas substanciais em direitos sociais, as quais recairão sobre os cidadãos. Salienta-se que, implicitamente, o texto foi analisado sem perder de vista os debates contemporâneos travados no âmbito do Estado brasileiro, o que oportuniza que a análise efetuada possa contribuir para soluções de problemas jurídicos.

Para que se pudesse chegar à consonância de incidência entre ambos os princípios, uma vez que o princípio da solidariedade densifica o da proibição de retrocesso social, foram percorridos alguns temas, a fim de estabelecer os parâmetros compreensivos concernentes à finalidade do texto. Primeiro, delineou-se o princípio de proibição de retrocesso social, ao mostrar de onde ele deriva e as condições de sua incidência. Após, passou-se para o princípio da solidariedade, explicitando-se o *locus* principal de sua positivação na Constituição e sua função no contexto normativo constitucional.

Por fim, foi desenvolvida a projeção unitária da incidência dos princípios analisados, no tocante à materialização da proibição retrocessiva social, em face da incidência simultânea do princípio da solidariedade como exigência normativa de se construir uma sociedade solidária. Portanto, ambos os princípios complementam-se em termos prospectivos.

1 PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

O princípio de proibição de retrocesso social encontra-se implícito na concepção lógica da Constituição brasileira. A ausência de sua menção explícita não lhe retira as consequências lógico-normativas que decorrem da incidência de algumas normas, sejam regras e/ou princípios¹. Por

¹ Adota-se a linha de Alexy (1994, p. 72-75), considerando norma como princípio ou regra e levando em consideração

consequente, cabe situá-lo a partir de elementos da Constituição de 1988 imediatamente vinculados à concepção da vedação do retrocesso social. Destaca-se, contudo, a impossibilidade de se defender de uma proibição absoluta de retrocesso social, justamente pelo fato de se reconhecerem as mudanças sociais pelas quais o Estado e a sociedade passam. É preciso, porém, que se tenha um mínimo de segurança jurídica em relação ao patamar de efetividade conquistado pelos direitos sociais (SARLET, 1999, p. 111-114).

1.1 Lógica histórico-constitucional

O desenrolar histórico-constitucional é um dos elementos que pode servir como (primeiro) fundamento para a consistência do princípio da proibição de retrocesso social. Cabe destacar que é relevante para sustentar a vedação de medidas retrocessivas no meio de avanços, estagnações e recuos sócio-políticos. Realça-se, nesse tópico, a particularidade do constitucionalismo de, a cada aperfeiçoamento pelas forças históricas, expandir e fortalecer as características de documento-garantia (VOLÄNDER, 1999, p. 7) dos cidadãos e dos indivíduos diante do Estado. Trata-se de reconhecer o desdobrar lógico das mudanças que derivaram inúmeros institutos positivados que, por conseguinte, conduziram à formulação do princípio da vedação de medidas retrocessivas que atinjam núcleos essenciais de direitos e garantias sociais.

A importância de assegurar direitos encontra-se na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, no Art. 16², onde se acentua a função da Constituição. O documento constitucional consolidou-se como pedra angular do Estado de Direito (democrático), por meio da força e da supremacia constitucionais (PINTO E NETTO, 2010, p. 116), adquiridas no decurso histórico com base em três realidades: a inglesa, que se inclinou ao governo balanceado e moderado, privilegiando a liberdade e a propriedade; a norte-americana, consistente em uma carta escrita por um poder constituinte que garante direitos e regulamenta o governo com *freios e contrapesos*; a francesa, baseada na ideia de ruptura criadora, a qual foi de encontro aos privilégios do *ancien régime* e define projetos de ordenação para uma nova ordem racionalmente construída (CANOTILHO, 2002, p. 52-53).

Essas conquistas históricas constitucionalmente são intangíveis ao ato de supressão. Todas elas representam o fortalecimento de garantias aos indivíduos (em sentido geral) frente ao Estado, sendo que a extinção ou o enfraquecimento ao ponto de torná-las ineficazes representa uma ruptura nas bases do constitucionalismo. Suprimi-las é ato revolucionário. Assim, historicamente, encontram-se os direitos sociais fundamentais, uma vez que sua constitucionalização se originou de embates e de reivindicações dentro do contexto das relações sociais. O princípio de proibição de retrocesso social corrobora, em sua lógica, conquistas históricas, como as citadas, ao vedar imposições do Estado que anulem o núcleo essencial dos direitos sociais.

O constitucionalismo desenvolvido nos últimos séculos acarretou a identificação dos

as respectivas características, *vide*: Derbli (2007, p. 106-109).

2 “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*” (A sociedade que não assegurar a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes, não tem constituição – tradução livre do autor) (FRANÇA, 1789; SILVA, 2011; VOLÄNDER, 1999).

cidadãos com o projeto de comunidade político-social do Estado ao qual pertencem (SILVA, 2011, p. 11). Por isso, elementos constitucionais, introduzidos por força de movimentos históricos, merecem maior proteção do que aqueles resultantes de deliberações políticas circunstanciais. É necessário reconhecer a coerência do desenrolar temporal que resultou no sistema constitucional atual. Os direitos sociais não se encontram na Constituição Federal (CF) por mera deliberação política circunstancial, mas por redundarem em opção pertinente e importante de avanço social no Estado brasileiro.

O desenrolar histórico constitucional culminou, contemporaneamente, em consequências, nas quais o princípio de proibição de retrocesso social logicamente se apoia: 1) o princípio do Estado direito social necessita de um patamar mínimo de *proteção da confiança*, de *segurança jurídica* (CANOTILHO, 2002, p. 257) e de *manutenção mínima do nível de continuidade jurídica*, por isso, medidas sociais retrocessivas e retroativas causam enfraquecimento e contradizem o Estado de Direito social; 2) o princípio da dignidade humana exige do aparato estatal prestações sociais positivas, a fim de garantir o mínimo de existência com dignidade, por conseguinte o efeito negativo desse princípio é a exigência de que medidas não fiquem aquém do patamar considerado como mínimo; 3) o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais (Art. 5º, §1º, da CF) indica a exigência de maximização e a não redução da proteção dos direitos fundamentais; 4) a insuficiência de proteção que o princípio da segurança jurídica do Art. 5º, XXXVI, da CF pode oferecer aos direitos fundamentais sociais; 5) a vinculação dos órgãos estatais às normas constitucionais e a seus atos anteriores (princípio da confiança), que faz com que os órgãos do Estado mantenham sua autonomia, sem, contudo, perderem como fundamento de suas ações as normas constitucionais, sem as quais as decisões tomadas pelos órgãos podem estar em direto desrespeito constitucional (PINTO E NETTO, 2010, p. 115, 135-136; SARLET, 2015, p. 464-466). Tais consequências são respostas históricas, político-jurídicas decorrentes de opressões, violações e injustiças socialmente situadas. Por conseguinte, os direitos fundamentais são de realizações inacabadas (NOVAIS, 2015, p. 71).

Com as conquistas constitucionais na seara social com vistas à justiça social (SARLET, 2015, p. 456-457), surge o dever de realização progressiva dos direitos sociais, tal como ocorreu e ainda, com menor necessidade, ocorre com os direitos de liberdade. Admitir medidas retrocessivas que anulem essas conquistas implica desprezar o Estado social e alguns dos objetivos constitucionais (e. g. Art. 3º).

1.2 Limites à reforma constitucional

O limite material (SARLET; BRANDÃO, 2013, p. 1129-1131) à reforma constitucional estabelecido no Art. 60, §4º, da CF – as chamadas *cláusulas pétreas* – veda a abolição do núcleo essencial, material dos conteúdos normativos da forma federativa de Estado: o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e as garantias individuais. O sentido normativo do dispositivo constitucional não veda modificações, inclusive restrições à esfera de incidência, mas a supressão do núcleo essencial (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p.

156-160).

Embora a literalidade do Art. 60, §4º, IV, da CF infra a exclusão dos direitos sociais do âmbito da proteção das *cláusulas pétreas*, no que tange ao sistema constitucional como pedra angular do sistema jurídico que é unitário, adota-se, nesse texto, a posição majoritária da doutrina e a inclinação do Supremo Tribunal Federal em incluir os direitos sociais – e os demais capítulos do Título II da CF – no raio de proteção material das *cláusulas pétreas* (SARLET; BRANDÃO, 2013; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017; SARLET, 2015).

Com a vedação de abolir conteúdos que atribuem identidade à Constituição brasileira, tem-se aí uma expressa vedação de retrocesso considerando-se o núcleo constitucional. Destarte, o princípio da proibição de retrocesso social constitui-se em um limite normativo ao Poder Legislativo e um critério normativo ao Poder Judiciário. Some-se a isso o Art. 2º, 1, do Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais – internalizado pelos Decretos Legislativo n. 226/91 e Presidencial n. 591/92 (BRASIL, 1992) – o qual traz o compromisso de os Estados signatários *progressivamente* (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 619) empregarem meios apropriados e recursos disponíveis para que os indivíduos exerçam os direitos constantes no Pacto. A palavra *progressivamente* impede que se aceite o estabelecimento de normas que causem retrocesso nas conquistas já estabelecidas (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 390).

1.3 Segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica constitui-se em uma das formas de densificação do princípio da proibição de retrocesso social, embora seus conteúdos não se confundam (DERBLI, 2007, p. 213-217) totalmente. Mencionado no Preâmbulo, no *caput dos* 5º e 6º da CF e especificado no Art. 5º, XXXVI, da CF (SARLET, 2015, p. 452), o princípio da segurança jurídica oferece estabilidade à ordem jurídica, especialmente ao núcleo essencial dos direitos sociais, fazendo com que o indivíduo e a sociedade (como grupo de indivíduos) possam estabelecer relações entre si e com o Estado, assentes em parâmetros tutelados pela proteção da confiança³, tendo como base estrutural à segurança jurídica a *cognoscibilidade*⁴, a *confiabilidade*⁵ e a *calculabilidade*⁶.

Destarte, pela consolidação do pensamento constitucional, tem-se o Estado de Direito como manifestação de um Estado de segurança jurídica (HESSE, 1993, p. 206). Trata-se de subprincípio de categoria estruturante do Estado de Direito que perpassa os direitos fundamentais

3 Sachs a denomina de *echte Rückwirkung*, tratando-a como um retrocesso que abrange relações jurídicas consolidadas no tempo e que não podem ser alteradas por serem perfeitas. E denomina de *unechte Rückwirkung* medidas retrocessivas que reduzem garantias e direitos conquistados, sem, no entanto, atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e os direitos adquiridos. (SACHS, 2000; HESSE, 1993; DERBLI, 2007).

4 Não se adentrará na análise dessas três categorias, cabe aqui especificá-las. A *cognoscibilidade* reporta a um estado de coisas em que os indivíduos se encontram capacitados a compreenderem os argumentos normativos gerais e individuais, materiais e procedimentais, tendo em vista a acessibilidade, a abrangência, a clareza, a determinabilidade e a executoriedade. (ÁVILA, 2011, p. 683).

5 A *confiabilidade* consiste em um estado ideal que o indivíduo pode vir a saber quais são as possíveis mudanças a serem feitas e as que não podem. Evita-se, portanto, a frustração dos seus direitos, na perspectiva de que hoje os indivíduos se asseguram dos efeitos dos direitos garantidos outrora. (ÁVILA, 2011, p. 863).

6 A *calculabilidade* é a possibilidade de os indivíduos saberem como e quando as mudanças podem ser feitas, o que impede a surpresa. Ela existe diante da possibilidade do controle dos efeitos atribuídos pelo direito atual no futuro. Assim, deve existir a possibilidade de antecipar e medir as consequências a serem aplicadas a fatos ou atos. (ÁVILA, 2011, p. 684).

para evitar que deságue em inclinações despóticas (SARLET, 2015, p. 451), assim, ao impedir medidas retrocessivas de direitos adquiridos, garante-se um nível de estabilidade⁷ para viver e agir sem medo ou insegurança no âmbito social e estatal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017; SARLET, 2015; PINTO E NETTO, 2010).

Por conseguinte, o princípio da segurança jurídica abrange a segurança pessoal e social, protegendo a pessoa e/ou grupo de pessoas contra atos do poder público ou de particulares que violem direitos e garantias pessoais e/ou sociais com *medidas retroativas* (contra direitos adquiridos, coisa julgada e ato jurídico perfeito). Contudo, sustenta-se também que o princípio da segurança jurídica incide contra as medidas retrocessivas de caráter prospectivo. Nesse talante, não se admitem reformas constitucionais ou infraconstitucionais que revoguem, suprimam ou anulem núcleos essenciais de normas materiais de direitos sociais regulamentados por dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais, mesmo com efeitos prospectivos (SARLET, 2015, p. 452, 453), que já integram o *patrimônio*⁸ do indivíduo e do grupo de indivíduos. Portanto, o princípio da segurança jurídica encontra-se logicamente atrelado ao princípio da proibição do retrocesso, concretizado por meio de barreira de redução de conteúdo material de direitos e de garantias em termos de acesso aos direitos sociais – de dimensão positiva e negativa.

1.4 Repercussões na eficácia e efetividade

Recai na eficácia e na efetividade das regras e princípios de direitos sociais a proibição de medidas retrocessivas, já que o Art. 5º, §1º, da CF atribui aplicação imediata. As normas de direitos sociais não podem ser esvaziadas em sua dimensão de aplicabilidade. Mantém-se, assim, a eficácia. A vedação do retrocesso assume, portanto, uma eficácia ‘protetiva’ dos direitos sociais (SARLET, 2015, p. 455, 466). Como consequência, na dimensão defensiva ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, a proibição de medidas retrocessivas tem a finalidade de garantir a efetividade de níveis de proteção concretizados nas normas de direitos sociais existentes, fundamentalmente no que tange às garantias mínimas de existência digna (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 620).

Por consequência, as prestações básicas correspondentes ao mínimo existencial não podem ser suprimidas ou reduzidas, inclusive se ressalvados os direitos adquiridos, sob pena de se ferir o princípio da proibição de retrocesso no que diz respeito a medidas que garantam, em certo grau, a efetivação do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Se determinados níveis de proteção ao mínimo existencial⁹ já se encontram concretizados, não existe justificativa para que legislação

7 A fim de destacar a importância do tema da segurança jurídica, registra-se a existência do seguinte estudo: Fontes (2013, p. 20-22, 34). Em rápido resumo, o autor chama a atenção para a importância da estabilidade do direito e da estabilidade social que o direito proporciona no cotidiano dos indivíduos. Segundo Fontes, os direitos políticos, econômicos, sociais e culturais visam à estabilidade. São direitos que se encontram, de certa maneira, de modo uniforme nas constituições ocidentais. Logo, a estabilidade constituída não pode ser enfraquecida por qualquer redução transitória da capacidade financeira. Os bens jurídicos protegidos por essa gama de direitos constituem, em seu núcleo essencial, suporte necessário para a materialização da dignidade humana, que não é traduzível em valor patrimonial.

8 Entenda-se a palavra patrimônio no sentido empregado por Sarlet (1999, p. 111-132).

9 Para Derbli (2007, p. 210), seria redundante vincular a proibição do retrocesso social exclusivamente ao mínimo existencial, devido à proteção e à promoção da dignidade humana. Nessa lógica, incidirá a proibição do retrocesso

superveniente suprima ou reduza posições sociais adquiridas. Por isso, tornam-se juridicamente injustificáveis medidas retrocessivas, podendo o Poder Judiciário considerá-las inconstitucionais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 620). Não se trata da impossibilidade de revogação ou alteração de lei, no entanto, quando isso ocorrer, o legislador deve substituir ou alterar a lei por disposições de garantias e de direitos de igual ou maior grau de proteção do que as anteriores (DERBLI, 2007, p. 281-283).

Aqui se situa, contudo, uma objeção à proibição de retrocesso, pois ela se direciona à competência do legislador. Ela se refere à falta de conteúdo específico dos direitos sociais na Constituição. Essa indeterminabilidade faria com que o legislador tivesse ampla liberdade de conformação de tais direitos fundamentais. Isso englobaria inclusive a possibilidade de retroceder nas próprias decisões, embora o legislador esteja limitado pelo princípio da proteção da confiança, pela imprescindibilidade de justificar as medidas reducionistas e pela intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Essa objeção, no que diz respeito à afetação do núcleo essencial dos direitos sociais, não prospera. Em primeiro lugar, existe a proteção contra mudanças formais constitucionais. Não se pode, portanto, anular o núcleo essencial dos direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 461-462).

Em segundo lugar, o legislador constitucional derivado e infraconstitucional está vinculado às normas constitucionais, pois, ao legislar com o intuito de concretizá-las, não pode, *posterior e simplesmente*, desfazer o que realizou no cumprimento de mandamento constitucional¹⁰. Se isso for admitido, a eficácia e a efetividade constitucionais – fundamentalmente no que se refere ao núcleo essencial dos direitos sociais, vinculado ao mínimo existencial – ficariam a critério do legislador constitucional derivado e do infraconstitucional, subvertendo o comando do próprio legislador que instauraria uma situação social favorável e, depois, conforme seu arbítrio e sua oportunidade, substituiria a situação favorável por uma desfavorável (ou menos favorável) (SARLET, 2015, p. 462-463)¹¹.

Assim, entende-se que, depois de conquistado determinado grau de realização de direitos sociais, eles passam a constituir garantia institucional, logo tornam-se direitos subjetivos, limitando *em grau* a retrocessão de *direitos adquiridos*. Caso se admitisse que medidas retrocessivas pudessem atingir o núcleo essencial de direitos fundamentais sociais, se estaria, igualmente, ferindo o princípio da proteção da confiança, o da segurança jurídica e o mínimo existencial que sustenta a concretização da dignidade humana (CANOTILHO, 2002, p. 336-337).

2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O princípio da solidariedade¹² encontra-se inserido no Art. 3º, I, *in fine*, da CF. Ele se

social em grau acima do mínimo existencial, a fim de impedir o retrocesso da concretização dos direitos sociais, mesmo que não abranjam prestações mínimas indispensáveis à manutenção do grau mínimo de dignidade humana. (PINTO E NETTO, 2010, p. 135).

¹⁰Uma crítica à aplicação do princípio da proibição de retrocesso, quando de recriação de omissão constitucional (DERBLI, 2007, p. 259-268).

¹¹ Opinião contrária de tal impeditivo (ANDRADE, 1987; CANOTILHO, 2002; DERBLI, 2007).

¹² Para a perspectiva histórica da construção do princípio da solidariedade (MASSAÚ, 2016, p. 33-58).

manifesta como objetivo fundamental do Estado constitucional brasileiro, por meio da chamada *cláusula transformadora*, cujo objetivo é impelir o Estado a promover mudanças na estrutura socioeconômica da sociedade (BERCOVICI, 2005, p. 36-37), ver: (VERDÚ, 2004; VOLÄNDER, 1999). O princípio da solidariedade encontra-se previsto expressamente em várias constituições¹³, pode-se também encontrá-lo implicitamente em alguns parâmetros institucionais que o exigem para seu desenvolvimento. Destaca-se que a solidariedade se origina do mesmo *espírito* dos direitos humanos. Ela participou da revolução constitucional do século XVIII, institucionalizando-se com o desenvolvimento do Estado-nação republicano sob o viés do *welfare state* e com os movimentos sociais dos séculos XIX-XX (SCHOLZ, 2014, p. 49).

A previsão implícita¹⁴ do princípio da solidariedade não é aqui objeto de análise, e sim sua manifestação no texto constitucional brasileiro.

2.1 Morfologia Dos Objetivos Fundamentais

O Art. 3º da CF (objetivos fundamentais) é peculiar na história constitucional pátria. Ele impõe ao Estado brasileiro objetivos qualificados de fundamentais. Trata-se do anseio de *transformação* do legislador originário que estabeleceu, como diretriz constitucional, a *cláusula*

13 Dentre 192 constituições, 91 apresentam a palavra solidariedade e/ou fraternidade. Esse número resultou de pesquisa realizada no sítio www.constituteproject.org/search?lang=en&key=solid&status=in_force, em 02/01/2018. As palavras-chave utilizadas foram *fraternity* e *solidarity*. Elas estão em inglês devido ao fato de o sítio ser em inglês. Embora o sítio tenha localizado 91 constituições, nem todas citavam expressamente as palavras-chave. Por isso, o número de constituições citadas é menor. Também não se citou constituições que empregavam as palavras-chave como princípios das relações internacionais dos respectivos Estados. As seguintes constituições empregam uma ou as duas palavras-chave: Albânia 1998 (Preamble), Argélia 1989 (Preamble, Art. 30), Angola 2010 (Preamble, Art. 1), Argentina 1853 (Art. 75), Armênia 1995 (Preamble), Áustria 1920 (Art. 14, 5a), Bahrein 2002 (Art. 4), Bangladesh 1972 (Art. 9), Bélgica 1831 (Art. 7 Bis), Benin 1990 (Preamble, Art. 153), Butão 2008 (Art. 8, 3), Bolívia 2009 (Preamble, Art. 8), Burundi 2005 (Preamble, Art. 267), Camarões 1972 (Preamble, Art. 55, 4), Chade 1996 (Preamble), Chile 1980 (Art. 3, Art. 115), Colômbia 1991 (Art. 1, Art. 48, Art. 49, Art. 95, Art. 356, Art. 367), Comoros 2001 (Preamble, Art. 1, Art. 11), Congo 2005 (Preamble), Costa Rica 1949 (Art. 64, Art. 74), Côte d'Ivoire 2016 (Preamble), Cuba 1976 (Art. 12, h), Djibouti 1992 (Preamble), República Dominicana 2015 (Preamble, Art. 75, 10, Art. 196, Art. 217), Equador 2008 (Preamble, Art. 27, Art. 32, Art. 34, Art. 66, 15, Art. 83, 9, Art. 85, 1, Art. 95, Art. 238, Art. 270, Art. 283, Art. 340, Art. 355, Art. 367, Art. 395, 5), Egito 2014 (Art. 8), Guiné Equatorial 1991 (Art. 17), Eritreia 1997 (Preamble, Art. 9), Etiópia 1994 (Art. 88, 2), França 1958 (Preamble, Art. 2, Art. 72, 2, Art. 87), Gabão 1991 (Art. 1, 20), Grécia 1975 (Art. 25, 4), Guatemala 1985 (Art. 151), Guiné 2010 (Art. 1), Haiti 1987 (Art. 4), Honduras 1982 (Art. 15), Hungria 2011 (Art. XIX), Itália 1947 (Art. 2), Coreia (República Democrática) 1972 (Art. 17, Art. 81), Kuwait 1962 (Art. 25), Letônia 1922 (Preamble), Macedônia 1991 (Art. 8), Madagascar 2010 (Preamble, Art. 19, Art. 140), Maurícia 1991 (Art. 9), México 1917 (Art. 3, II, c), Marrocos 2011 (Preamble, Art. 40, Art. 93, Art. 136, Art. 140, Art. 142, Art. 146), Moçambique 2004 (Art. 20, Art. 44), Myanmar 2008 (Preamble, 6b, 20e, 22b, 40c, 65, 365, 383b, 404c, 417), Namíbia 1990 (Preamble), Nepal 2015 (Preamble, 50, 2, b), Nicarágua 1987 (Art. 3, Art. 4, Art. 5, Art. 6, Art. 60, Art. 73), Níger 2010 (Art. 1, Art. 3, Art. 158, Art. 165, Art. 172), Omã 1996 (Art. 12), Paquistão 1973 (Preamble), Panamá 1972 (Art. 91), Paraguai 1992 (Art. 73), Peru 1993 (Art. 14), Filipinas 1987 (Art. XV, 1), Polónia 1997 (Preamble, Art. 20), Portugal 1976 (Art. 63, Art. 66, 2, Art. 71, Art. 73, Art. 225, Art. 227, 1, j), Qatar 2005 (Art. 20), Romênia 1991 (Art. 46), São Tomé e Príncipe 1975 (Art. 1), Senegal 2001 (Preamble), Seicheles 1993 (Preamble), Ilhas Salomão 1978 (Preamble), Sudão do Sul 2011 (Art. 46, 2, b), Espanha 1978 (Preliminary Title, Sec 2, Part I, Chap. 3, Sec. 45, Part. VIII, Chap. 3, Sec. 156), Sudão 2005 (23, 2, b), Suíça 1999 (Preamble), República Árabe Síria 2012 (Art. 14, Art. 24), Tanzânia 1977 (Part. II, 9), Tailândia 2017 (Preamble, 164, 4, 257, 1), Timor-Leste 2002 (Preamble), Togo 1992 (Art. 142), Tunísia 2014 (Preamble, Art. 136), Turquia 1982 (Art. 2, Art. 136), Emirados Árabes Unidos 1971 (Art. 14), Vanuatu 1980 (7, f), Venezuela 1999 (Preamble, Art. 2, Art. 4, Art. 75, Art. 84, Art. 123, Art. 152, Art. 274, Art. 299, Art. 326), Vietnã 1992 (Preamble, Art. 5, Art. 9, Art. 60), Iêmen 1991 (Art. 25). Destaca-se que a citação dos dispositivos com as respectivas constituições não pressupõe que eles possuem a mesma função normativa do Art. 3º, I, da CF, até porque essa perspectiva não foi analisada. Os nomes dos países estão em inglês para facilitar a consulta ao sítio.

14 Ela é citada quando sua perspectiva implícita se torna necessária para sustentar o argumento que se está desenvolvendo na análise no texto. O fato de o indivíduo viver em sociedade atribui-lhe deveres de solidariedade para com os outros e para com a sociedade (ANDRADE, 1987, p. 86).

de transformação expressa no modelo de uma constituição dirigente (BERCOVICI, 2005, p. 37)¹⁵. Tem-se, como consequência da imposição normativa dos objetivos fundamentais, a necessidade de os três poderes aplicarem as normas constitucionais de acordo com os objetivos expressos. Se as aplicarem de forma a contrariá-los, se estará diante de uma inconstitucionalidade.

2.1.1 Cunho programático

Por conterem objetivos a serem constantemente perseguidos, as normas do Art. 3º da CF possuem cunho programático (SARLET, 2015, p. 454-455), impondo o dever de o Estado remover os obstáculos de ordem social que restrinjam a liberdade e a igualdade (APOSTOLI, 2012, p. 9). Elas impõem finalidades nas quais, no entanto, não se identificam limites, *e.g.*, do texto normativo do Art. 3º, I, da CF não se têm meios de saber o *quantum* de uma sociedade livre, justa e solidária precisa-se para concretizar a norma. Com a vênua técnica, não há liquidez a ser medida na sua concretização.

O sentido normativo dos objetivos fundamentais é criar o dever de que, em a cada atuação do Estado – pode-se também pensar no âmbito privado –, os objetivos previstos estejam presentes, quando for possível, no sentido de enfraquecer as barreiras de convivência social. Tal exigência surgiu depois da Segunda Grande Guerra com o Estado social (APOSTOLI, 2012, p. 10, 18). Somente a presença dos objetivos fundamentais na atuação é capaz de fazer com que eles se densifiquem ao ponto de identificar um mínimo de concretização dos objetivos¹⁶, *e.g.*, diante do texto normativo do Art. 3º, I, da CF é preciso que a norma tenha elementos conducentes a uma sociedade livre, justa e/ou solidária. Se nela estiverem presentes elementos opostos, não se concretizarão os objetivos fundamentais¹⁷.

2.1.2 Alta densidade normativa¹⁸

Embora se identifique o cunho programático – genérico em relação às demais normas programáticas ou de baixa densidade normativa –, é preciso ressaltar que os objetivos fundamentais são normas aplicáveis imediatamente, que independem de ulterior restringibilidade do legislador. Eles possuem alta densidade normativa, pelo fato de que, para serem concretizados, é preciso que,

15 Em tal sentido, tem que se classificar a Constituição brasileira como dirigente, pois no caso do Art. 3º da CF, o legislador constituinte define fins e estabelece programas a serem respeitados (CANOTILHO, 1994, p. 12). Não se adentra a problemática da constituição dirigente, mas como revisão crítica de seu próprio pensamento (CANOTILHO, 2006; DERBLI, 2007).

16 Nota-se que o cunho programático é diferente, *e.g.*, do Art. 37, VII, da CF. No caso do direito de greve do servidor público, o objeto e o objetivo estão definidos. Tanto que, sem a regulamentação legislativa, o Supremo Tribunal Federal reconhece aplicabilidade imediata do direito de greve do servidor público e o equivale, de forma análoga e no que é possível, ao direito de greve do setor privado (Lei n. 7.783/89). Destaca-se que, quando o direito de greve do servidor público está regulamentado, o legislador ordinário deve observar os objetivos do Art. 3º da CF, assim como o Supremo Tribunal Federal deve observar, mesmo que implicitamente, os objetivos fundamentais ao julgar a lacuna infraconstitucional (LEITE, 2013, p. 847-848).

17 Os objetivos fundamentais expressam a vontade (diga-se: normativo-axiológica) do legislador constituinte. Por isso, parte-se do pressuposto de se ter a vontade de concretizar a constituição – especificamente seus objetivos –, contudo, parafraseando Jaspers, é preciso indagar se realmente se quer ou não esse Estado (projetado pelos objetivos) (JASPERS, 1966, p. 23). Ver em Freitas (2010, p. 28).

18 Classificação de Sarlet (2015, p. 260-261).

em cada constituição de norma, haja a presença do conteúdo dos objetivos. Por conseguinte, o texto normativo do Art. 3º da CF torna-se critério interpretativo para todos que aplicarem as normas constitucionais e infraconstitucionais – pelo critério hierárquico. Trata-se, todavia, de um critério normativo, uma vez que, a cada interpretação, devem ser levados em consideração os objetivos possíveis de serem concretizado no caso específico¹⁹.

Destarte, cada norma extraída de texto normativo deve apresentar algum grau de densidade de um ou de alguns dos objetivos fundamentais. O aplicador do direito, entre das interpretações possíveis, deve optar por aquela que se incline aos incisos do Art. 3º da CF. A aplicação da norma extraída do texto dos objetivos fundamentais dá-se no encontro da norma a ser aplicada ao caso concreto com a incidência dos objetivos fundamentais.

Por consequência, defende-se a vedação de delimitação e definição normativa do conteúdo dos objetivos do Art. 3º da CF por parte do legislador ordinário, sob pena de restringir o âmbito interpretativo-finalista dos objetivos fundamentais. Nesse caso, estaria vedada a redução de conteúdo a ser compreendido dos objetivos constitucionais.

2.2 Extração do princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade não está expresso na CF, mas é consequência lógico-normativa do Art. 3º, I, *in fine*, da CF, do Estado social e do viver em sociedade e em um Estado (GIUFFRÈ, 2002). No inciso primeiro do Art. 3º, encontram-se três objetivos(-princípios): a construção de uma sociedade livre, de uma sociedade justa e de uma sociedade solidária. Esses três princípios concretizados juntos constituem o objetivo, embora a opção por um na impossibilidade dos demais seja normativamente aceita. Separam-se esses três valores justamente pelo fato de eles não se confundirem. Uma sociedade livre pode não levar em consideração, necessariamente, a justiça nem a solidariedade. Assim, a mesma situação pode ocorrer conforme a compreensão de justiça e de solidariedade.

Logo, o princípio da solidariedade é retirado do objetivo da construção de uma sociedade solidária. Para que se concretizem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, é necessário que, em cada concretização normativa, encontre-se algum grau de densidade dos objetivos, aqui traduzido em princípio, já que do objetivo é preciso retirar uma norma. Para completar o processo de interpretação e aplicação do princípio da solidariedade, resta estabelecer o que é ou não conteúdo que expressa o objetivo fundamental. No entanto, delimitar o conteúdo da solidariedade não é a finalidade do texto²⁰.

2.3 Suporte fático do princípio da solidariedade (Art. 3º, I, da CF)

O suporte fático que contém o princípio da solidariedade diz respeito à parte final do inciso I. O texto normativo que remete à solidariedade tem o seguinte enunciado: *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade [...] solidária.*

¹⁹ Essa perspectiva está pautada em Freitas (2010, p. 27-28).

²⁰ Para tal, indica-se: Massaú (2016, p. 148-179) e Lorenzo (2010, p. 131-149).

O texto constitucional em análise divide-se em duas partes. A primeira, o *caput*, condiz com a declaração de que os incisos que se seguem ao *caput* trazem (constituem) os objetivos fundamentais constitucionais do Estado brasileiro. A segunda, o inciso I, no referente à sociedade solidária, apresenta o verbo (construir) no infinitivo. Assim, o dispositivo normativo tem a seguinte leitura: *constitui-se em objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade solidária*.

Nessa frase do dispositivo normativo constitucional, têm-se duas orações: 1) a finita: *constitui-se em objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade solidária*; 2) a não finita: *construir uma sociedade solidária*. Por conseguinte, a não finita é uma oração subordinada infinitiva, exercendo a função de sujeito, sendo uma oração *subordinada, substantiva, infinitiva, subjetiva*. Salienta-se que o verbo do *caput* está conjugado no presente do indicativo, referindo-se à existência dos valores fundamentais listados nos incisos do Art. 3º da CF. Acrescenta-se que a oração *subordinada, substantiva, infinitiva, subjetiva* remete ao sujeito *construção de sociedade solidária*. Por conseguinte, a referência normativa do texto constitucional em análise adquire um significado de imperativa existência do valor solidário na construção da sociedade, resultando no objetivo de formação de uma sociedade solidária.

O texto normativo do qual se aduz o princípio da solidariedade proporciona ao intérprete/aplicador do direito critérios valorativos para estabelecer posição mediante o caso concreto, pois impõe uma ação (ZAGREBELSKY, 2002, p. 110, 118). No entanto, seu conteúdo não pode ser determinado com a incidência somente do sentido normativo, extraído do Art. 3º, I, da CF, requerendo também o sentido do contexto histórico-constitucional axiológico a determinar o conteúdo pragmático da situação jurídico-subjetiva (APOSTOLI, 2012, p. 23), devido à sua vagueza²¹; embora se possam determinar limites de sentido (LUZZATI, 1990, p. 42) do que é ou não solidário, muitas possibilidades encaixam-se no que é ou não considerado solidário. Nesse espaço, o intérprete/aplicador do Direito pode utilizar discricionariedade no momento da tomada de decisão. Por conseguinte, deve-se ter, no horizonte, dois tipos de significados: a) o das expressões isoladas de um paradigma abstrato aplicável a uma série ilimitada de casos possíveis; b) aquele que, entre diversos potenciais significados, advém, de forma concreta, na expressão linguística do texto constitucional, em conformidade com o contexto no qual há o ato de proferir o significado (LUZZATI, 1990, p. 43)²².

Por se constituir em norma-princípio constitucional, é preciso reconhecer a manifestação de dois princípios inerentes ao sistema constitucional: a *força normativa da constituição*, que vincula, reciprocamente, o conjunto de normas jurídicas constitucionais com a realidade político-

21 A vagueza tem como característica as delimitações do significado. A área de aplicação da expressão linguística não está precisamente delimitada. Com isso, passam a existir casos limites, aos quais não se sabe se o dispositivo *interpretado* é aplicável ou não (LUZZATI, 1990, p. 47, 51).

22 Como forma de estabelecer o conteúdo do significado de solidariedade, conjuntamente com o caso concreto, é preciso ter a compreensão do que hodiernamente se considera solidariedade. Para isso, *e.g.*, *vide* as sete teses sobre a solidariedade hoje em Zoll (2000, p. 119). É necessário ainda delimitar normativamente o espectro do suporte fático que envolve o princípio da solidariedade. Pode-se assim encaixar o conteúdo material no quadro do suporte fático. Para que isso ocorra, é essencial levar-se em consideração a expressão da solidariedade para o Direito, *e.g.*, *vide*: Piazolo (2004, p. 177-224); *vide*: Massáu (2016, p. 87-127).

social (HESSE, 1993, p. 28), a fim de aperfeiçoar a concretização da norma; a *supremacia da constituição*, que leva os Poderes do Estado a atuarem em conformidade com as normas constitucionais (HESSE, 1993; PINTO E NETTO, 2010, p. 116, 119). Esses dois princípios incidem na direção da concretização constitucional, conformando a ação e reprovando a omissão dos Poderes constituídos no que se refere ao paradigma constitucional.

3 DIMENSÃO FUTURA: EFEITO PROSPECTIVO

Concebe-se, como um pressuposto apoiado em doutrina e jurisprudência, a aplicação de um regime geral e, em princípio, unificado, para os direitos fundamentais de categorias dogmáticas envolvendo limites e restrições, assim como para os direitos sociais, que os afetam em suas dimensões objetiva e subjetiva, o que implica controlar a legitimidade constitucional das restrições e das limitações aos direitos sociais. Ao reconhecer isso, independentemente da aceitação da aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, é inerente ao Estado constitucional de Direito que os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, não estejam totalmente disponíveis aos poderes constituídos. Embora não existam direitos absolutamente irrestringíveis, os direitos sociais encontram-se também sob a reserva dos limites aos limites (*Schranken-Schranken*) (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 619, 620). Há que se incluir o princípio da primazia da constituição, o qual exige que normas infraconstitucionais não a contradigam (HESSE, 1993, p. 82) em ação²³ e omissão²⁴.

A vedação de medidas do Estado retrocessivas, no que diz respeito a direitos e garantias, impõe efeito prospectivo, com o intuito de que, no presente e no futuro, tenha-se, no mínimo, o mesmo nível de proteção e de promoção aos direitos e às garantias dos direitos sociais. Diante disso, não se deve descuidar da visão de que a Constituição é um microssistema e compõe o macrossistema jurídico hierarquizado (FREITAS, 2010, p. 193, 200). Por consequência, as normas constitucionais e infraconstitucionais formam uma unidade coerente, que possui força normativa de diferentes graus. A interpretação jurídica deve levar em consideração essas características, inclusive no momento de fazer incidir o princípio de proibição de retrocesso conjuntamente com o princípio da solidariedade. Destacam-se o princípio da unidade da Constituição e o princípio da concordância prática das normas constitucionais (HESSE, 1993, p. 26-27).

É preciso reconhecer que os direitos fundamentais possuem posição privilegiada diante de outras normas constitucionais, justamente por ser vetor normativo-axiológico voltado à dignidade humana – fundamento do Estado de Direito brasileiro (PINTO E NETTO, 2010, p. 123). Destarte, em termos gerais, existe a preferência dos direitos fundamentais diante de outros direitos constitucionais. Soma-se a incidência da norma oriunda dos objetivos constitucionais, compondo o quadro normativo a recair sobre o caso concreto.

Nessa perspectiva, a proibição do retrocesso coaduna-se com a solidariedade, na medida

23 *Vide*: Brasil (2017) declara inconstitucionalidade de distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros do Art. 1.790 do Código Civil.

24 *Vide*: Brasil (2014b). Tratam-se de políticas públicas não efetivadas pelo município de Belo Horizonte/MG. No mesmo sentido, mas contra o Estado-Membro: Brasil (2014a) e Brasil (2011).

em que a última é elemento essencial em relação às questões sociais. Por meio da solidariedade e do não retrocesso de medidas, tem-se maior potencialização em medidas que privilegiam o desenvolvimento humano, criam-se pontes entre gerações e enfrentam os efeitos negativos da globalização (LORENZO, 2010, p. 146-149).

3.1 Limites para analisar as restrições aos direitos sociais

Os direitos sociais não são absolutamente irrestringíveis, porém não podem ter seu núcleo essencial reduzido ou abolido, sob pena de perder sua dimensão subjetiva e, com isso, a eficácia e a efetividade. Por consequência, pelo sistema de limite aos limites tem-se o seguinte: a) “*a medida estatal* que eventualmente restringe ou suprime um bem e/ou serviço protegido com base em direito social (fundamental) *deve buscar atender finalidade constitucionalmente legítima*” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 621), por consequência, o fundamento constitucional deve ser forte o suficiente para restringir direito fundamental, ou seja, uma promoção ou proteção de outro direito fundamental ou interesse constitucionalmente relevante; b) a medida da imposição de restrição não deve reduzir ou suprimir o núcleo essencial do direito social; c) é necessária a observância dos parâmetros de proporcionalidade (quanto à proibição de excesso e à proteção insuficiente) e da razoabilidade; d) de acordo com o fato, no que couber, é preciso preservar as reservas legais, o conteúdo do princípio da segurança jurídica e observar os requisitos da proteção da confiança legítima (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 621); e) a medida estatal restritiva não deve contradizer, em seus efeitos práticos, os objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

3.2 Aplicação dos objetivos fundamentais

A aplicação dos objetivos fundamentais, densificando o princípio da proibição de retrocesso social, acarreta um importante efeito, i.e., a dinâmica solidária a amenizar ou evitar o crescimento de mazelas sociais. Levando-se em consideração que os objetivos fundamentais são fórmulas políticas constitucionalizadas (normatizadas), retira-se a consequência de que toda a interpretação de efetivação de um texto jurídico (constitucional ou infraconstitucional) deva levar em consideração os objetivos fundamentais, sob pena de violá-los. Destarte, dentre as interpretações possíveis de um texto constitucional, a que deve prevalecer é aquela adequada aos valores dos objetivos constantes no Art. 3º da CF. Nota-se o rótulo de norma programática indique que elas são programas impostos ao Estado para que atue, continuamente, na concretização dos objetivos previstos. Contudo, são normas possuidoras de alta densidade normativa, na medida em que devem ser aplicadas de imediato a toda interpretação. Elas prescindem de qualquer tipo de complementação infraconstitucional (FREITAS, 2010, p. 200-201).

No caso da aplicação do princípio da solidariedade, Art. 3º, I, *in fine*, da CF, qualquer conquista jurídico-social de aumento de solidariedade encontra-se adequada ao objetivo assinalado na norma constitucional. Identifica-se a concordância prática entre princípios (ZAGREBELSKY,

2002, p. 124-125) e a necessidade de realizar um juízo de ponderação por parte do intérprete/aplicador (FREITAS, 2010, p. 49). O inverso significa retrocesso social ou a redução das conquistas representa, juridicamente, a violação do objetivo imposto pelo legislador constituinte, por conseguinte, enfraqueceria a solidariedade. Destarte, o princípio do retrocesso social encontra-se densificado por violação de norma constitucional e está vinculado à característica dirigente ou diretiva do estabelecido no Art. 3º da CF. Portanto, prospectivamente, o princípio da solidariedade, conjuntamente com os demais objetivos fundamentais, exige que o Estado atue promovendo a solidariedade para que se alcance uma sociedade solidária. Obviamente, a não promoção da dinâmica da solidariedade no meio social não cumprirá com o objetivo do Art. 3º, I, da CF.

Ambos os princípios possuem consequências prospectivas. O que diz respeito à vedação de medidas retrocessivas que busca garantir, no presente e no futuro, a manutenção de conquistas no âmbito da concretização dos direitos sociais que fomentam a construção de uma sociedade solidária, as quais produzem reflexos na concretização da dignidade humana, princípio fundamental (Art. 1º, III, da CF). O princípio da solidariedade, vazado como objetivo fundamental, impõe aos Poderes, no presente e para o futuro, a construção de uma sociedade solidária, que se concretizará por intermédio da gradual efetividade dos direitos sociais até sua plena efetivação, não admitindo medidas retrocessivas.

CONCLUSÃO

O texto desenvolveu a possibilidade de densificação do princípio da proibição de retrocesso social, considerando incidência de um dos objetivos fundamentais contidos na Constituição de 1988. Tratou-se de uma abordagem de cunho analítico, com vistas a desenvolver a aplicação de dois princípios integrantes do ordenamento constitucional brasileiro, sendo um implícito e outro derivado de consequência lógica de comando normativo. É igualmente conhecido que a proibição de retrocesso social pode ser densificada por outros objetivos fundamentais incluídos nos demais incisos.

A consonância e a unicidade de ambos os princípios fazem com que a esfera normativa dos direitos sociais seja, necessariamente, valorizada, sob pena de inconstitucionalidades por regresso à omissão ou por redução de garantias mínimas, ligadas ao básico do mínimo existencial. Tal compreensão serve para garantir a concretização do princípio essencial dos fundamentos da chamada república brasileira, a dignidade humana. Sem a satisfação das necessidades básicas do ser humano, torna-se inviável a fruição dos direitos de liberdade (negativa e positiva).

Em consequência, um Estado de Direito social requer efetividade das garantias e dos direitos sociais. Ignorar esse fato significa ignorar o próprio Estado de Direito, por isso, tem-se, no princípio da proibição do retrocesso social, um *sobreprincípio* constitucional forjado no fogo das conquistas civilizacionais, ligadas à dignidade humana. Recuar ou retroceder nessas conquistas, é desvalorizar a dignidade humana e romper com a história do Estado de Direito constitucional.

Por outra senda, estando-se sob a égide de um Estado, pressupõe-se que se viva em sociedade e que, ao viver em sociedade, exista um mínimo de solidariedade entre os *socii*. O constituinte

visualizou, portanto, a necessidade de se ter uma sociedade mais solidária e, por consequência, de regulamentar a norma de cunho programático e marcadamente dirigente que é o comando normativo *construir uma sociedade mais solidária*, o que significa fortalecer os direitos sociais. Enfraquecê-los é promover uma sociedade mais individualista e, por corolário, menos solidária. O resultado é/seria a violação do preceito constitucional.

Os dois princípios encontram-se em plena consonância de finalidades. Um complementa o outro, pois se o princípio da solidariedade exige maior extensão efetiva dos direitos sociais, o princípio da proibição do retrocesso impede que medidas retrocessivas, contrárias à dinâmica da solidariedade, possam se sobrepor aos direitos e às garantias existentes. Ademais, o princípio da solidariedade, como objetivo constitucional, fornece critérios interpretativos para a incidência do princípio da proibição do retrocesso. Assim, o aplicador do direito deve optar pela norma que ofereça maior grau de solidariedade, nesse caso, optar por dispositivos normativos e normas que ofereçam menor grau de solidariedade resulta em inconstitucionalidade e representa um retrocesso.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

APOSTOLI, Adriana. **La svalutazione del principio di solidarietà**. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia. Milano: Giuffrè, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. **Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 639.337**. São Paulo, Segunda Turma. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 23 agosto de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 727.864**. Paraná. Segunda Turma. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 4 novembro de 2014a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25311019/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-727864-pr-stf/inteiro-teor-151223593>. Acesso em: 9 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo**

745.745. Minas Gerais. Segunda Turma. Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 2 dezembro de 2014b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em: 9 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 646.721.** Rio Grande do Sul. Reclamante: São Martins Souza da Silva. Reclamado: Geni Quintana. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 10 maio 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769815076/recurso-extraordinario-re-646721-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-769815086>. Acesso em: 9 jan.2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FONTES, José. **O direito ao quotidiano estável:** uma questão de direitos humanos. Coimbra: Coimbra, 2013.

FRANÇA. **Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789.** Paris: Conseil Constitutionnel, 1789. Disponível em: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droit-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html. Acesso em: 17 jan. 2018.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GIUFFRÈ, Felice. **La solidarietà nell’ordinamento costituzionale.** Milano: Giuffrè, 2002.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik deutschland.** 19. ed. Heidelberg: Müller, 1993.

JASPERS, Karl. **Wohin treibt die bundesrepublik?** München: Piper, 1966.

KAUFMANN, Arthur. **Gesetz und recht:** festvortrag gehalten am 8. November 1961 anlässlich der feierlichen Eröffnung des Rektoratsjahres 1961/62. Saarbrücker: Universitätsreden, 1966.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Comentário ao artigo 37, VII. *In:* CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentário à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 840-850.

LORENZO, Wambert Gomes Di. **Teoria do estado de solidariedade:** da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LUZZATI, Claudio. **La vaghezza delle norme**. Un'analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè, 1990.

MASSAÚ, Guilherme. **O princípio republicano constituinte do mundo-da-vida do estado constitucional cosmopolita**. Ijuí: Unijuí, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2015. v. 1.

PIAZOLO, Michael. **Solidarität**. Deutungen zu einem leitprinzip der europäischen union. Würzburg: Ergon, 2004.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II grundrecht**. Berlin-Heidelberg: Springer, 2000.

SARLET, Ingo W.; BRANDÃO, Rodrigo. Comentário ao artigo 60. *In*: CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentário à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1124-1138.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 17, p. 111-132, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHOLZ, Sally J. Solidarity as a human rights. **Archiv des Völkerrechts**, Tübingen, p. 49-67, 2014.

SILVA, Suzana Tavares. **Direitos fundamentais na arena global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VOLÄNDER, Hans. **Die verfassung: idee und geschichte**. München: C.H.Beck, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002.

ZOLL, Rainer. **Was ist solidarität heute?** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.

Como citar: MASSAÚ, Guilherme Camargo. Princípio da solidariedade como critério de aplicação

do princípio de proibição de retrocesso social em relação aos direitos sociais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 1, p. 109-127, mar. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n1p109. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 27/11/2019

Aprovado em 02/12/2020

O DESAFIO DO PROJETO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES COM VISTAS À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: O DIÁLOGO COMPETITIVO

THE CHALLENGE OF THE NEW BIDDING LAW BILL IN LIGHT
OF PARTICIPATORY DEMOCRACY: THE COMPETITIVE DIALOGUE

José Eduardo Costa Devides*
Jefferson Aparecido Dias**
Walkiria Martinez Heinrich Ferrer ***

*Doutorando em Direito pela UNIMAR (Universidade de Marília). Mestre em Direito pela UNIMAR. Graduado em Direito pela ITE (Instituição Toledo de Ensino). Advogado. Controlador Interno da Câmara Municipal de Jaú/SP. E-mail: du.devides@gmail.com.
aria.fernandes@unipe.edu.br

**Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha (2009). Professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR (Universidade de Marília). Procurador da República do Ministério Público Federal em Marília/SP. E-mail: jeff.bojador@gmail.com;

***Doutora em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2001). Mestra em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1996). Graduada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1989). Professora permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR (Universidade de Marília). E-mail: walkiriamf@terra.com.br

Como citar: DEVIDES, José Eduardo Costa; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. O desafio do projeto da nova lei de licitações com vistas à democracia participativa: o diálogo competitivo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 128-143, mar. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n1p128. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar se o diálogo competitivo, nova modalidade de licitação prevista no Projeto de Lei nº 1.292/95, se identifica como instrumento de democracia participativa. Inicialmente serão apresentadas as teorias das democracias (representativa, participativa e deliberativa), sustentando-se a importância da contínua aproximação entre o povo e o seu governo. Em seguida, serão analisadas as leis que tratam do procedimento licitatório e as propostas para a sua alteração, com a inclusão do diálogo competitivo. Na sequência, serão apresentados os desafios que deverão ser enfrentados pelo diálogo competitivo para que ele se concretize como instrumento de participação democrática, inclusive quanto à necessidade de ampliação da possibilidade de participação popular em seus debates, a fim de que efetivamente atinja os seus objetivos. O método de pesquisa adotado foi o dedutivo, tendo a abordagem sido desenvolvida a partir de investigações de cunho qualitativo e pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Diálogo competitivo. Licitação. Teorias das democracias. Democracia Participativa.

Abstract: This paper's objective is to analyze whether competitive dialogue, a new type of public bidding provided for in Bill nº 1,292/95, is itself an instrument of a participatory democracy. Initially, this study explores the three theories of democracy (representative, participatory and deliberative),

whilst trying to analyze the relationship between the people and their government. Sequentially, this paper investigates laws, which established its bidding procedure, and proposals for its reform. Sequentially, this research considers the obstacles facing competitive dialogue as a tool for democratic participation, significantly expanding the possibility of popular participation in debates. This paper utilizes deductive reasoning with both qualitative investigations and bibliographic research.

Keywords: Competitive dialogue. Bidding. Democracy theories. Participatory Democracy.

INTRODUÇÃO

Desde tempos remotos, os meios midiáticos vêm noticiando atos de corrupção envolvendo agentes públicos e licitantes, que camuflam procedimentos licitatórios com a finalidade de obterem vantagem financeira indevida, trazendo como consequência o enriquecimento ilícito, das duas partes, assim como prejuízo aos cofres públicos.

O problema do presente trabalho é pautado na descrença da população com os governantes e a democracia, e a necessidade da criação de medidas (como o envolvimento com o orçamento participativo, o acesso aos portais de transparência e o comparecimento nas sessões públicas licitatórias) que visem remediar tal situação.

A justificativa da pesquisa é baseada na importância da participação popular nas questões relativas ao interesse público, haja vista que obriga os governantes a cumprir suas funções institucionais, forçando-os a dar destinação correta ao dinheiro público. Salienta-se que a destinação correta do erário resulta em benefícios diversos à população, como os relativos à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, ao meio ambiente equilibrado, dentre outros.

Ademais, o objetivo do presente trabalho é verificar se o diálogo competitivo é uma forma de efetivação da democracia participativa. Noutros termos, o diálogo competitivo seria capaz de remediar o descrédito com o modelo democrático e a desconfiança nos administradores públicos?

Com efeito, a pesquisa foi elaborada em três capítulos. O primeiro aborda as teorias das democracias e a necessidade (contínua) da aproximação entre povo e governo. O segundo discorre sobre o procedimento licitatório brasileiro, o projeto da nova lei de licitações e a nova modalidade licitatória, o diálogo competitivo. O último capítulo cuida dos desafios do diálogo competitivo frente aos atuais clamores sociais, questionando sobre este se tratar de mecanismo que objetiva a efetivação da democracia participativa.

Assim, a presente pesquisa será apresentada por intermédio do método dedutivo, a partir de investigações de cunho qualitativo, com ampla pesquisa bibliográfica, no intuito de se solucionar o problema proposto.

1 AS TEORIAS DAS DEMOCRACIAS E A NECESSIDADE (CONTÍNUA) DA APROXIMAÇÃO ENTRE POVO E GOVERNO

Em meio à sociedade pós-moderna, fase marcada pela globalização¹ e pelo avanço dos meios de comunicação, a democracia passou por uma evolução conceitual no tocante à forma

¹ A globalização é política, tecnológica e cultural, tanto quanto econômica, e tem algo a ver com a tese de que agora vive-se num único mundo, sendo influenciada pelo desenvolvimento nos sistemas de comunicação que remontam apenas ao final da década de 1960 (GIDDENS, 2003, p. 19-21).

de participação do cidadão, descrevendo outras condutas além do voto, como a participação e o debate nas questões de interesse público. Assim, este capítulo cuidará de discorrer acerca das democracias representativa, participativa e deliberativa.

Democracia é a forma de governo na qual o povo elege os seus representantes por intermédio do voto, tendo estes a obrigatoriedade de gerir a máquina pública de forma proba e eficiente. Assim, trata-se de governo do povo, pelo povo e para o povo. Segundo José Afonso da Silva

Governo do povo significa que este é fonte e titular do poder (*todo poder emana do povo*), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo regime democrático. *Governo pelo povo* quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apoia no *consentimento popular*; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da *representação política*: *l* (*o poder é exercido em nome do povo*). *Governo para o povo* há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar (SILVA, 2014, p. 137, grifos do autor).

Com efeito, a democracia representativa (que também é denominada democracia indireta) é aquela na qual os indivíduos, que são a fonte principal do poder, não possuem condições de coordenar os negócios do Estado de forma direta, em face da sua extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, e outorgam as funções de governo aos seus representantes, que elegem periodicamente (SILVA, 2014, p. 138).

Por conseguinte, a democracia participativa é aquela na qual existe a participação direta do povo nas funções do governo, que também é classificada como democracia semidireta (SILVA, 2014, p. 138). Para a efetiva participação, todavia, é necessário que a sociedade tome conhecimento de alguns assuntos atinentes à funcionalidade da administração pública. Por certo, a atuação ativa e responsável da sociedade implica em pessoas informadas “e dotadas de condições de expressar livremente suas opiniões sobre o conteúdo das decisões políticas, o que ultrapassa a visão liberal e negativa de caráter absenteísta, para considerá-las liberdades positivas que podem ser exigidas do Estado.” (RUE; SILVA, 2014). Ademais, na “democracia contemporânea, o que importa é a participação da elite minoritária, e a não participação do homem comum, apático, com pouco senso de eficácia política é vista como a principal salvaguarda contra a instabilidade.” (PATEMAN, 1992, p. 139). Um ambiente participativo cria, no indivíduo, o sentimento de eficácia das medidas adotadas pelo governo, fazendo diminuir a tendência de atitudes não-democráticas (PATEMAN, 1992, p. 139).

Segundo Hannah Arendt, deve haver a recuperação do espaço público para a efetivação do agir em conjunto. Trata-se do espaço “cuja própria existência depende diretamente de que os homens permaneçam juntos e dispostos a agir e falar entre si, desaparecendo quando quiser que eles se vejam isolados uns dos outros.” (ARENDRT, 1998, p. 211). O agir em conjunto proporciona

a inovação de soluções em benefício da democracia:

A Filosofia Política de Arendt representa uma tentativa de encarar o acontecimento e agir, afrontando a contingência humana, com a vontade de superar os limites. Trata-se de preservar a confiança na capacidade que as pessoas têm de julgar, de inventar soluções novas e de agir em conjunto, visando à preservação do mundo comum. Esse *Amor Mundi* se manifesta como cidadania e se efetiva como amizade política, compreendida como atividade de criação e de experimentação de novas formas de sociabilidade e solidariedade. A Democracia exige dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades comunicativas, extraindo do Direito a sua força integradora de fontes da solidariedade social (FLENIK, 2018, p. 301).

Assim, a “ampliação das oportunidades de participação geraria um salto na qualidade da representação” (MIGUEL, 2017, p. 89), na medida em que pessoas esclarecidas quanto à forma de operacionalização da máquina pública obrigariam os governantes a atuarem de forma mais diligente. “O poder dos cidadãos somente se manifesta quando eles de fato se reúnem para falar e agir, no que tange aos interesses do mundo da vida que desejam para si, com reflexos na tomada de decisões políticas pelos agentes públicos” (FLENIK, 2018, p. 301). E a consequência da atuação diligente resulta em efetividade da aplicação do erário para a realização do bem comum.

No que tange à última espécie de democracia, a deliberativa, Bohman estabelece que se trata de “qualquer perspectiva entre um conjunto de perspectivas de acordo com as quais a deliberação pública entre os cidadãos livres e iguais constitui o núcleo da tomada legítima de decisões políticas e de autogoverno” (BOHMAN, 2016, p. 107, tradução nossa).

Saliente-se que a democracia deliberativa possui as seguintes características:

[...] fóruns públicos abertos a argumentos contrários e a novos dados e informações; grupos moldados para a proposição de políticas públicas, com abertura para mudança de opinião; experiências com cidadãos selecionados por amostragem representativa da população e *júris* de cidadãos, pesquisa deliberativa, assembleias de cidadãos, dia deliberativo, fóruns de discussão via *internet* (*e-democracy*) (LACERDA; MONTEIRO; MOURA, 2015, p. 183).

Para Bohman, ademais, as teorias deliberativas enfatizam o próprio processo de deliberação, haja vista que conduzem à ênfase nos aspectos voltados à epistemologia, à moral e à justificação pública; preocupam-se com problemas de institucionalização, ao invés da democracia direta; traçam um comparativo de cenários e procedimentos de deliberação (obstáculos empíricos) (BOHMAN, 2016).

Ainda, segundo esta corrente democrática, embora o foco esteja direcionado aos fóruns dos Estados para deliberação pública, ela mantém opiniões relacionadas com o cosmopolitismo. De

fato, “recomendações deliberativo-democráticas são especialmente bem talhadas para instituições transnacionais como o Parlamento Europeu ou fóruns patrocinados pela ONU, tais como suas conferências sobre desenvolvimento e meio ambiente.” (CUNNINGHAM, 2009, p. 246).

Todavia, à luz da visão neomaquiaveliana, as duas últimas espécies democráticas (participativa e deliberativa) não seriam colocadas em efetividade pela simples vontade dos governantes. Isso porque, segundo esta classe de doutrinadores, a sociedade está dividida em uma maioria governada e uma minoria dominante, na qual a fundação da ordem social repousa sobre a organização interna da classe dominante (BLACHA, 2016), que não possui interesse em atrair a população para participar das decisões que envolvam a coisa pública. Pelo contrário, o desejo da minoria dominante é que grande massa se mantenha afastada e alienada dos assuntos de interesse público.

Realizando uma análise mais acurada “da realidade brasileira, qualquer sociólogo, politólogo ou jurista – que faça valer essa qualificação, não poderá se distanciar da conclusão de que a esfera pública sempre esteve alheia às camadas mais pobres da população.” (MACHADO; TOMAZ, 2018, p. 458), dificultando, no mais das vezes, a participação das grandes massas. Sobre este tema, discursa Carmén Lúcia Antunes Rocha:

[...] o poder no Brasil sempre se estruturou à margem do cidadão. Na verdade, não é que o povo seja marginal ao poder estatal brasileiro. Esse é que nunca quis “se misturar” com o povo e faz a sua própria história à margem daquele. Planos, projetos, órgãos estatais, nada funciona em termos de direitos fundamentais enquanto a adesão do povo ao projeto político cidadão, respeitador e respeitante aos direitos fundamentais dos brasileiros, de todos os brasileiros. O poder público no Brasil tem sido, tradicional e infelizmente, muito pouco público, muito pouco do povo. Ele é exercido não pelo povo ou em seu nome e interesse, mas por uns poucos grupos que o dominam desde os primórdios, em seu nome e em seu próprio e único interesse (ROCHA, 1997, p. 85).

Destarte, é necessária a união dos indivíduos para que não ocorra o distanciamento dos administradores. Para tanto, a aproximação e cientificação dos assuntos de interesse público, como o acesso aos portais de transparências, o comparecimento aos orçamentos participativos, o envolvimento com sessões públicas de licitação, *verbi gratia*, são mecanismos que visam garantir que os agentes políticos realizem suas funções de acordo com os fins propostos. A aproximação é a melhor maneira de obrigar a minoria governante a zelar pelo erário e a executar suas funções institucionais.

2 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO BRASILEIRO, O PROJETO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A NOVA MODALIDADE LICITATÓRIA: O DIÁLOGO

COMPETITIVO

A Constituição da República previu, no art. 37, inciso XXI, a obrigatoriedade de a Administração Pública realizar licitação para aquisição de bens e contratação de obras e serviços:

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Realizando uma interpretação conjunta ente o *caput* e o inciso do dispositivo, nota-se que o administrador público deverá realizar a licitação sempre pautada nos princípios² da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Isto significa que:

a) as contratações devem atender às regras previstas na legislação, notadamente àquelas definidas na Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações) e na Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão Presencial), em obediência ao princípio da legalidade;

b) é vedada a conduta consistente em garantir tratamentos discriminatórios em relação a algum agente econômico que esteja no mesmo patamar de igualdade em relação aos demais³. Ou seja, ao Estado é proibido garantir benefícios, a seu bel-prazer, a determinado licitante;

c) todo o servidor público que participar da licitação, seja na fase interna ou externa, “como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta” (MEIRELES, 2009, p. 90). Assim, acima de tudo, o servidor deverá atender à lei ética e não somente à lei jurídica, tendo em vista que nem tudo que é legal é honesto;

d) a publicidade é medida de rigor na administração pública, para que a transparência e o direito à informação da população sejam efetivados. “A licitação não pode ser sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seus procedimentos. Impõe-se, contudo, o sigilo do conteúdo das propostas até a respectiva abertura” (BRAZ, 2009, p. 330). A publicação dos avisos

² Saliencia-se que a licitação ainda deverá respeitar outros princípios do Direito Administrativo: o da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, o da igualdade, o da motivação, o da finalidade, o da probidade administrativa, o da vinculação ao instrumento convocatório, o do julgamento objetivo, entre outros.

³ Existem situações previstas na legislação em que é possível o tratamento discriminatório, como aqueles elencados na Lei nº 123/2016, atinentes ao tratamento diferenciado concedido às microempresas e às empresas de pequeno porte.

de edital, dos próprios editais e extratos de contrato são alguns exemplos que traduzem o princípio da publicidade;

e) o procedimento licitatório deve ser eficiente, o que significa dizer que deve “acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importa em relação ao grau de utilidade alcançado. [...]. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível” (SILVA, 2014, p. 680).

Atualmente, as licitações públicas são regulamentadas, primordialmente, por três leis: Lei n.º 8.666/93 (Lei Geral das Licitações Públicas); Lei n.º 10.520/02 (Lei do Pregão) e Lei n.º 12.462/11 (que trata do Regime Diferenciado de Contratações e traz outras disposições).

Ocorre que, em 2013, o Projeto da Nova Lei de Licitações (n.º 559/2013) foi protocolado no Senado Federal, por iniciativa da Comissão de Modernização da Lei de Licitações e Contratos. Segundo o relatório desta Comissão, a reforma da legislação atual sobre licitações teriam alguns propósitos, quais sejam: a) a união das Leis n. 8.666/93 (Lei de Licitações), 10.520/02 (Lei do Pregão) e 12.462/11, em um único diploma legal, que também seria acrescido de inovações; b) o fim do formalismo em excesso, sendo conferida maior celeridade aos procedimentos, a fim de se conseguir melhor qualidade nas compras; c) a garantia do tratamento isonômico entre os participantes; e d) o incentivo a inovação tecnológica e a promoção do desenvolvimento sustentável no território nacional.

Interessante notar que, além dos princípios elencados na Lei n.º 8.666/93, o projeto ainda elencou os seguintes: eficácia, motivação, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e sustentabilidade. Com aprovação no Senado, em 2017 o projeto da nova lei licitatória foi encaminhado à Câmara dos Deputados (que recebeu o número 6.814/17).

Saliente-se que em junho de 2019 houve a aprovação do texto base da Lei n.º 1.292/1995, que consolidou as informações do Projeto de Lei n.º 6.814/17, e de outros 239 processos apensados, sobre o tema. Dentre as novidades trazidas pelo projeto (e que já havia previsão no PLS n.º 559/2013), encontra-se o diálogo competitivo⁴, nova modalidade de licitação:

Art. 31. O modo de diálogo competitivo é restrito a contratações em que a Administração:

I – vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) o órgão ou entidade não possa ter suas necessidades satisfeitas sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) especificações técnicas não possam ser definidas com precisão suficiente pela Administração;

II – verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam vir a satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;

4 Procedimento que foi encampado da Directiva 2004/18, do Parlamento Europeu.

c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

III – considere que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas.

§ 1º Na hipótese de diálogo competitivo, será observado o seguinte:

I – quando da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, a Administração apresentará suas necessidades e as exigências já definidas, estabelecendo prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse de participação na licitação;

II – os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;

III – é vedada a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante;

IV – a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;

V – a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;

VI – as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;

VII – o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir soluções ou as propostas a serem discutidas;

VIII – ao declarar que o diálogo foi concluído, a Administração deverá juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo e iniciará a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa, abrindo prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes apresentarem suas propostas, que deverão conter todos os elementos necessários para a realização do projeto;

IX – A Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação ou distorçam a concorrência entre as propostas;

X – a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios a serem divulgados no início da fase competitiva, assegurando o resultado da contratação mais vantajosa;

XI – o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitindo-se a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;

XII – órgão de controle poderá acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de 40 (quarenta) dias úteis, sobre a legalidade, legitimidade e economicidade da licitação, antes da celebração do contrato respectivo.

§ 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses (BRASIL, 1995).

De forma resumida, o diálogo competitivo é a modalidade licitatória na qual a Administração pública um instrumento convocatório com a finalidade de atrair agentes econômicos que possam

lhe auxiliar na elaboração de edital futuro, de objeto complexo, para que as suas necessidades sejam definidas e supridas com precisão. Essa ajuda, pelos agentes econômicos, pode ocorrer desde a formação do objeto do edital (quando for referente, por exemplo, a inovação tecnológica), até a estruturação jurídica ou financeira do contrato. Assim, a ideia contida no núcleo do diálogo é que o Poder Público conte com “a colaboração dos operadores econômicos para a definição do objeto do qual o Estado necessita e, em razão da sua complexidade, não tem condições de definir sozinho o objeto da contratação.” (OLIVEIRA, 2018, p. 10).

Vencida a fase do diálogo (que poderá ser prolongada, até que a Administração identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades) haverá a publicação do edital que objetivará a contratação do objeto já delimitado pelo Poder Público, sendo que a comissão licitante poderá incluir profissionais para assessoramento técnico, mediante contratação.

Em um plano teórico, a nova modalidade de licitação demonstra que tem o condão de garantir benefícios no momento da contratação, à medida que a definição precisa do objeto contribui para:

a) que sejam evitados erros técnicos durante a fase licitatória, atrasando os planos da Administração e comprometendo a necessidade (pública) do objeto a ser contratado (em prol da eficiência);

b) que não ocorram falhas na execução contratual, que muitas vezes obrigam o Poder Público a paralisar obras e recontratar o mesmo serviço, posteriormente, culminando com maior gasto de dinheiro para a recuperação das mesmas. Essa forma de planejamento, sem dúvida, contribui para a otimização dos gastos (em benefício da economicidade e da eficiência);

c) o tratamento igualitário entre todos os interessados. Pelo que define o art. 31 do aludido PL, o diálogo competitivo não permitirá tratamento discriminatório entre quaisquer interessados, tendo em vista que o Poder Público não imporá barreiras para que os agentes econômicos possam lhe auxiliar a elaborar o objeto da licitação, tampouco para que os licitantes possam participar da licitação propriamente dita (em obediência ao princípio da impessoalidade). Sobre este aspecto, ademais, há de se reconhecer que o diálogo competitivo visa à garantia da livre concorrência, prevista no inciso IV, do art. 170 da Constituição Federal⁵. Consabido, aludido princípio é um desdobramento da livre iniciativa, sendo conceituado como a “abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social” (TAVARES, 2011, p. 256). Assim, a livre concorrência objetiva que os agentes econômicos disputem o diálogo competitivo em pé de igualdade;

⁵ 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: [...] IV - livre concorrência; (BRASIL, 1988).

d) a moralidade do procedimento, haja vista que determina que a comissão deva ser formada por pelo menos 3 (três) servidores efetivos, sendo admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;

e) a publicidade do procedimento, tendo em vista que o art. 52 do PL n.º 1.292/95 dispõe que a publicidade do edital será realizada mediante a “divulgação e manutenção do inteiro teor do edital e seus anexos à disposição do público em sítio eletrônico oficial” (art. 52, *caput*) (BRASIL, 1995), sendo obrigatória a disponibilização do instrumento convocatório e seus anexos, ainda, no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Destarte, verifica-se que o diálogo competitivo, em um plano teórico, trará grande contribuição para o sistema licitatório brasileiro, notadamente para a delimitação do objeto da licitação e o conseqüente proveito na contratação realizada.

3 OS DESAFIOS DO DIÁLOGO COMPETITIVO FRENTE AOS ATUAIS CLAMORES SOCIAIS: TRATA-SE DE MECANISMO QUE VISA À EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA?

Em tempos recentes, os meios midiáticos noticiaram que agentes públicos e licitantes camuflaram procedimentos licitatórios com a finalidade de obterem vantagem financeira indevida, trazendo como consequência o enriquecimento ilícito, das duas partes, assim como o prejuízo aos cofres públicos. Saliente-se que o descrédito histórico da população com os governantes foi somado à desesperança da população com relação ao regime democrático, o que resultou no direcionamento das seguintes situações: o afastamento do indivíduo com relação a informações de cunho político ou, ainda quando próximo ao assunto, as discussões cotidianas guarneciam de conteúdo meramente superficial.

Com efeito, a fraude em contratações, a descrença na democracia, e a falta de participação dos indivíduos nas questões de interesse público desafiam os fins previstos na legislação e atrapalham o desenvolvimento nacional.

De acordo com o filósofo e economista Amartya Sen, desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades das pessoas e remoção de suas principais fontes de privação, que são a “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.” (SEN, 2010, p. 16-17). Nesse sentido, a liberdade política do indivíduo representa uma das espécies que devem ser exteriorizadas, pois

[...] essa liberdade envolve o direito de as pessoas escolherem seus próprios governantes, a possibilidade de fiscalizarem e criticarem os administradores públicos, assim como de terem liberdades de expressão política, de escolherem diferentes partidos políticos e de obterem uma imprensa sem censura (DEVIDES,

DIAS, 2018, p. 218).

Noutros termos, a expansão da liberdade política conduz ao desenvolvimento⁶ do Estado.

Caso o Projeto de Lei n.º 1.292/95 venha a ser promulgado da forma como redigido, o diálogo competitivo (art. 31) seria um instituto capaz de remediar a desesperança com a democracia? Estar-se-ia, ademais, diante de um mecanismo de efetivação da democracia participativa?

Recapitulando, a democracia participativa é aquela que permite a participação direta da população nos assuntos de interesse público, a exemplo do que ocorre com o orçamento participativo. Noutros termos, trata-se da reunião de pessoas que buscam a cientificação de assuntos que visam beneficiar a coletividade momento da qual ocorre o debate de ideias e a emissão de eventuais sugestões. A participação, aliás, tem por finalidade educar e informar o cidadão, “ao mesmo tempo em que amplia o seu senso de eficácia política.” (LACERDA; MONTEIRO; MOURA, 2015, p. 182).

É hialino que o diálogo competitivo possui uma característica peculiar em relação a qualquer outra modalidade de licitação já existente no Brasil (inclusive em relação as demais presentes no PL n.º 1.292/95). Essa característica se refere ao debate de ideais – que engloba exposição das necessidades do Poder Público e as sugestões que serão dadas pelos agentes econômicos - quando da convocação dos operadores econômicos, no intuito de que estes possam contribuir para que a Administração Pública construa o objeto da licitação de forma escorreita, sem deslizos, evitando dissabores futuros que violem princípios legais e constitucionais (notadamente, os atinentes à economicidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência).

Constata-se que a convocação de licitantes para o debate de ideias, a princípio, reveste-se de uma forma de aplicação da democracia participativa, pois cada agente econômico, enquanto cidadão, está participando da vida pública. Contudo, uma ponderação deve ser feita: o agente que se envolver em um eventual diálogo com o Poder Público estará exercendo sua condição de representante de empresa, defendendo os interesses desta. Caso não existisse a representação, será que o licitante se dirigiria até a sessão pública e debateria ideias para ajudar a Administração a realizar a contratação mais vantajosa?

Aliás, à luz da essência da democracia participativa há de ser realizada uma crítica sobre o procedimento do diálogo competitivo. Além de prever a possibilidade da comissão ser

⁶ No tocante ao tema desenvolvimento, a primeira utilização do termo foi constatada no ano de 1967, na encíclica *Populorum Progression*, de Paulo VI. De acordo com a referida encíclica, o Estado teria o dever de garantir as providências essenciais para o progresso dos povos, por intermédio de ações voltadas “ao desenvolvimento integral do homem e para o desenvolvimento solidário da humanidade” (PAULO VI, 1967). Posteriormente, em 1986 a Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas (a denominada Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento), disciplinou, dentre outras disposições que os Estados deverão garantir o pleno exercício e o fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, a adoção e a implementação de políticas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986). Dito isso, ainda que em matéria de licitações e contratos administrativos, é dever do Estado implementar medidas que tenha por fim o desenvolvimento nacional. Assim, esse é o papel que se espera da Administração Pública quando da execução da modalidade licitatória diálogo competitivo, haja vista os benefícios que esta espécie proporcionará à coletividade em que já foram elencados no capítulo anterior.

composta por profissionais para assessoramento técnico (art. 31, inciso XI, do PL n.º 1.292/95) – condição que só se consumaria mediante a contratação dos mesmos – o projeto de lei poderia ter previsto a possibilidade de qualquer um do povo participar do diálogo, desde que, evidentemente, comprove as condições técnicas para tal encargo, de acordo com a especificação técnica exigida no instrumento convocatório (como a participação de pessoas com formação em tecnologia da informação e pós-graduação na área a ser abrangida pelo objeto da licitação, em certames que envolvessem a contratação de serviços específicos de tecnologia da informação).

Dessa forma, seria criada uma possibilidade para a participação de membros da sociedade, que teriam interesses diversos dos representantes de empresas ou de profissionais técnicos contratados para serem membros de comissão de licitação – que, evidentemente, participariam do diálogo mediante remuneração, seja dos patrões (no primeiro caso), seja do da própria Administração (no segundo caso) - sendo colocado em prática o efetivo exercício da democracia.

Destarte, verificou-se neste capítulo que, embora o diálogo competitivo preveja a possibilidade da participação de agentes econômicos e profissionais técnicos para debate sobre o aperfeiçoamento de determinado objeto que o Poder Público deseje contratar, tais participações apenas se concretizam em razão da remuneração que recebem em razão de suas obrigações. E (uma das formas) para que os clamores atuais da sociedade possam ser remediados – notadamente em relação à descrença na democracia – existe a necessidade de a Administração Pública fomentar a participação dos cidadãos em assuntos de interesse público. Para tanto, em se tratando de diálogo competitivo, seria ideal que o PL n.º 1.292/95 passasse a permitir a participação de qualquer pessoa do povo neste tipo de debate, desde que ela comprove aptidão técnica condizente com o objeto da licitação.

CONCLUSÕES

Esta pesquisa objetivou analisar se a nova modalidade de licitação, prevista no Projeto de Lei n.º 1.292/95 (da Câmara dos Deputados) – o diálogo competitivo, possui o condão de dar aplicabilidade à democracia participativa, para que a descrença social relativa aos governantes e à própria democracia possa ser mitigada/eliminada.

Para tanto, inicialmente, foram conceituadas as democracias representativa, participativa e deliberativa, tendo sido concluído que há a necessidade da união dos indivíduos para que não ocorra o distanciamento dos administradores (como, por exemplo, o acesso aos portais de transparências, o comparecimento aos orçamentos participativos, o envolvimento com sessões públicas de licitação), pois essa seria uma forma de obrigar o governante a zelar pelo erário e a executar suas funções institucionais.

Posteriormente, viu-se que o diálogo competitivo, nova modalidade licitatória oriunda do projeto da nova lei de licitações, em um plano teórico, trará grande contribuição para o sistema

licitatório brasileiro, notadamente para a delimitação do objeto da licitação e a consequente vantagem no momento contratação. Isto porque o diálogo tem por fim convocar os agentes econômicos para um debate de ideias acerca das melhores técnicas para serem inseridas no edital futuro, com o intuito de que supram as necessidades da Administração Pública (que não possui conhecimento aprofundado sobre o que deseja contratar e por isso solicita auxílio dos agentes econômicos).

Embora o diálogo competitivo preveja a possibilidade da integração de agentes econômicos e profissionais técnicos (estes tão somente enquanto membros da comissão de licitação) para debater sobre o aperfeiçoamento de determinado objeto necessário ao Poder Público, entendemos que tais participações somente se concretizarão se for acompanhada de remuneração para tais agentes, em razão das obrigações por eles assumidas.

Entendemos que uma das soluções possíveis é que seja permitida, pela nova lei, a participação de qualquer pessoa do povo neste tipo de debate, desde que ela comprove aptidão técnica condizente com o objeto da licitação. Com isso, haveria a efetivação da democracia participativa, sendo que esta seria uma das formas de remediar os atuais clamores da sociedade com relação à descrença com a democracia e com os governantes.

Essa participação democrática, porém, precisa ser fortemente incentivada, pois, corre-se o risco de eventual preceito legal, prevendo a possibilidade do cidadão participar de processos licitatórios, tornar-se letra morta, sem nenhuma repercussão prática na vida da sociedade e da Administração Pública, como já ocorre com diversos outros preceitos que tentam implantar uma Administração Pública dialógica, na qual a participação do cidadão não se restrinja única e exclusivamente a votar nas eleições, atividade relacionada à democracia representativa.

O que se deseja é que, gradativamente, possa-se ir desenvolvendo, no cidadão, o sentimento de pertencimento, para que ele reconheça que os interesses e patrimônio gerenciados pela Administração Pública, ao contrário de ser *res nullius*, ou seja, coisa sem dono, na verdade, trata-se de coisa pública que pode e deve ser protegida por todos. Nesse sentido, cuidar para que as licitações públicas sejam mais eficientes é um objetivo que deve ser buscado não apenas pelo legislador, ao aprovar um novo ordenamento jurídico, mas por todos os cidadãos em sua prática diária, numa efetiva adoção da democracia participativa.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 8. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

BLACHA, Luis Ernesto. La influencia de las elites para caracterizar a las clases gobernantes. **Revista Escuela de Historia**, República Argentina, p. 1-22, out. 2016. Disponível em: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/116306>. Acesso em: 10 jul. 2019.

- BOHMAN, James. La madurez de la democracia deliberativa. **Revista Co-herencia**, Medellín, v. 13, n. 24, p. 105-143, 2016. doi: 10.17230/co-herencia.13.24.5. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/cohe/v13n24/v13n24a05.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **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: 20 jun. 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.292/1995**. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e revoga a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1995. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>. Acesso em: 2 jul. 2019.
- BRAZ, Petrônio. **Tratado de direito municipal: poder legislativo municipal**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2009. v. 4.
- CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia: uma introdução crítica**. São Paulo: Artmed, 2009.
- DEVIDES, José Eduardo Costa; DIAS, Jefferson Aparecido. A crise econômica do Brasil e o desenvolvimento sob a ótica de Amartya Sen. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 9, n. 1, p. 213-222, jan./jul. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/572/511>. Acesso em: 17 jul. 2019.
- FLENIK, Marilucia. As mazelas da democracia e o poder dos cidadãos para recriar a res pública. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 27., 2018, Salvador. **Anais [...]**. Salvador: CONPEDI, 2018. p. 284-303. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/1186f849/029MGi7yW24Ym2Qr.pdf>. Acesso em: 6 jun. de 2019.
- GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.
- PAULO VI, Papa. **Carta encíclica populorum progressio: sobre o desenvolvimento dos povos**. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 1967. Disponível em: http://www.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html Acesso em: 19 jul. 2019.
- LACERDA, Alan Daniel Freire; MONTEIRO, Lorena Madruga; MOURA, Joana Tereza Vaz de. Teorias da democracia e a práxis política e social brasileira: limites e possibilidades. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 17, n. 38, p. 156-191, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/v17n38/1517-4522-soc-17-38-00156.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2019.
- MACHADO, Clara; TOMAZ, Carlos Alberto Simões. As regras do jogo e o jogo das regras: entre a ordem pessoal (autonomia da vontade) e a ordem institucional (espaço público) nas democracias contemporâneas. **Revista Argumentum**, Marília, v. 19, n. 2, p. 449-464, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/564/287>. Acesso em: 26 jun. 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros,

2009.

MIGUEL, Luis Felipe. Resgatar a participação: democracia participativa e representação política no debate contemporâneo. **Lua Nova**, São Paulo, v. 100, p. 83-118, 2017. doi: 10.1590/0102-083118/100. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n100/1807-0175-ln-100-00083.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima. **O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro**. 2018. Disponível em: http://licitacaoecontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_2.pdf. Acesso em: 3 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaration on the Right to Development**. Adopted by General Assembly resolution 41/128 of 4 december 1986. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>. Acesso em: 18 jul. 2019.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1992.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal**, Brasília, v. 1, n. 3, set./dez. 1997.

RUE, Leticia Almeida de La; SILVA, Rosane Leal da. **O acesso à informação pública por meio de portais como instrumento para a democratização do Poder Judiciário: análise comparativa nos países do Mercosul**. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3556a3018cce3076>. Acesso em: 4 jun. 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES. André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

Como citar: DEVIDES, José Eduardo Costa; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. O desafio do projeto da nova lei de licitações com vistas à democracia participativa: o diálogo competitivo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 1, p. 128-143, mar. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n1p128. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 17/09/2019

Aprovado em 03/07/2020

DESOBEDIÊNCIA CIVIL E (IN)EFICÁCIA: UMA ANÁLISE DO MOVIMENTO INDÍGENA CONTRA A PEC N. 215/2000

CIVIL DISOBEDIENCE AND (IN)EFFICIENCY: AN ANALYSIS OF THE INDIGENOUS MOVEMENT AGAINST PEC N. 215/2000

Michelle Alves Monteiro*
Luana Marina dos Santos**
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff***

*Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bolsista CAPES/PROEX. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal - ESMAFE (2017). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2015). Atua no SEMEAR - Núcleo de Assessoria Jurídica a Povos Indígenas e a Comunidades Remanescentes Quilombolas - SAJU/UFRGS (2017- atual). E-mail: michelle_monteiro@terra.com.br.

** Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bolsista CAPES/PROEX. Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. E-mail: luanamarinads@gmail.com

***Doutora em Direito Internacional pela UFRGS (2018), com período sanduíche junto à Universidade de Ottawa. Mestre em Direito Público pela Unisinos (2012). Pós-graduada em Relações Internacionais Contemporâneas pela UFRGS (2015), em Direito Internacional Público, Privado e da Integração Regional pela UFRGS (2009) e em Língua Inglesa pela Unilasalle (2008). Professora Adjunta de Direito Internacional da Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: tatiafrcardoso@gmail.com

Como citar: MONTEIRO, Michelle Alves; SANTOS, Luana Marina dos; SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Cardoso. Desobediência civil e (in)eficácia: uma análise do movimento indígena contra a PEC n. 215/2000. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 144-162, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n1p144. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Esta pesquisa tem como objetivo central fomentar uma reflexão sobre as reais condições para a realização de atos de desobediência civil na sociedade contemporânea, com intuito de promover um enfrentamento efetivo à produção legislativa e às práticas institucionais não democráticas, especialmente no que tange à atuação judicial como limitadora do direito de manifestação. Para tanto, tomar-se-á como base o movimento político organizado por diversas etnias indígenas que, pretendendo proteger seus direitos originários às terras, os quais são garantidos constitucionalmente haja vista a sua intrinsecalidade, atuaram contra uma das primeiras votações da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 215. No que tange os aspectos metodológicos utilizados para a construção desta pesquisa, salienta-se que o método de abordagem empregado neste trabalho é o dedutivo e, quanto aos objetivos, o modelo exploratório, pois, partindo dos conceitos de Estado, democracia e desobediência civil, pretende-se descobrir se a sua aplicação aos movimentos indígenas e, logo, em defesa de seus direitos fundamentais, seria factível, especialmente diante da atuação judicial que vem limitando o direito de manifestação.

Palavras-chave: Desobediência civil. Povos Indígenas. Direito Constitucional. PEC 215.

Abstract: The objective of this paper is to encourage reflection on the real conditions of civil disobedience acts in contemporary society, as it may promote an effective confrontation with

undemocratic legislative production and institutional practices, especially regarding judicial action as a limiting factor on the right to manifestation. To this end, we will examine political movements organized by various indigenous ethnic groups that, intending to protect their original rights to their lands, which are constitutionally guaranteed in view of their intrinsic nature, acted against one of the first votes of Brazilian Constitutional Amendment Proposal (PEC) n. 215. Regarding our methodological process, this research utilized deductive reasoning and its objectives is exploratory because it examines concepts of the State, democracy and civil disobedience, in addition to finding out whether their application to indigenous movements and, therefore, in defense of their fundamental rights, would be feasible, especially in view of the judicial action that has been limiting the right to manifestation.

Keywords: Civil disobedience. Indigenous people. Constitutional law. PEC 215.

INTRODUÇÃO

Em que pesem as normas jurídicas procurem se adequar às mais variadas facetas da(s) sociedade(s), o direito nem sempre é capaz de acompanhar o dinamismo da realidade social, dando ensejo aos mais diversos atos de manifestação popular. Não somente sob o aspecto jurídico, mas, principalmente, em razão da instabilidade social e política no mundo contemporâneo, a desobediência civil – considerada como uma forma de pressão legítima-, atua como um instrumento de luta que permite aos indivíduos a defesa de direitos e garantias que se encontram ameaçados ou violados. Ocorre que, por vezes, os indivíduos que se utilizam deste instituto não são vistos pelo Estado e/ou pela produção midiática como sujeitos que se utilizam de meios lícitos para assegurar a proteção de direitos e garantias fundamentais, mas sim como transgressores e violadores de lei.

Não há como compreender o poder que, ao mesmo tempo que deveria nascer do povo, acaba lhe oprimindo, sem fazer jus às poucas reservas jurisdicionais presentes no ordenamento normativo. A partir desta premissa, esta pesquisa comporta, como objetivo central, promover uma reflexão sobre as reais condições para a realização de atos de desobediência civil na sociedade contemporânea, com intuito de promover um enfrentamento realmente efetivo à produção legislativa e às práticas institucionais não democráticas, especialmente no que tange a atuação judicial como limitadora do direito de manifestação. Verificando, como pressuposto base, em que medida a desobediência civil pode estar inserta no ordenamento jurídico sem que isto venha a lhe privar de sua capacidade de ação social.

No intuito de responder o objetivo apresentado, procederemos inicialmente a uma investigação acerca da aplicabilidade deste instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro, analisando seus limites e possibilidades sob uma perspectiva constitucional. Posteriormente, far-se-á uma avaliação mais pragmática, identificando situações em que determinados movimentos, a partir da prática da desobediência civil, lograram êxito em atingir seus objetivos finais e iniciais, com a finalidade de identificar a real eficácia deste instituto. Para tanto, tomar-se-á como base o movimento político organizado por diversas etnias indígenas que, no intuito de proteger seus direitos originários às terras –garantidos constitucionalmente-, entraram, de forma organizada, performando e entoando gritos de guerra no Congresso Nacional, durante uma das primeiras votações da PEC 215.

Em que pese o ato, ainda que momentaneamente, tenha obtido sucesso, os indígenas que ali se encontravam foram tratados como vagabundos e selvagens, demonstrando total desrespeito com um povo que procurava garantir um direito constitucionalmente previsto. Assim, nota-se que, dentro de um sistema que se faz pluriétnico e garantidor de direitos humanos, a desobediência civil, quando estas garantias são transgredidas, torna-se uma ferramenta válida e necessária para que sejam efetivados os anseios.

Por fim, no que tange os aspectos metodológicos utilizados para a construção desta pesquisa, salienta-se que o método de abordagem empregado neste trabalho é o dedutivo e, quanto aos objetivos, o modelo exploratório, pois, partindo dos conceitos de Estado, da democracia e do

instituto da desobediência civil (item 2), pretende-se descobrir se a sua aplicação aos movimentos indígenas e, logo, em defesa de seus direitos fundamentais, seria factível (item 3).

1 DESCONSTRUINDO OS MUROS DO ESTADO: A DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Antes de compreender o instituto da Desobediência Civil, faz-se necessário, em um primeiro momento, compreender o significado de Estado, aliado aos termos de autoridade e poder, pilares bases para a construção de uma sociedade democrática. A construção de Estado pressupõe uma organização política, em conjunto com a presença da população em um determinado território; tendo, por conseguinte, um instrumento regulador, garantido e regulamentado por meio do exercício de poder. O atual modelo de Estado que paira sob o ordenamento jurídico brasileiro, pautado nos fundamentos de soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político, conforme disposições contidas nos incisos I, II, III e IV, do artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), respectivamente, preocupou-se em reestabelecer o modelo democrático ferido durante a época ditatorial.

Este modelo estrutural, conforme Sarlet (2012), pressupõe que um autêntico Estado Constitucional se perfectibiliza por meio da outorga do direito à participação dos indivíduos no cenário político-jurídico, a fim de solidificar que, a outorga do poder ao potentado, em regimes democráticos, deve ser gerida do povo para o povo. Neste mesmo aspecto, Bonavides (2003, p. 51), sustenta que, para se garantir uma proteção justa de direitos e garantias fundamentais, necessário se faz a imersão do cidadão como agente político na sociedade, a fim fortalecer seu exercício pleno de cidadania:

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder; bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses. (BONAVIDES, 2003, p. 51)

Miranda (2011, p. 73) segue esta mesma linha tecendo que “não há povo sem organização de política [...]. É a mesma a origem do povo e da organização – pois o povo não pode conceber-se senão como realidade jurídica”, assim, se o Estado Democrático de Direito pressupõe que o poder político pertence ao povo, necessária se faz a participação direta da população para a construção de uma verdadeira democracia.

O processo democrático vigente hoje configura-se em sua forma indireta/representativa, ou seja, é a partir do processo eleitoral, expresso pelo voto de cada membro da sociedade, que o poder (supostamente) emana da vontade da coletividade. Afinal, “[o] voto é espaço de liberdade cidadã, que não pode ser tolhido pelo exigir do outro”, garantidor não apenas da própria legitimidade do sistema, como também da expressão do conjunto social, sustentando no poder aquele que melhor os representaria (BRASIL, 2014a).

Isso porque, por vezes, o representante eleito nem sempre é capaz de materializar as

vontades de (todos os) seus subordinados, acarretando, conseqüentemente, em um distanciamento entre governantes e governados. A fim de solidificar, Hardt e Negri afirmam que, de fato, em todo o mundo, as queixas sobre os sistemas institucionais internos são constantes e generalizadas, de modo que “o ato de votar frequentemente parece não passar da obrigação de escolher um candidato indesejado, o menor dos males, para nos representar mal por dois, quatro ou seis anos.” (HARDT; NEGRI, 2012, p. 342).

Sobre o poder delegado ao governante através do processo democrático, Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 934-935) o caracteriza como um “elemento essencial constitutivo do Estado”, de modo que, quando usado de maneira coesa pela autoridade competente, tangencia o consentimento tácito ou expresso de seus governados, uma vez que este “representa sumariamente aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária”. Hanna Arendt (1985, p. 24-27) refere-se ao explicitado por Bobbio, afirmando que o poder não corresponde, apenas, à habilidade humana de agir, “mas de agir em uníssono, em comum acordo”. Mais do que isso, a autora acredita que o poder não pode ser considerado como a propriedade de apenas um indivíduo, pois “quando dizemos que alguém está no poder, estamos, na realidade, nos referindo ao fato de encontra-se essa pessoa investida de poder por um certo número de pessoas, para atuar em seu nome”.

Ainda que o exercício da soberania se materialize através da eleição de representantes, não existe qualquer garantia de que o governado vá praticar seus atos de acordo com a vontade popular, tampouco de que este vá seguir os princípios e propósitos garantidos constitucionalmente. Para Garcia (2004), a representação política se revela, cada vez mais, insuficiente para a satisfação de sus objetivos, em especial na defesa da própria cidadania. Isso porque, em que pese a palavra “poder” solidifique a possibilidade de agir e de produzir efeitos em prol de um bem comum, esta mesma possibilidade, quando utilizada de maneira desmedida por quem o detém, se traduz, mesmo que acortinada, em formas supostamente legítimas de justificar uma estrutura de dominação social, por meio de uma consciência falsa da realidade.

Conforme Souza Filho (1994), as formas de dominação social, quando alicerçadas em ideologias morais, aliadas àquele que detém o poder, podem se traduzir em ideologias coercitivas que representam um conjunto de “normas ou regras (de conduta) que prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer.” (SOUZA FILHO, 1994, p. 113).

É, portanto, possível compreender que, o exercício do poder, quando investido por governantes que não o aplicam de maneira destinada à proteção de direitos e garantias fundamentais, mas que apenas o utilizam com o intuito da prática de dominação, acabam por ferir a noção democrática de um Estado de Direito que se pressupõe constituído por conteúdo não meramente formal, mas sim guiado pelo valor da justiça material. Assim, diante da insegurança jurídica que paira sob o modelo institucional, surgem mecanismos voltados a reestabelecer o funcionamento democrático das instituições e a salvaguardar os direitos inerentes aos cidadãos, especialmente

dos grupos minoritários¹, sendo o mais comum o *judicial review* realizado pela mais alta Corte do Estado (BRASIL, 2016)². Apesar disso, importante lembrar que

[o] hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes (BRASIL, 2016).

Quer isso dizer que, para além do enfoque judicial, outros mecanismos poderiam ser utilizados para o mesmo fim, tal como o próprio instituto da Desobediência Civil, que, a partir do manifesto escrito pelo autor Henry Thoreau, em 1849, manifesta-se como uma reformulação do ‘Direito de Resistência’³, podendo ser considerado uma forma democrática de luta em busca da democracia e da igualdade social, que, através do teor de consciência e publicidade, objetiva assegurar direitos e garantias normativas, por meio da não-violência.

Este instituto, construído com pesar ao decorrer da idade contemporânea, logrou êxito em ganhar contribuições significativas, tendo, como protagonista, o autor Henry Thoreau (2002). O autor explica, através de seu manifesto, que o homem, ao se deparar com práticas governamentais que contrariassem seus princípios morais, deveria manter seu real compromisso com a sua consciência, uma vez que a democracia, tal como a conhecemos, não pode ser considerada como o último degrau de aperfeiçoamento em matéria de governo.

Thoreau acreditava que a não-violência poderia ser considerada como a melhor forma de combate às leis que não traduzissem, de alguma forma, valores coletivos e morais a todos os cidadãos, de modo que os indivíduos, ao invés de se rebelarem violentamente, poderiam, apenas, descumprir a obrigação arbitrária que lhes fora imposta, objetivando um caminhar em direção a um sistema onde os indivíduos gozassem de maior independência normativa.

Em que pese Thoreau tenha sido percussor do instituto, anos mais tarde, muitos autores procuraram solidificar e aperfeiçoar o entendimento da Desobediência Civil. Esta pesquisa

1 Especificamente acerca disso, importa lembrar que “[n]o constitucionalismo democrático, as constituições desempenham dois grandes papéis: (i) o de preservar os direitos fundamentais, inclusive e sobretudo das minorias; e (ii) o de assegurar o governo da maioria, cujos representantes foram livremente eleitos. Não é incomum, no mundo plural e complexo em que vivemos, que surjam tensões entre esses dois polos, vale dizer, entre os direitos fundamentais de uma minoria e a vontade da maioria. [...] [Outrossim], [a] circunstância de um grupo ser minoritário não enfraquece, mas antes reforça a pretensão de fundamentalidade dos seus direitos. [...] [Afinal], [...] a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2013).

2 É o entendimento literal do Supremo Tribunal Federal: “A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da *judicial review*, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias” (BRASIL, 2016).

3 ‘Direito de Resistência’ pode ser compreendido como a “[c]apacidade de as pessoas ou os grupos sociais se recusarem a cumprir determinada obrigação jurídica, fundada em razões jurídicas, políticas ou morais [...] é uma realidade constitucional em que são qualificados gestos que indicam enfrentamento por ação ou omissão, do ato injusto das normas jurídicas, do governante, do regime político e também de terceiros” (BUZANELLO, 2001, p. 16).

comporta o entendimento de Costa (1990, p. 64), que assim explica:

A Desobediência Civil deve ser conceituada como o comportamento que os membros da sociedade civil assumem frente ao Estado, questionando normas ou decisões originárias de seus aparelhos, através de ação ou omissão desobedientes à ordem jurídica, mas dentro dos princípios da cidadania, com o intuito de mobilizar a opinião pública para a reforma ou revogação daquelas.

Ao passo que Thoreau acreditava que a desobediência civil poderia evidenciar a necessidade do chamamento à consciência pública, Costa (1990) observa que, o objetivo imediato da desobediência civil é mostrar publicamente a injustiça da lei aplicada, induzindo, assim, o legislador a mudá-la. No mesmo sentido, Bobbio (2004) acrescenta que a desobediência civil precisa ser executada publicamente para garantir o alcance do ato questionado, apelando para própria Constituição, a fim de promover a consolidação dos direitos ali positivados. Para este autor, o instituto da desobediência civil aperfeiçoa o ordenamento, devendo, então, ser executado publicamente para que seja alcançado seu objetivo maior, qual seja, a inovação da ordem posta (BOBBIO, 2004).

Para alguns atores, dentre eles Arendt (2009) e Costa (1990), a desobediência civil desencadearia maiores efeitos quando praticada por um certo número de pessoas com interesses similares, enquanto que, caso fosse praticada por apenas um indivíduo, tratar-se-ia, em verdade, do instituto intitulado como ‘objeção de consciência’. Arendt assinala que “a desobediência civil aparece quando um número significativo de cidadãos se convence de que os canais normais para mudanças já não funcionam e as queixas não serão ouvidas nem terão qualquer efeito”. Para a autora, quando se está em vias de efetuar mudanças, a desobediência civil mostra-se imprescindível para evitar que o governo “se envolva e persista em modos de agir cuja legalidade e constitucionalidade estão expostos a graves dúvidas.” (ARENDR, 2009).

Costa (1990) também acredita que a desobediência civil possa ser considerada como um “ato ilícito que exige ser aceito como lícito”, uma vez que o instituto comporta pontos específicos que buscam “adquirir ou manter um direito de cidadania”, além de serem fundamentais para os princípios de uma justiça equilibrada. Para o autor, “[o] limite entre a obrigação de obedecer ao Estado e os direitos oriundos do status de cidadão legitima a atitude do desobediente.” (COSTA, 1990).

Ocorre que, ainda que o instituto da desobediência civil procure aperfeiçoar o ordenamento jurídico, trazendo mais “justiça” aos indivíduos ou grupo afetados, é necessário esclarecer que, tendo em vista a pluralidade de indivíduos, é impossível identificar, formalmente, conceitos de “justiça” e “injustiça” inseridos em uma sociedade dinâmica e morfológica. De acordo com Sandel (2011, p. 37), não há conceito que solidifique a definição de “justiça”, uma vez que “[a] vida em sociedade democrática é cheia de divergências entre o certo e o errado, ente justiça e injustiça”.

Outrossim, é possível afirmar que existem casos de manifesta injustiça que não abrem margem para questionamentos em torno da lei a ser enfrentada. Tomar-se-á, como exemplo, o

questionamento de atos normativos que não comportam o aparato axiológico proveniente das leis que versem sobre direitos e garantias fundamentais, inclusive aquelas devidamente previstas em pactos internacionais dos quais o Brasil seja parte, uma vez que, no Estado de Direito Democrático brasileiro, “devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos.” (BRASIL, 2004).

Então, resta evidente, como supracitado, que a Constituição Federal vigente foi capaz de promover grande avanço no campo dos direitos e garantias; no entanto, sabe-se que, hoje, o grande problema gira em torno da sua não-efetivação. Ainda que o Estado de Direito tivesse tentado, a partir de uma constitucionalização pautada por de um rol de direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, este não foi capaz de resolver o problema da opressão, tampouco de garantir, suficientemente, que os indivíduos pudessem participar da cena política tendo como único mecanismo a possível escolha de um representante

É, nesse aspecto, que se insere o instituto da desobediência civil, para que este, além de tentar suprir as deficiências do atual modelo que, infelizmente, ainda não foi capaz de suprir a opressão estatal e tratar com seguridade a arbitrariedade de seus governantes, possa, efetivamente, perfectibilizar e concretizar direitos e garantias fundamentais já positivadas.

Assim, no que diz respeito à legitimidade do ato, muito embora o ordenamento jurídico não admita expressamente a possibilidade do exercício da desobediência, ela se encontra implícita quando o exercício da cidadania enfrenta limitação apenas ao poder do voto. E, como já abarcado, não há como precisar se os canais tradicionais de participação democrática e a própria reivindicação judicial se tornarão suficientes para resguardar a coletividade de um contexto de opressão ou do ato de um governo injusto.

Quer-se, com isso, exemplificar que, em situações de caráter emergencial, a desobediência civil se materializada com um mecanismo verdadeiramente justo, principalmente no que diz respeito à realização da cidadania e à oposição ao poder constituído que não se mostra capaz em garantir a efetivação da ordem constitucional democrática.

Este instituto pode ser visto como um meio sério de questionamento da legislação, uma vez que se apresenta como um exercício de cidadania, que viabiliza a participação popular e objetiva o fortalecimento e o ordenamento jurídico, de modo que os pressupostos para a sua legalidade/aplicabilidade se encontram por meio de princípios e garantias emanados da Constituição Federal, a exemplo da liberdade, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e, o mais perspicaz para o tema, do princípio da soberania popular, que, hoje, “tão atraído e comprometido, é a carta de navegação da cidadania rumo às conquistas democráticas, tanto para esta, como para as futuras gerações.” (BONAVIDES, 2003, p. 11).

A desobediência civil, ao longo da história, alcançou inúmeros feitos que marcaram e solidificaram sua eficácia. Entre seus protagonistas, é possível citar Mahatma Gandhi e Martin Luther King⁴ os quais lograram êxito em ilustrar, na prática, o verdadeiro instinto deste instituto,

4 Martin Luther King foi o responsável por gerenciar manifestos organizados e pacíficos na busca de direitos civis para a população negra estadunidense. Mahatma Gandhi, por sua vez, empreendeu campanhas de resistências não-violentas, entre elas, o movimento conhecido como “marcha do sal”, no qual muitos grupos marcharam juntos em

fomentando a prática destes exercícios no mundo contemporâneo. É, a partir do protagonismo de atos como esses, que a luta pela positivação de determinados direitos prevalece nos dias atuais, oportunizando aos indivíduos a chance de se aproximar politicamente do poder constituinte, visando a agregar e a garantir os direitos que a legislação vigente preceitua. Hoje, atos de desobediência continuam a ecoar em diversos cantos do mundo, especialmente no Brasil.

Ocorre que, em que pese os indivíduos continuem fomentando e lutando por direitos mais justos e alguns ministros do próprio Supremo Tribunal Federal já tenham se manifestado acerca da necessidade de respeitar-se a liberdade de reunião por esta “constitui[r] prerrogativa essencial dos cidadãos” em “uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático” (BRASIL, 2014b)⁵, o atual cenário político/midiático insiste em desabonar a imagem daqueles que protagonizam atos desobedientes, não lhe garantindo a efetiva participação da qual fazem jus.⁶ É importante identificar que muitas destas falácias colocam em cena apenas denominações que são convenientes ao ente estatal, objetivando coibir novos atos que possam ferir e/ou estremecer as estruturas jurídicas normativas que imperam.

E é justamente nesse sentido que o próximo item se insere. A partir de uma análise pragmática, tomar-se-á como base o movimento político organizado por diversas etnias indígenas que, no intuito de proteger seus direitos originários às terras, entraram, de forma organizada, performando e entoando gritos de guerra no Congresso Nacional, durante uma das primeiras votações da PEC 215. Quer-se, com este movimento, identificar em que medida a desobediência civil pode, nos dias de hoje, ser utilizada como um instrumento efetivo para a garantia de direitos fundamentais aos indivíduos, especialmente aos povos indígenas, sem tirar-lhes a dignidade.

2 POVOS INDÍGENAS E A LUTA POR DIREITOS: UM DESAFIO DIANTE DAS LIMITAÇÕES SOCIAIS NORMATIVAS

Os povos indígenas sofrem há mais de cinco séculos, desde a invasão dos países ibéricos em território que passou a ser chamado de Brasil, com o modelo civilizatório do Ocidente, que impõe uma racionalidade excludente, pois baseada em valores e concepções racistas (QUIJANO, 2005), e um modelo de vida sustentado no capital, diverso da perspectiva dos povos originários, tendo, essas perspectivas, construído o ordenamento jurídico-normativo; perpetuando, portanto, desigualdades e situações de discriminação.

A imagem do indígena perante a sociedade brasileira é estipulada por três perspectivas distintas. A primeira diz respeito ao papel que o índio representa na época do “descobrimento”, aparecendo como “selvagem”, cruel, “primitivo”, “antropofágico” e até mesmo preguiçosos⁷, de

direção ao mar no intuito de colher sal do oceano e distribuí-lo à população local.

5 No mesmo sentido, desde uma perspectiva convencional, *cf.* Brasil (2007).

6 Exemplo dessa situação pode ser encontrada nos protestos realizados em junho de 2013 no Brasil, em que a mídia nacional preferiu reportar a ação violenta de uma parcela dos participantes das passeatas conduzidas em diversas capitais brasileiras, em detrimento da brutalidade policial e das próprias reivindicações políticas dos manifestantes, os quais, registra-se, por vezes – e de maneira bastante abrangente, em que pese o número ínfimo de manifestantes que agiam com violência – eram cunhados de “vândalos” (JORNAL..., 2013; JUNHO..., 2018).

7 Os índios eram tidos como indolentes ou preguiçosos pelo simples fato de resistirem a trabalhar na condição de escravos para os exploradores colonizadores que usurparam suas terras. Rocha (2009, p. 18-19), ironicamente, bem

forma a demonstrar o quão superiores e “civilizados”⁸ os colonizadores portugueses eram (ROCHA, 2009). Tal ilustração do índio permanece até os dias de hoje, alimentadas também pela mídia, por indivíduos e grupos econômicos que possuem interesses não só pelas terras indígenas, bem como pelos recursos naturais que elas oferecem. Assim, os índios tornam-se um obstáculo para o grande projeto desenvolvimentista da economia ao se posicionarem contrários à submissão da exploração desigual, elitista, injusta e destrutiva do mercado capitalista; gerando, conseqüentemente, repressões, intolerância, maus-tratos e hostilidade contra os povos e as lideranças indígenas (LUCIANO, 2006).

O segundo papel que é sustentado na visão do “branco ocidental” (e que pautou toda a política integracionista indígena no Brasil até a Constituição de 1988) advém do momento da catequização, trata-se de uma percepção romantizada. Ali, ele é tido como “infantil”⁹, “inocente”, “almas virgens”, de maneira que eles precisavam da fé e da religião para serem protegidos, para serem salvos (ROCHA, 2009), isto é, deveriam ser submetidos a um processo de aculturação e evangelização, a fim de que, dessa maneira, pudessem ser considerados seres humanos.

A terceira perspectiva que o índio desempenha coincide com o processo de redemocratização do país. Tal visão compreende os índios como sujeitos de direito e, por conseguinte, de cidadania (LUCIANO, 2006). Ocorre que a cidadania em questão diz respeito àquela que se fundamenta em direitos específicos; permitindo, em vista disso, que os povos indígenas, de um lado, possam manter sua própria cultura e forma de vida e, de outro, assegura o direito dos mesmos ao acesso a outras culturas, às suas tecnologias e visões de mundo (LUCIANO, 2006). Sabe-se que a identidade do indígena como tal é dinâmica e varia de região para região, a partir do desenvolvimento histórico do contato (LUCIANO, 2006), sendo a consciência dela tida como critério fundamental para que se possa determinar os grupos (OIT, 2011).

Outrossim, é importante ressaltar que, predominantemente, a sociedade brasileira, adotando uma concepção evolucionista e discriminatória da história da humanidade, persiste em ponderar os índios como sendo de uma cultura de estágio inferiores, de forma que se cria um panorama de integração e assimilação à cultura global (LUCIANO, 2006). Esse cenário tende a gerar um senso de inferioridade aos indígenas, os quais acabam por defrontar-se com dois aspectos: (a) o enfrentamento pela autoafirmação de suas identidades e (b) o reconhecimento de direitos.

No tocante ao reconhecimento de direitos, desde os primórdios do Brasil Colonial é possível observar a insurgência dos povos contra o modelo de Estado que estava sendo implementado. Contudo, é na década de 70 que diversos povos indígenas deram início ao processo

pontua que tal recusa nada mais é do que um sinal de saúde mental, mas que o sistema eurocêntrico colonial desde sempre distorce a imagem daquele que o nega.

8 Uma curiosidade a respeito dessa imagem criada pelos europeus acerca da figura do índio é que um dos maiores filósofos do liberalismo, Locke, sustentava a ideia de que, tendo em vista que os indígenas não usavam de forma racional a propriedade das terras, eles desobedeciam a lei natural de Deus, a qual vedava o desperdício da propriedade privada, razão pela qual era legítima a usurpação das propriedades por conta dos colonizadores (SILVA FILHO, 2008).

9 A infantilidade indígena entendida pelos colonizadores (e que ainda muito persiste na cultura brasileira) foi também defendida por Francisco de Vitoria, o qual, para além disso, argumentava que a guerra contra os povos indígenas não deveria ser ocasionada de modo indiscriminado, bem como tanto o papa, quanto o imperador não poderiam impor suas leis sem que existisse um real e justo motivo para isso, já que os índios não eram bestas selvagens, mas sim humanos, homens com pouca instrução e inseridos num estágio infantil, razão pela qual caberia aos cristãos a tutela, a instrução e o governo destes (SILVA FILHO, 2008, p. 347).

de organizações representativas e políticas, sob a bandeira de assegurar suas terras. Luciano (2006) aponta que a articulação entre tais organizações compõe atualmente o chamado movimento indígena organizado, o qual se trata de uma união de estratégias e ações que tanto as comunidades, quanto as organizações indígenas desenvolvem na proteção de seus direitos e interesses coletivos.

Foi esse movimento que, na Constituinte de 1987/1988, teve um papel crucial para a positivação dos direitos indígenas, bem como para romper com o modelo integracionista até então vigente. Segundo Munduruku (2012), foi a primeira vez ao longo dos, na época, quase 500 anos de Brasil que houve um tratamento diferenciado para a questão indígena e isso se deu em virtude dessa mobilização “extraordinariamente criativa”.

Isso porque, até o presente momento, toda a legislação brasileira havia contado com a participação, ainda que mínima, dos povos indígenas.

O que se pode perceber com clareza [...] é que os indígenas, ao longo das sucessivas leis brasileiras e das políticas públicas delineadas e colocadas em prática, foram sempre considerados de um modo assimilador, que desfaz de sua alteridade, levando-a em consideração apenas para demarcar a sua inferioridade. Tal atitude pode ser explicada por todo um desenvolvimento cultural e histórico de caráter uniformizante e etnocêntrico que perfaz a civilização ocidental (SILVA FILHO, 2008, p. 354).

Em 1980, os povos indígenas, com base em um modelo estratégico de exercer a política, criaram a União das Nações Indígenas (UNI), tendo por finalidade não apenas a visibilidade institucional e midiática da questão territorial, como também a luta por sua inclusão no texto constitucional, que estava já sendo debatido. Ao final dos anos 80, Ailton Krenak e Álvaro Tukano (dois atores sociais que exerceram um papel importante e fundamental no movimento social dos povos indígenas) tornaram-se presidentes da UNI, atuando incisivamente na Assembleia Nacional Constituinte, dialogando e intermediando social, cultural e institucionalmente, sendo que Krenak havia autorização especial para transitar pelo Congresso Nacional, participando, inclusive, da votação do capítulo “Dos Índios”, o que não foi concedido aos indígenas de diversas etnias que estavam ali presentes (LOPES, 2011).

Ressalta-se um episódio emblemático na história brasileira, ocorrido neste período: o presidente da UNI, Ailton Krenak, teve direito à palavra na Constituinte, proferindo um discurso emocionante enquanto pintava seu rosto de tinta preta de jenipapo, usado pela sua etnia quando se está de luto. O discurso de Krenak¹⁰ se deu na Comissão de Sistematização, responsável pelo projeto da Constituição de 1988, denunciando a ganância dos não indígenas em explorar as terras e seus recursos naturais, o que confronta com a cosmovisão dos indígenas, povos que, nas palavras de Ailton, “sempre viveram à revelia de todas as riquezas, um povo que habita casas cobertas de palha, que dorme em esteiras no chão”, de modo que não deve o Estado identificar os povos originários como o inimigo dos interesses do Brasil, muito menos como um povo que coloca em

10 Para ter acesso ao vídeo do discurso de Ailton Krenak (ÍNDIO..., 2014).

risco o desenvolvimento, até porque “o povo indígena tem regado com sangue cada hectare dos oito milhões de quilômetros quadrados deste país”.

Assim, graças ao movimento organizado dos índios, bem como ao processo de redemocratização do país, a participação indígena na redação da Carta Política de 1988 foi fundamental para que se pudesse trazer um avanço significativo na questão, reconhecendo os povos indígenas não mais com o fim assimilatório de serem integrados na sociedade, mas aceitá-los como são, bem como as suas particularidades, como novos sujeitos coletivos¹¹, de acordo com o que bem impulsiona a Convenção n. 169 da OIT, não mais sendo legítima “a presença de indivíduos que tenham como propósito interferir [...] [na] sua cultura”. Afinal, hoje, “[o] objetivo da Constituição é resguardar aos índios um espaço exclusivo onde possam manter e viver as suas tradições.” (BRASIL, 2014c).

À vista disso, a nova ordem constitucional instaurada é pluriétnica e multicultural, vez que, em seu artigo 231, é dado reconhecimento aos índios de manterem sua organização social, seus costumes, suas línguas, suas crenças e tradições, bem como o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, de maneira que compete à União a demarcação das mesmas, além de protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens. Ou seja, a Carta de 88 acaba por considerar a diversidade cultural como um elemento valorativo a ser amparado e protegido (PEREIRA, 2014).

Compreende-se, a partir da leitura da Constituição¹², que há uma preocupação em trazer ao cenário jurídico a questão do diferente daquele indivíduo estabelecido pela sociedade ocidental, como homem, branco, civilizado, cristão. Por causa disso, é que coube, no artigo 215 e em seu parágrafo 1º, ao Estado o dever de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, com a valorização e difusão de manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, sendo essencial para que cada comunidade tradicional pudesse exercer seu modo de vida. Pereira (2014) assevera, ainda, que

[t]ratou exaustivamente e em caráter pragmático do território cultural necessário ao exercício desses direitos pelas populações indígenas, emprestando-lhe significado especial, divorciado da pauta patrimonial, porquanto espaço essencial à existência de uma coletividade singular (art. 231, caput e §1º). Por essa razão, o texto constitucional assegura a inviolabilidade desse território de forma quase absoluta, admitindo alguma relativização apenas na hipótese de “relevante interesse público da União”, a ser definido em lei complementar (art. 231, §6º), exigindo-se autorização do Congresso Nacional e aquiescência da comunidade afetada (art. 231, §3º).

11 Para Wolkmer (1997, p. 63), essa nova nomenclatura para designar juridicamente a figura do índio como sendo sujeito coletivo foram “identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomos, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade de autoorganização e auto-determinação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de uma sociedade democrática descentralizadora, participativa e igualitária”.

12 Silva Filho (2008, p. 357) relembra que, apesar de a Constituição de 1988 primar pela alteridade e o reconhecimento das identidades culturais diversas da ocidental, “grande parte dos atores jurídicos permanece insensível a esta mudança de perspectiva. O Código Civil de 2002, apesar de não reproduzir o texto do Código Civil de 1916 quanto à incapacidade relativa dos ‘silvícolas’, remete à questão para a legislação especial. Contudo, em muitos casos, continua-se ainda a considerar o Estatuto do Índio de 1973 como sendo esta legislação especial, ignorando-se olímpicamente, em prática desgraçadamente comum no Direito brasileiro, o texto constitucional”.

Sobre tal questão territorial, o Constituinte separou os parágrafos 1º ao 7º do artigo 231¹³ para abordar o tema, estipulando o uso exclusivo do espaço territorial de acordo com os costumes, tradições e usos pelos povos indígenas; garantindo a posse permanente, além do usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos nela existentes¹⁴; impossibilitando a alienabilidade, disponibilidade e prescritibilidade do direito sobre as terras, de modo que qualquer ato impulsionado por terceiro, que objetiva a ocupação ou a exploração desses territórios e seus recursos, são acatados nulos e extintos, salvo comprovação de boa-fé.

De resto, o artigo 60 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) fixou o prazo de 5 anos, a partir da promulgação da Constituição, para que a União efetuasse todas as demarcações das terras indígenas, ou seja, até o ano de 1993 as demarcações deveriam ter sido concluídas, o que de fato não aconteceu. Demonstrando o descaso do Estado brasileiro para com os povos originários, bem como o real intento com isso: a não demarcação para o uso das terras pelo agronegócio, política que vem cada vez mais tomando força no contexto atual.

Portanto, a grande questão levantada até o presente momento, que apresentou o panorama político-normativo referente aos povos indígenas, é o desrespeito às normas estabelecidas pela Constituição de 1988. É notória a crise político-democrática-institucional que o Brasil atravessa, tendo como principais atores - e exercendo forte influência – os grandes empresários, os donos do agronegócio e a grande mídia. Assim, coloca-se em risco os direitos garantidos após densa e concisa mobilização popular no decorrer do processo de elaboração da Constituição de 1988 e no período de redemocratização.

Vale evidenciar, nesse sentido, que, muito embora a inovação da Constituição Federal de 1988 no que toca à questão da autodeterminação dos povos, a aceitação e a validação da sua diversidade cultural, além do reconhecimento aos direitos originários das terras, não se vê uma

13 Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º (BRASIL, 1988).

14 “[N]ão se trata de um direito de propriedade ou de posse — no sentido que os termos assumem no direito privado —, mas de uma figura peculiar, de índole e estatura constitucional, voltada a garantir aos índios os meios materiais de que precisam para proteção e reprodução de sua cultura” (BRASIL, 2013). Até mesmo porque, “sem a garantia de permanência nas terras por ele já tradicionalmente ocupadas, expõe-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria consciência e percepção como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vive” (BRASIL, 2010).

mudança significativa na realidade vivida pelas sociedades indígenas, vez serem subordinadas a ações afirmativas e a políticas públicas do Estado, especialmente quanto à demarcação das terras indígenas, para que seus direitos e garantias sejam concretizados. O que, em verdade, ocorre é que, para além de não serem efetivadas, tenta-se burlar o sistema para deixar nas mãos da bancada ruralista do Congresso Nacional a realização do procedimento demarcatório, fazendo do Estado, muito antes que um protetor de direitos, um violador de garantias.

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 215 tem por objeto a transferência para o Poder Legislativo, ou seja, para o Congresso Nacional (o que, pela Constituição de 1988, é realizado pelo Poder Executivo, por meio de um procedimento administrativo da FUNAI, com pareceres antropológicos e historiográficos), a palavra final sobre a oficialização de Terras Indígenas (TIs), de maneira que, no campo prático, tal medida serve como instrumento de paralisação dos processos de demarcação de território, entre outros retrocessos não só diretamente atingindo os povos indígenas, como também em matéria socioambiental.

Tal PEC foi proposta em 28 de março de 2000, por Almir Sá do PPB/RR, e segue em tramitação no Congresso Nacional, sofrendo ofensivas tanto de ruralistas, bancada do agronegócio majoritária no parlamento brasileiro, quanto de povos indígenas e organizações da sociedade civil contrárias à aprovação do texto que altera a Constituição (BRASIL, 2000). Segundo a proposta, pretende-se incluir, dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional, a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas, ou seja, enquanto a ADCT estabelecia a demarcação de todas as terras indígenas até 1993, o que – reitera-se – não foi feito, a PEC não só parece agredir a própria separação dos Poderes, acolhida como cláusula pétrea pelos artigos 2º e 60, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição de 1988, como também – e mais importante ainda – intenta revisar aquelas já demarcadas, provocando um retrocesso no que tange a direitos já adquiridos, segundo o artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Política (outra cláusula pétrea) (BRASIL, 2013), e conseqüentemente, terminando por gerar uma enorme insegurança para os povos indígenas situados no Brasil.

Por conta disso, em 2013, encabeçada pelo movimento “Abril Indígena”, diversos indígenas ocuparam o Plenário da Câmara dos Deputados, durante a sessão de votação da Comissão Especial para a PEC 215. Tendo sido duramente barrados na entrada do chamada “casa do povo”, no Salão Verde da Câmara dos Deputados, em que foram marchando, em conjunto, cada etnia cantando seu próprio grito de guerra, demonstrando que, ainda que diferentes, ainda que de cosmovisões diversas, os povos indígenas estão juntos lado a lado por um grande ideal: fazer valer a carta constitucional que assegurou seu direito mais básico: a demarcação de terras.

O documentário “Índio é cidadão?” (ÍNDIO..., 2014) aborda, por meio dos vídeos gravados à época, a ocupação da Câmara pelos povos, os quais conseguiram perfurar a barreira de segurança que tentavam impedir sua entrada, gerando um cenário de desespero dos deputados, que saíram correndo de perto dos indígenas ingressantes, como se estes fossem machucá-los. Alguns indígenas entraram dançando e cantando, usando vestimentas próprias de suas etnias, enquanto outros foram ocupando as cadeiras vazias do Plenário. É possível ouvir vozes de parlamentares, ainda que não

seja identificado, dizendo ao microfone que tal ato era uma “violência”, “uma baderna”, que os povos indígenas “não respeitam mais nada”. Resultado de tal estratégia planejada pelos indígenas foi o encerramento da sessão, com a palavra do Presidente à época, o deputado Henrique Alves, o qual convidou os indígenas ali presentes a se retirarem no prazo de 10 minutos para que pudessem reativar o diálogo institucional e político entre a Câmara e os povos.

A imprensa tratou o caso como invasão¹⁵, além de o discurso do Presidente da Casa ter sido em tom ameaçador e constringendo os povos, ao dizer que o Plenário é inviolável. Sonia Guajajara, no documentário acima mencionado, defende que muito pelo contrário, estando os povos originários deste país na Casa do Povo, nada mais justo e digno que sua ocupação, bem como, antes de o Plenário ser inviolável, os direitos dos povos indígenas é que o são.

Pode-se observar a estigmatização dos índios como sendo selvagens e indolentes, imagem fruto de uma concepção racista e colonialista que, muito embora com diversas normas de proteção aos povos e de promoção da diversidade cultural, ainda persiste no imaginário social dos indivíduos. Assim, após muitas discussões, foi criado, em abril de 2013, um Grupo de Trabalho destinado a debater a questão das terras indígenas, com forte participação dos povos (BRASIL, 2000), situação esta que é assegurada por instrumentos normativos, como a Convenção n. 169, da OIT, que prevê a consulta prévia aos interessados, bem como de juristas, como Dalmo Dallari, o qual defendeu a inconstitucionalidade da PEC.

Durante o mês de abril, no Abril Indígenas, os povos fizeram diversas manifestações pacíficas, com danças, músicas, caminhadas, em frente ao Congresso Nacional, sendo constantemente hostilizados. Em ato simbólico, alguns parlamentares, em conjunto a todas etnias ali presentes, queimaram os papéis da PEC 215, comemorando o arquivamento deste, em virtude da determinação do regimento interno. Dessa forma, nota-se que, por meio de uma estratégia política de ocupação pacífica, mediante danças e canções, os povos indígenas tiveram certo avanço ao conter o prosseguimento da PEC para votação, podendo ser ouvidos pelos deputados, bem como pela grande mídia, ainda que esta insistisse em tratá-los como invasores.

Quando não se tem uma efetividade por parte do Estado na consecução dos direitos históricos garantidos na e pela produção legislativa estatal, a insurgência alcança um patamar de necessidade. Portanto, a desobediência civil por partes dos povos indígenas neste caso analisado em tela, pode se constatar por meio dos seguintes elementos: justa causa, abuso de autoridade, lei/ordem injusta e organização de resistência. A justa causa se dá no fato de que, mesmo diante de uma Constituição Cidadã que garantiu a proteção de direitos humanos dos povos indígenas, persiste uma política institucional de encobrimento do índio. Abuso de autoridade por conta de o Poder Legislativo estar proposto e votando em um instrumento ilegal, tanto porque fere a Constituição e a separação dos poderes, quanto porque transgride instrumentos normativos internacionais dos quais o Brasil incorporou em seu direito interno, como a Convenção n. 169 da OIT.

Por sua vez, a lei/ordem injusta a qual se deve desobedecer é a PEC, que procura estabelecer a demarcação das terras para um espaço de poder que é majoritariamente contrário à existência

15 Cf., por exemplo, matéria do jornal O Globo sobre o ocorrido (BRAGA; SOUZA; JUNGBLUT, 2013).

dos povos indígenas e que estão estritamente ligados ao agronegócio e ao capital estrangeiro. A organização de resistência se dá não só pela Articulação dos Povos Indígenas (APIB), quanto pela participação das diversas etnias ao redor do Brasil que atravessam quilômetros para chegar ao palco do poder em Brasília e protestar. A maior reivindicação dos povos indígenas é no sentido de se assegurar a plena efetividade ao texto constitucional, sendo este o grande desafio que está posto, ainda mais nos tempos atuais de claros retrocessos políticos econômicos sociais e culturais.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, resta possível compreender que, em um Estado Democrático de Direito, onde o princípio da soberania popular se coloca como um elemento constitutivo para a construção de sua estrutura, o instituto da Desobediência Civil –considerado como um desdobramento do direito de resistência-, se apresenta como um mecanismo participativo direto de realização da cidadania e de oposição ao poder constituído. Como demonstrado no início deste trabalho, o exercício da participação política indireta dos indivíduos, muitas vezes, falha ao outorgar a determinados indivíduos a tarefa de garantir o texto constitucional, uma vez que estes, quando imbuídos de um poder desmedido, acabam por priorizar determinados direitos e estratos sociais em detrimento de outros, colocando muitos grupos minoritários em situação de emergência, marginalização e desamparo.

Compreende-se, nesse sentido, que a crise de representatividade, bem como o processo inacabado do sistema democrático, fruto da falta de um efetivo estado transacional, pressupõe a participação de novos agentes que, por meio do instituto da desobediência civil, possam lograr êxito em superar determinados paradigmas para aperfeiçoar o sistema democrático que se apresenta, objetivando não diminuir direitos, mas sim lutar pela efetivação daqueles que já estejam garantidos dentro dos diplomas legais do Estado. A análise pragmática aqui abarcada procurou demonstrar que a desobediência civil se mostra efetiva quando utilizada por agentes ou grupos organizados. Porém, em que pese efetiva, ela ainda estremece negativamente as estruturas estatais e midiáticas, porquanto estas insistem em não reconhecer o ato como um meio lícito de reivindicação.

Um exemplo disso foi o movimento político organizado dos povos indígenas que, pelo Abril Indígena, ocuparam o Congresso Nacional em ato contra a votação da PEC 215, que tem por objetivo não só dificultar o processo de demarcação de território, como também passá-lo para a competência do Poder Legislativo, espaço em que a representação indígena é praticamente inexistente, bem como os detentores do poder possuem interesses manifestos nas terras indígenas, vez serem financiados pelo agronegócio ou por uma pretensão civilizatória com a bancada evangélica. Demonstra-se, assim, que o Estado, em que pese pressuponha uma participação democrática, ainda não é capaz de garantir uma verdadeira interferência dos indivíduos na construção de leis mais justas e integrativas.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **Da violência**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. (Coleção Pensamentos Políticos).
- ARENDDT, Hannah. **A condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2004.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BRAGA, Isabel; SOUZA, André; JUNGBLUT, Cristiane. Em protesto, índios invadem plenário da Câmara. **O Globo**, Rio de Janeiro, 16 abr. 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/em-protesto-indios-invadem-plenario-da-camara-8127893>. Acesso em: 18 abr. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 maio 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 215/2000**. Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>. Acesso em: 16 jan. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 17 set. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 24 fev. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.543. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 6 nov. 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 out. 2014a.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.969. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 28 jun. 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 31 ago. 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 15 jun. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 29 maio 2014b.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.424/RS. Relator: Min. Maurício Corrêa, Julgado em: 17 set. 2003. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 mar. 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 32.262. Relator: Min. Roberto Barroso (dec. monocrática). Julgado em: 20 ago. 2013. **Diário da Justiça**

Eletrônico, Brasília, DF, 24 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição em Embargos Declaratórios n. 3.388. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em: 23 out. 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 4 fev. 2014c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Relator: Min. Ayres Britto. Voto do Min. Celso de Mello. Julgado em: 19 mar. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 1 jul. 2010.

BUZANELLO, Carlos José. Direito de resistência. **Sequência**, Florianópolis, v. 22, n. 42, 2001. doi: 10.5007/%25x. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1199-1213-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2019.

COSTA, Nelson Nery. **Teoria e realidade da desobediência civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil: direito fundamental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Multidão, guerra e democracia na era do Império**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Editora Record, 2012.

BOOK. [S. l.: s. n.], 2010. 1 vídeo (3 min). Publicado pelo canal Leer.

ÍNDIO é cidadão? Brasília, DF: [s.n.], 2014. 1 vídeo (52 min.). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=kWMHiwdbM_Q. Acesso em: 18 abr. 2019.

JORNAL Nacional: manifestações de junho de 2013. **G1**, Rio de Janeiro: Rede Globo, 2013. Disponível em: g1.globo.com/videos/t/manifestacoes/v/jornal-nacional-manifestacoes-de-junho-de-2013/3567019/. Acesso em: 5 maio 2020.

JUNHO de 2013: as manifestações nas manchetes do G1. **G1**, Rio de Janeiro: Rede Globo, 13 jun. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/junho-de-2013-as-manifestacoes-nas-manchetes-do-g1.ghtml>. Acesso em: 5 maio 2020.

LOPES, Danielle Bastos. **O movimento indígena na Assembleia Nacional Constituinte (1984-1988)**. 2011. 184 f. Dissertação (Mestrado em História Social) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: Ministério da Educação, 2006. (Coleção educação para todos).

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MUNDURUKU, Daniel. “Posso ser quem você é sem deixar de ser o que sou”: a gênese do movimento indígena brasileiro. *In*: LUCIANO, Gersem José dos Santos; HOFFMANN, Maria Barroso; OLIVEIRA, Jô Cardoso de (org.). **Olhares indígenas contemporâneos**. Brasília: Centro Indígena de Estudos e Pesquisas – Cinep, 2012. p. 104-118.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [OIT]. **Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes** [Convenção 169]. 27 jun. 1989. Disponível em: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C169>. Acesso em: 5 de mai 2020.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. **O estado pluriétnico**. 2014. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

ROCHA, Everardo Guimarães. **O que é etnocentrismo**. São Paulo: Brasiliense, 2009.

SANDEL, Michel. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria Geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Direitos indígenas e direitos à diferença: o caso do Morro do Osso em Porto Alegre. In: MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo (org.). **Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. In: GRUPIONI, Luís D. Benzi (org.). **Índios no Brasil**. Brasília: Ministério da Educação e Desporto, 1994. p. 153-168.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Porto Alegre: L&PM Editora, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos para uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.

Como citar: MONTEIRO, Michelle Alves; SANTOS, Luana Marina dos; SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Cardoso. Desobediência civil e (in)eficácia: uma análise do movimento indígena contra a PEC n. 215/2000. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 1, p. 144-162, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n1p144. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 17/01/2020

Aprovado em: 29/06/2020

*Mestra na área de Direito Internacional e Sustentabilidade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduada em Direito pela Faculdade Cenecista de Joinville (FCJ). E-mail: amandakburg@hotmail.com

**Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/MG); Doctor en Derecho Internacional Económico en la Universidad de Buenos Aires (UBA/ Bs. As.) Argentina; Mestre em Direito, na área de Instituições Jurídico-Políticas, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/SC); Especialista em Comércio Exterior e Integração Econômica no MERCOSUL pela FURG/RS; Graduado em Direito pela Unianchieta de Jundiá/SP e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG/RS); Especialista em Administração Universitária pela FURG/RS. Professor Titular credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC); Pesquisa Análise Econômica do Direito e Direito Econômico; Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento (CEJEGD) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ/UFSC). E-mail: evertong@vetorial.net

***Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Mestre em Economia pela UFSC. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) e Ciências Econômicas pela UFSC. Docente do Departamento de Ciências Econômicas da UDESC. Perito Economista. Vencedor do XVII Prêmio Catarinense de Economia. E-mail: lisandro.nishi@udesc.br

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA SOB A PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE MONETARY RESTATEMENT OF THE PUBLIC TREASURY DEBTS UNDER THE PERSPECTIVE OF THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT

Amanda Karolini Burg*
Everton das Neves Gonçalves**
Lisandro Fin Nishi***

Como citar: BURG, Amanda Karolini; GONÇALVES, Everton das Neves; NISHI, Lisandro Fin. Atualização monetária dos débitos judiciais da fazenda pública sob a perspectiva do supremo tribunal federal. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 163-177, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n1p163. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A atualização monetária tem como finalidade a preservação do poder de compra. Entretanto, em se tratando de débitos da Fazenda Pública, no Brasil, a atualização era realizada com uso da taxa de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR), que por sua natureza se apresenta como taxa de juros. Em termos econômicos e legais, a aplicação da TR era equivocada, pois a atualização monetária deve ser realizada com uso do instrumento adequado para tal finalidade, qual seja, índices de preço. Ocorre que, em setembro de 2017, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se a respeito da questão, opinando pela substituição da TR pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), em decisão que substituiu uma taxa de juros por um índice de preço nos débitos judiciais da Fazenda Pública. Este artigo tem como objetivo comprovar que a decisão do STF eliminou a falha existente, na medida em que o uso de taxas de juros como instrumento de correção monetária não é economicamente correto. Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, documental e de caráter explicativo. Concluiu-se que a decisão do STF, de substituir a TR pelo IPCA-E, eliminou o equívoco econômico na atualização dos débitos da Fazenda Pública.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Atualização monetária. Débitos da Fazenda Pública.

Abstract: The purpose of monetary restatement is to preserve purchasing power. However, in the case of Public Treasury

debts in Brazil, the monetary restatement utilized the basic rate remuneration of saving accounts (Referential Rate - TR), which is, by its nature, presented as an interest rate. In economic and legal terms, the application of the TR was a mistake, because the monetary restatement should be made using the appropriate instrument for that purpose, in this case, price indexes. In September 2017, the Federal Supreme Court (STF) manifested its opinion regarding the replacement of the TR by the Special Extended Consumer Price Index (IPCA-E) in a decision that replaced the Public Treasury judicial debts with a price index. This article aims to prove that the STF decision eliminated the existing flaw, since the use of interest rates as a monetary restatement instrument was not economically correct. For this reason, this study is bibliographic, documentary and explanatory in nature. This paper concludes that the STF decision, which replaced the TR with the IPCA-E, eliminated the economic error in updating the Brazilian Public Treasury debts.

Keywords: Federal Supreme Court. Monetary restatement. Brazilian Public Treasury Debts.

INTRODUÇÃO

A questão da atualização (ou correção) monetária, sem sombra de dúvida, está presente no cotidiano dos brasileiros. Todavia, a população em geral detém pouco conhecimento acerca do impacto da indexação monetária na evolução de dívidas. Além disso, o próprio escopo de se corrigir monetariamente valores pode não estar sendo aplicado da forma correta, por desconhecimento, ou até mesmo intencionalmente, com vistas à obtenção de ganhos financeiros em detrimento do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes envolvidas.

Outrossim, a utilização de taxas de juros como índice de correção monetária se apresenta problemática, uma vez que, por possuírem metodologias distintas de cálculo, as taxas de juros não guardam relação direta com a variação dos preços. Ou seja, não têm a força de preservar o poder aquisitivo da moeda. Pinho e Vasconcellos (2004) definem taxa de juros em termos do custo de oportunidade de reter moeda. Neste sentido, Nelson e Correia (2015) concordam que os saldos fundiários devem ser atualizados a partir de índices que reflitam a corrosão da moeda em decorrência da inflação, afirmando que a Taxa Referencial (TR) não é um índice com tal desiderato. O referido equívoco, consistente na opção de taxas de juros para fins de atualização monetária, pode gerar prejuízos monetários aos que deveriam estar sendo protegidos contratualmente ou por força de lei.

A questão é complexa, na medida em que o texto de norma cumpre seu papel, ao prever a aplicação de correção monetária, mas sua regulamentação, v.g., caminha em direção diversa, ao instrumentalizar tal correção com taxas de juros, fato que pode anular a intenção do legislador. Nesta direção, a doutrina da Análise Econômica do Direito, também conhecida como Direito e Economia tem papel fundamental. Carvalho e Jobim (2008, p. 240) ensinam:

O Direito e Economia, por outro lado, é uma vertente que se preocupa com as consequências advindas das normas jurídicas no sistema econômico, que reflete, em boa parte, o sistema social como um todo. Essas consequências podem ser boas ou ruins, mas existem, uma vez que o Direito intervém na realidade social. E por gerar consequências reais, muitas vezes as normas jurídicas, sejam leis, sejam decisões judiciais acabam gerando efeitos opostos àqueles originariamente pretendidos por seus emissores.

Outro ponto que merece destaque é o uso intencional de taxas de juros com o objetivo de reduzir o montante financeiro a ser pago em decorrência da correção monetária. Nestes casos, uma parte estaria se beneficiando financeiramente (e indevidamente), apropriando-se de valores que deveriam estar preservando o poder de compra da parte prejudicada.

Salienta-se que a mensuração da inflação é realizada por diversas instituições, como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), divulgando os índices de preço, como o Índice de Preço ao Consumidor Amplo (IPCA). Logo, nossa legislação e, conseqüentemente, os operadores do Direito, quando necessário, deveriam valer-se dos índices de preço para efetuar a atualização monetária, o que nem sempre ocorre.

Nesse sentido, em trabalho de Nishi (2015) concluiu-se que no período de 01/99 a 08/2015, a rentabilidade da TR não conseguiu cumprir a função de correção monetária no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Todavia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em acórdão publicado em 15 de maio de 2018, no âmbito do Recurso Especial nº 1614874, firmou a tese de que “a remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice” (BRASIL, 2018).

A questão é tão importante, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5090/DF (ADI 5090/DF)¹, cujo pedido consiste na declaração de inconstitucionalidade do art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/1990 (BRASIL, 1990) e do art. 17, *caput*, da Lei nº 8.117/1991, os quais impõem a utilização da TR para fins de correção dos depósitos nas contas vinculadas ao FGTS, por violação à Constituição Federal² (BRASIL, 2019). Ainda, tramita perante a Câmara de Deputado, entre outros, o Projeto de Lei nº 4.566/2008 que versa acerca da correção monetária do FGTS e aguarda manifestação do Senado Federal (BRASIL, 2008).

Ao considerar que casos semelhantes existem não somente no FGTS, mas em contratos privados e outros casos regidos por lei, é imperativo que se comprove a inadequação do uso de taxas de juros como forma de atualização monetária, pretendendo-se contribuir para afastar tais equívocos. Neste diapasão, em setembro de 2017, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 870947 (RE 870947), afastou o uso da TR como índice de correção monetária dos débitos judiciais da Fazenda Pública, em favor do IPCA-E (BRASIL, 2017).

Nesse cenário, o objetivo geral deste trabalho é comprovar que a decisão do STF eliminou um equívoco, na medida em que o uso de taxas de juros como instrumento de correção monetária não é economicamente adequado. São objetivos específicos: (i) apresentar o conceito e os tipos de juros; (ii) indicar o conceito de atualização monetária; e (iii) verificar a perspectiva adotada pelo STF acerca da matéria no âmbito do RE 870947. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, de caráter explicativo.

1 DO CONCEITO DE JUROS

A fim de analisar a decisão citada, proferida pelo STF, é essencial a apresentação de conceitos operacionais, tais como os conceitos de “juros” e de “correção monetária”. Assim, as primeiras seções desse trabalho se dedicam ao estudo de tais conceitos.

Para Guerra (2001), os juros são a remuneração do capital (na ótica de quem ofertou capital) ou o custo do capital (na ótica de quem tomou emprestado), também conceituados por Samanez (2010) como “a remuneração do capital empregado”, sendo expressos em unidades monetárias (ex.: R\$ 1.000,00).

1 Com previsão de julgamento para 06/05/2020.

2 Em especial, ao art. 5º, inciso XXII, que garante o direito à propriedade, ao art. 7º, inciso III, que dispõe sobre o FGTS e o art. 37, *caput*, que dispõe sobre a moralidade administrativa (BRASIL, 1988).

A taxa de juros, por sua vez, é a representação dos juros por unidade de tempo (ex.: 6% ao ano). Segundo John Maynard Keynes (1996) em sua obra “A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda”, publicada pela primeira vez em 1936, a referida taxa consiste na “recompensa pela renúncia à liquidez”, ou seja, em uma compensação por não se fazer uso do dinheiro no presente. Essa renúncia faz sentido, sendo um comportamento racional, apenas se o custo de abdicar de um consumo presente for recompensado no futuro. Esse benefício é adquirido com o recebimento dos juros.

Conforme Weber (2006), no princípio, os juros eram um fenômeno de direito aplicável ao estrangeiro, uma vez que não ocorriam dentro da comunidade de tribo, de linhagem ou de povoado. Antes mesmo da existência da moeda cunhada (que ocorreu na Grécia), registros históricos mostram que no Neolítico (por volta de 5.000 a. C.) o crédito se tornou importante, estimulando a acumulação de capital e o crescimento das cidades. Jantalia (2012) informa que geralmente o empréstimo era de grãos e metais, que eram devolvidos com acréscimo da coisa emprestada, configurando, desta forma, os juros.

Outrossim, a determinação do patamar dos juros segue a lei da oferta e demanda, ou seja, é determinada via mercado, salvo nos casos em que há determinação legal expressa. Basicamente, em um mercado competitivo, a taxa de juros vigente encontra-se na interseção das curvas de oferta e demanda (procura) de fundos emprestáveis, conforme se verifica no gráfico que segue:

Gráfico 1 - Oferta e Demanda de Fundos Emprestandáveis



Fonte: Elaboração Própria

Por meio deste gráfico percebe-se que, em um livre mercado, a taxa de juros vigente é função da oferta de moeda e da demanda de fundos emprestandáveis. Elevação da procura por fundos, por exemplo, quando ocorre uma elevação na renda das pessoas, eleva a taxa de juros. Igualmente, uma elevação no risco de ofertar crédito, por exemplo, em razão de uma recessão econômica, retrai a oferta, fato que eleva a taxa de juros. A razão de evidenciar esta teoria, é para esclarecer que os

juros estão relacionados com o funcionamento do mercado em questão, que impacta na oferta e demanda, ou seja, depende do risco do negócio, das expectativas dos agentes, entre outras variáveis.

A aplicação de taxas de juros no Brasil, contudo, tem sido objeto de várias controvérsias, sendo uma delas sua aplicabilidade como índice de correção monetária,³ inclusive devido ao fato de que há diversos conceitos relacionados a juros, fato que dificulta para a população em geral seu entendimento. Os tópicos que seguem explicitam alguns conceitos e leis, embora seja imprescindível ressaltar que não esgotam os assuntos, os quais são por vezes objeto de leis específicas, bem como de Súmulas dos Tribunais Superiores. Assim, as leis aqui apresentadas têm como único objetivo esclarecer melhor o entendimento dos conceitos relacionados a juros.

1.1 Dos juros remuneratórios

Os juros remuneratórios, também chamados de compensatórios, visam remunerar o capital. Trata-se de espécie de compensação devida em razão da utilização do capital pertencente a terceiro (GONÇALVES, 2014). Segundo João de Matos Antunes Varela (1999, p. 870 apud PEREIRA, 2006, p. 36):

Os juros remuneratórios são os frutos civis, constituídos por coisas fungíveis que representam o rendimento de uma obrigação de capital, a compensação que o obrigado deve pela utilização temporária de certo capital, sendo o seu montante em regra previamente determinado como uma fração do capital correspondente ao tempo da sua utilização, variando o seu montante em função do valor do capital devido, do tempo durante o qual se mantém a privação deste por parte do credor, e da taxa de remuneração fixada por lei ou estipulada pelas partes.

Inicialmente disciplinados pela Lei de Usura (BRASIL, 1933), os juros no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN) passaram a ser disciplinados nos termos da Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964 (BRASIL, 1964).

Nesse sentido, o art. 4º, inciso IX, da Lei nº 4595/1964 dispõe que compete ao Conselho Monetário Nacional, observadas as diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República, “Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil [...]” (BRASIL, 1964).

A fim de dirimir dúvidas frequentemente suscitadas a respeito dos juros no Brasil, vale a pena descrever a Súmula nº 596 do STF (BRASIL, [2006]), que prevê que “As disposições do Decreto nº 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional”.

³ Outras controvérsias que têm sido objeto de revisão judicial são a verificação da existência de juros abusivos e/ou anatocismo.

Embora a citada Súmula exclua do alcance do referido Decreto as instituições que integram o SFN, este ainda alcança as instituições não integrantes do SFN, como ocorre nos casos de financiamento direto com construtoras.

1.2 Dos juros de mora

Por sua vez, os juros de mora têm função penalizadora, sendo passível de aplicação quando do atraso da obrigação. Nas palavras de Gonçalves (2014, p. 382), os “*Moratórios* são os incidentes em caso de retardamento na sua restituição ou de descumprimento de obrigação”, podendo ser convenionados ou não, correndo a partir da constituição em mora do devedor.

A incidência dos juros moratórios já se encontrava prevista no Decreto nº 22.626 de 1933, que dispõe, em seu art. 5º, que “Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais” (BRASIL, 1933). Igualmente, perante o STJ, no âmbito da Súmula n.º 379, publicada em 05/05/2009, restou consignado que “Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convenionados até o limite de 1% ao mês” (BRASIL, [2009]).

1.3 Dos juros simples e compostos

Quanto à forma de capitalização dos juros, estes podem ser simples ou compostos. Os juros simples capitalizam os juros uma única vez, ao final do período de cálculo. Os juros compostos capitalizam os juros ao principal periodicamente, ou seja, os juros são agregados ao capital inicial, por exemplo, mensalmente ou anualmente. De acordo com Gonçalves (2014, p. 277), “Os *juros simples* são sempre calculados sobre o capital inicial. Os *compostos* são capitalizados anualmente, calculando-se juros sobre juros, ou seja, os que forem computados passarão a integrar o capital”.

Este conceito gera frequentes questionamentos, uma vez que o Decreto nº 22.626 de 1933 veda a capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano. Nesse sentido, consta no art. 4º do referido decreto que “É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano” (BRASIL, 1933). Esta vedação foi ainda objeto de análise pelo STF, o qual publicou a seguinte Súmula nº 121: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convenionada” (BRASIL, [1963]). Todavia, a Súmula nº 539 do STJ (2015), em decisão datada de 10/06/2015 esclarece que “É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada” (BRASIL, [2015]).

Em suma, tem-se que a capitalização de juros é permitida, inclusive em periodicidade inferior a um ano (diferentemente do expresso no Decreto nº 22.626 de 1933), em contratos celebrados com instituições integrantes do SFN, a partir de 31/3/2000, mas com a ressalva de que somente se expressamente pactuada.

1.4 Dos juros nominais e efetivos

A taxa de juro nominal, para Samanez (2010, p. 36), é “uma taxa referencial em que os juros são capitalizados (incorporados ao principal) mais de uma vez no período a que a taxa se refere.” Desta forma, é uma “*taxa declarada* ou *taxa cotada* que não incorpora capitalizações”, não representando, desta forma, o verdadeiro custo do capital. Este é encontrado na taxa efetiva, cuja fórmula segue:

$$1 + i_e = (1 + i_n / q)^q \quad (1)$$

Onde:

- i_e = Taxa de juros efetiva
- i_n = Taxa de juros nominal
- q = Quantidade de capitalizações

Exemplificando, na caderneta de poupança, os juros nominais são de 6% ao ano capitalizados mensalmente. Substituindo-se os dados na fórmula (1) temos:

$$1 + i_e = (1 + 0,06 / 12)^{12}$$

Multiplicando-se o resultado por 100 (para se ter a taxa em percentuais), encontra-se a taxa efetiva de juros de 6,17% ao ano. Este conceito também gera dúvidas, pois nem sempre os contratos esclarecem se uma taxa é nominal ou efetiva.

1.5 DOS JUROS NOMINAIS E REAIS

A taxa real de juros é conceituada em Gimenes (2009) da seguinte forma: “É o que realmente o investimento proporcionou de retorno, descontada a inflação do período em questão”. Sua fórmula de cálculo é apresentada a seguir.

$$(1 + i_n) = (1 + i_r) \times (1 + i_j) \quad (2)$$

Onde:

- i_r = taxa de juros real
- i_n = taxa de juros nominal
- i_j = taxa de inflação.

Exemplificando, supondo uma aplicação financeira em que a taxa nominal de juros é de 10% ao ano, e uma taxa de inflação no período de 5%, o ganho real desta aplicação é encontrado usando-se a fórmula (2):

$$(1+0,1) = (1+i_r) \times (1+0,05)$$

Isolando a taxa real de juros (i_r) chegamos na igualdade:

$$i_r = 1,0945 - 1 = 0,0476$$

Em percentuais, a taxa nominal (também chamada de aparente) é de 5%, e o ganho real da aplicação foi de 4,76%.

Uma menção à taxa real estava presente na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), art. 192, § 3º, já revogado pela EC 40/2003:

As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

O tópico que segue tem como objetivo entender a distinção entre juros e correção monetária.

2 DO CONCEITO DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

Atualização/correção monetária é um expediente que tem como objetivo atualizar um valor expresso em moeda, no tempo. Milone (2006) a entende como “o reajuste de valores monetários a partir de algum índice que expresse a variação média de preços de dada época e local.” Logo, atualização/correção monetária é um expediente que tem como objetivo atualizar um valor expresso em moeda, no tempo, não se confundindo, portanto, com os conceitos de juros.

Para Pinho e Vasconcellos (2004), a prolongada convivência com a inflação tem sido uma das características marcantes da economia brasileira e é associada à disseminação, desde meados da década de 1960, da chamada correção monetária. Para se fazer a atualização monetária, vários índices que medem inflação podem ser usados. A escolha do índice dependerá do objeto que terá o valor atualizado. Entre os índices brasileiros mais conhecidos estão o Índice de Preços ao Consumidor Ampliado (IPCA), o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), ambos calculados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); e o Índice Geral de Preços – Mercado (IGP – M), da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Tendo em vista que o índice escolhido pelo STF para substituição da TR foi o IPCA-E, será feita uma breve explanação a respeito do mesmo.

Segundo o IBGE (2018), O IPCA-E foi criado em dezembro de 1991 e, a partir de janeiro

de 1995, passou a ser divulgado trimestralmente. O IPCA-E é o acumulado trimestral do IPCA-15. O período de coleta de dados abrange, em geral, do dia 16 do mês anterior ao 15 do mês de referência e na abrangência geográfica. A população-objetivo do IPCA-15 abrange as famílias com rendimentos de 1 a 40 salários mínimos, qualquer que seja a fonte, residentes em 11 áreas urbanas, as quais são: regiões metropolitanas de Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba, Porto Alegre, além do Distrito Federal e do município de Goiânia.

Tabela 1- Ponderação do IPCA pelas Regiões Metropolitanas pesquisadas.

Áreas Pesquisadas	Peso
São Paulo	30,67%
Rio de Janeiro	12,06%
Belo Horizonte	10,86%
Porto Alegre	8,40%
Curitiba	7,79%
Salvador	6,12%
Recife	4,20%
Belém	4,23%
Goiânia	3,59%
Fortaleza	2,91%
Brasília	2,80%
São Luís	1,87%
Vitória	1,78%
Campo Grande	1,51%
Aracaju	0,79%
Rio Branco	0,42%

Fonte: Elaboração dos autores a partir de dados do IBGE (2020)

A Tabela 1 mostra que cada região possui importância distinta no cálculo. As diferenças de peso justificam-se segundo a população residente em cada região. Segundo o IBGE, Sudeste, Rio de Janeiro e Belo Horizonte possuem aproximadamente 39 milhões de habitantes, respondendo por quase 1/5 da população brasileira, o que explica o maior peso dessas regiões no cálculo.

3 DA SUBSTITUIÇÃO DA TR PELO IPCA-E, SOB A PERSPECTIVA DO STF

Inicialmente, é preciso esclarecer que correção monetária das dívidas da Fazenda Pública encontra-se disciplinada no art.1-F, da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997 (com redação dada pela Lei nº 11.960/ 2009), que dispõe que:

Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação

da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (BRASIL, 1997).

Salienta-se que, o índice oficial de remuneração básica aplicado à caderneta de poupança é a TR, uma taxa de juros.

Todavia, após julgamento do Recurso Extraordinário nº 870947, verifica-se que o STF afastou o uso da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária dos débitos judiciais da Fazenda Pública, mesmo no período da dívida anterior à expedição do precatório.

O Recurso Extraordinário nº 870947 foi interposto perante o STF pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em meados de 2015, contra decisão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que assentou que não caberia a aplicação da Lei n.º 11.960/2009 ao caso (referente ao benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal) quanto aos juros e correção monetária (BRASIL, 2017).

Em 17 de abril de 2015 a repercussão geral da matéria foi reconhecida (Tema 810). Posteriormente, o STF firmou a seguinte tese de repercussão geral:

1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina (BRASIL, 2020).

Em suma, de acordo com a decisão proferida pelo STF, tem-se que: (i) quanto aos juros de mora, a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n.º 11.960/1997 é parcial, não se aplicando à condenação da Fazenda Pública em relações jurídico-tributárias; e (ii) quanto à atualização monetária, é inconstitucional a determinação de correção das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, por se tratar de restrição desproporcional ao direito de propriedade, já que tal índice é incapaz de capturar a variação de preços da economia.

Conforme consignado nos autos do RE 870947/2019, “[...] índices de correção monetária

devem ser, ao menos em tese, aptos a refletir a variação de preços de caracteriza o fenômeno inflacionário, o que somente será possível se consubstanciarem autênticos índices de preços” (BRASIL, 2017). Ainda, tem-se que a correção monetária representa a mera recomposição do poder aquisitivo da moeda, em razão da inflação, não podendo ser predefinido. Por fim, indicou-se o IPCA-E como índice de correção, a fim de manter o entendimento esboçado nas ADIs de nº 4.357 e nº 4.425.

Nota-se a preocupação com a preservação do poder de compra, no momento em que se reconhece que a taxa da caderneta de poupança não é o instrumento adequado para captar a variação de preços da economia, como objetiva-se demonstrar. Em seu lugar, o índice de correção monetária sugerido foi o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), considerado mais adequado para recompor a perda de poder de compra, conforme demonstrou-se neste trabalho. Todavia, conforme foi demonstrado em Nishi (2015), como a variação da TR tem sido inferior à do IPCA, esta substituição impactará as contas do governo, em consequência da majoração de despesas: caso o governo seja deficitário, eleva-se o déficit; caso seja superavitário, reduz-se o superávit.

CONCLUSÃO

A atualização (ou correção) monetária é um instituto que visa preservar o valor da moeda, em razão da existência de inflação. Todavia, tem sido frequente o uso de taxas de juros para tal finalidade no Brasil, inclusive com previsão legal.

Em termos econômicos e metodológicos, a maneira correta de se efetuar atualização monetária é com uso de índices de preço, pois somente os índices de preço possuem metodologia de cálculo capaz de captar a variação dos preços. As taxas de juros, por visarem a remuneração do capital, relacionam-se com outros fatores, tais como o risco e prazo do investimento, e não guardam relação metodológica com a variação dos preços. Por este motivo, não são adequadas para serem usadas para fins de atualização monetária.

Desta forma, conclui-se que o uso de taxas de juros como instrumento de correção monetária é um equívoco que deve ser afastado da legislação, pois resulta no prejuízo a uma das partes, ao pagar mais (ou menos) do que deveria.

Em setembro de 2017, o STF manifestou-se a respeito deste assunto, mais precisamente no que tange aos débitos judiciais da Fazenda Pública. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 870947, decidiu pelo afastamento da TR, em favor do IPCA-E, como índice de atualização monetária.

Conclui-se que tal decisão, ao eliminar o uso de uma taxa de juros, no caso a TR, para fins de atualização monetária, corrigiu este equívoco na atualização dos débitos da Fazenda Pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **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: 15 jun. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4566/2008**. Dispõe sobre a remuneração das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS; estabelece regime de transição para o aumento dessa remuneração; altera a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990; e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=422415>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 22.626 de 07 de abril de 1933**. Dispõe sobre os Juros nos Contratos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1933. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.960 de 29 de junho de 2009**. Altera e acresce dispositivos às Leis nos 9.639, de 25 de maio de 1998, e 11.196, de 21 de novembro de 2005, para dispor sobre parcelamento de débitos de responsabilidade dos Municípios [...] e dá outras providências Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111960.htm. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990**. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm. Acesso em: 8 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997**. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recuso Especial nº 1.614.874 SC**. Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores em água, esgoto e meio ambiente do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 22 fevereiro 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549906499/recurso-especial-resp-1614874-sc-2016-0189302-7/decisao-monocratica-549906518>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 379**. Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2009]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/article/download/5552/5675>. Acesso em: 30 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 539**. É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2015]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27539%27\).sub.#TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27539%27).sub.#TIT1TEMA0). Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5090 (ADI 5090/DF)**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4528066>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 870.947**. Sergipe. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Reclamado: Derivaldo Santos Nascimento. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 20 setembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14080728>. Acesso em: 6 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 121**. É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1963]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2000>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 596**. As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2006]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2017>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tese com Repercussão Geral nº 810**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>. Acesso em: 6 jan. 2020.

CARVALHO, Cristiano; JOBIM, Eduardo. O direito tributário e a interpretação econômica do direito: deveres instrumentais, custos de conformidade e custos de transação. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GIMENES, Cristiano Marchi. **Matemática financeira com HP 12C e excel: uma abordagem descomplicada**. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

GUERRA, Fernando. **Matemática financeira através da HP12-C**. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2001.

IBGE. Índice nacional de preços ao consumidor amplo especial – IPCA-E. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/economicas/precos-e-custos/9262-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplo-especial.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 18 jun. 2018.

IBGE. **Nota técnica 01/2018**: abrangência geográfica. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos/9262-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplo-especial.html?=&t=notas-tecnicas>. Acesso em: 7 jan. 2020.

JANTALIA, Fabiano. **Juros bancários**. São Paulo: Atlas, 2012.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego do juro e da moeda**. São Paulo: Abril Cultural, 1996.

MILONE, Giuseppe. **Matemática financeira**. São Paulo: Thomson Learning, 2006.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; CORREIA, Marcos Vasconcelos. Fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS) – em busca da correção “justa”. **Revista de La Facultad de Ciencias Económicas – UNNE**, Chaco, n. 14, 2015. Disponível em: https://memoria.ifrn.edu.br/bitstream/handle/1044/767/revista_14_AyP_digital.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=75. Acesso em: 14 dez. 2017.

NISHI, Lisandro Fin. Análise econômica do projeto de lei que altera a remuneração do FGTS. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, Belo Horizonte, v. 13, 2015.

PEREIRA, Thiago Custódio. **A limitação dos juros remuneratórios nos contratos bancários**. 2006. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval (org.). **Manual de economia**. São Paulo: Saraiva, 2004.

SAMANEZ, Carlos Patrício. **Matemática financeira**. 5. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

WEBER, Max. **História geral da economia**. São Paulo: Centauro, 2006.

Como citar: BURG, Amanda Karolini; GONÇALVES, Everton das Neves; NISHI, Lisandro Fin. Atualização monetária dos débitos judiciais da fazenda pública sob a perspectiva do supremo tribunal federal. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 1, p. 163-177, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n1p163. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 09/01/2020

Aprovado em 01/05/2020

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA: A
DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS
DE GESTAÇÃO**

POLICY JUDICIALIZATION AND DEMOCRACY: THE
DECRIMINALIZATION OF ABORTION UNTIL THE THIRD
MONTH OF PREGNANCY

Jânio Pereira da Cunha*
Roberta Pessoa Moreira**

*Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado Acadêmico) e do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor de Direito Constitucional do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: janiopcunha@hotmail.com

**Mestranda em Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento pela UNICHRISTUS. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Bacharela em Direito pela UNIFOR. Analista Judiciária – Área Judiciária na Justiça Federal no Ceará, exercendo a função de assessora. E-mail: pessoa_roberta@hotmail.com

Como citar: CUNHA, Jânio Pereira da; MOREIRA, Roberta Pessoa. Judicialização da política e democracia: a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 178-199, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n1p178. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Investiga, de maneira descritiva e exploratória, se decisões judiciais acerca de temas sensíveis e polêmicos, no meio social, comprometem a democracia e, em caso positivo, quais as razões do enfraquecimento democrático. Recorre-se às pesquisas bibliográfica e documental sobre os temas aborto, judicialização da política e os reflexos desta na democracia. Mediante demanda empírica, o objeto de estudo é a ordem concedida no *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, baseada no voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal. Pretende-se obter resultado puro e qualitativo acerca da temática, sob a perspectiva de que o excesso de judicialização da política subverte a Constituição e desrespeita a soberania popular, já que juízes, não eleitos pelo voto, interpretam e se auxiliam de princípios para proferirem, muitas vezes, decisões discricionárias e arbitrárias. Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, ao conceder a ordem no *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, descriminalizou conduta prevista, objetivamente, no Código Penal, como crime e desrespeitou direito individual fundamental, o direito à vida, contido na Constituição Federal, com um considerável comprometimento da democracia. Sugerem-se maior diálogo entre os poderes e mais participação do povo no enfrentamento de aspectos complexos, cujas decisões dependem do debate popular para que se legitimem.

Palavras-chave: Judicialização da política. Democracia. *Habeas Corpus* nº 124.306/2016. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: It investigates, in a descriptive and exploratory way, whether judicial decisions on sensitive and controversial issues compromise democracy and, if so, what are the reasons for democracy's weakening condition. Bibliographic and documentary research on themes, such as abortion, judicialization of politics and its effects on democracy are examined. From an empirical standpoint, the object of study is Habeas Corpus nº 124.306/2016, specifically Minister Luís Roberto Barroso vote in the Brazilian Federal Court of Justice. This paper intends to obtain a pure and qualitative result on the theme, from the perspective that excessive judicialization of politics subverts the Constitution and disrespects popular sovereignty, since judges, not elected by the people, interpret, and rely on principles to make often discretionary and arbitrary decisions. This paper concludes that the Brazilian Federal Supreme Court, when granting the order in Habeas Corpus no. 124.306/2016, decriminalized a conduct objectively established by the Brazilian Criminal Code and disrespected a fundamental right, the right to life, protected by the Brazilian Federal Constitution. Such an act compromises the rules and legitimacy of democracy. Moreover, this study suggests that there needs to be greater dialogue between the three branches of government and more participation of the people to tackle complex questions, which depend on popular debate in order to be properly legitimized.

Keywords: Judicialization of politics. Democracy. *Habeas Corpus* nº 124.306/2016. Federal Court of Justice.

INTRODUÇÃO

São recorrentes, na sociedade, controvérsias morais e políticas, que tratam de assuntos sensíveis, e que costumam produzir opiniões diversas, como é o caso da temática do aborto. Sob a perspectiva da previsão constitucional da separação dos poderes, a deliberação acerca desses aspectos deveria ocorrer no âmbito do Poder Legislativo, onde se encontram os representantes da sociedade, eleitos pelo voto, a fim de serem respeitadas a democracia e a supremacia da Constituição.

É rotineiro, no entanto, o enfretamento de temáticas morais e políticas, que cuidam de assuntos sobejamente complexos, como se configura o aborto, pelo Poder Judiciário. Ocorre, assim, frequentemente o fenômeno denominado de judicialização da política. Foi o que aconteceu na ordem concedida no *Habeas Corpus* nº 124.306, de 29 de novembro de 2016. Nesse caso, fixou-se a ideia de que a conduta de interrupção gestacional, até o terceiro mês, não configuraria o crime de aborto, com base no voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, integrante da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF).

Discute-se, então, no tocante ao problema de pesquisa, se decisões judiciais que se reportam a temas sensíveis à sociedade, a exemplo da descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, comprometem a democracia e, em caso positivo, por quais razões sucede este enfraquecimento.

Parte-se, por oportuno, da premissa de que decisões proferidas pelo STF, como ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, se limitam a reduzido número de juízes, como também comprometem, invariavelmente, aspectos democráticos relacionados ao sufrágio universal pelo voto e a representatividade popular dele decorrente. Considera-se, ainda, a ideia de que uma melhor fundamentação das decisões judiciais sobre matérias políticas é relativa. Vale dizer, a utilização de precedentes, nem sempre, privilegia a inovação dos casos discutidos, bem como a utilização exacerbada de princípios e da interpretação judicial podem ser expedientes para decisões discricionárias e arbitrárias pelos juízes.

A matéria é relevante, pois é comum a busca pelo Poder Judiciário para solucionar contendas políticas controversas. Ademais, a temática do aborto, incluindo a que foi discutida no *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, que se limitou ao terceiro mês de gestação, é sensível e polêmica no meio social, provocando discussões em torno das subversões nas ordens democrática e constitucional, quando o assunto se assenta no âmbito judicial.

Debater argumentos assim, em meio acadêmico e com alcance social, permite que investigações relacionadas a este tema, mas com outros enfoques, sejam despertadas e enriqueçam a contribuição para os contornos e soluções acerca do excesso de judicialização da política pelo Poder Judiciário e as possíveis consequências dele advindo, tais como decisões arbitrárias e sem cariz democrático.

Do ponto de vista metodológico, efetiva-se o estudo por meio de pesquisa bibliográfica e documental, examinando-se os conteúdos em livros, revistas, artigos, revistas especializadas

e dados oficiais publicados na Internet. Desenvolve-se demanda empírica cujo objeto de estudo conforma o caso julgado no *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, que abordou tema de tanto relevo, qual seja, a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação.

Segundo a utilização dos resultados, a pesquisa é pura, pois tem como ponto fundamental a ampliação do conhecimento. Sua abordagem é qualitativa, porquanto baseada na apreciação, análise, entendimento e observação da bibliografia e dos documentos aos quais se recorreu. No concernente aos objetivos, a investigação resulta descritiva, pois focalizada na análise e registro temático, e é exploratória, haja vista a definição que se concede aos objetivos e à busca de mais informações pertinentes. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, uma vez que, desde a análise do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016 e da compilação teórica acerca da judicialização de temas políticos, intenta-se obter o resultado central do artigo em torno dos prejuízos democráticos ocorrentes quando sobrevém a judicialização da política.

Na segunda seção, deste artigo, procede-se a uma breve contextualização do ato impetratório do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016 no STF. No terceiro tópico, a seu turno, aborda-se o mérito do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, à luz do voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, momento em que se adentra a temática do aborto até o primeiro trimestre da gestação. Nesse ponto, frisa-se que não é objeto do artigo ora sob relação se posicionar sobre o início da vida e manifestar juízo de valor no que toca a interromper a gestação até seu terceiro mês. No quarto segmento, realiza-se um ligeiro levantamento teórico a respeito da resolução de problemas políticos pelo Poder Judiciário e o enfraquecimento da democracia. Retrata-se o excesso de poder do STF com a exacerbada judicialização da política, estabelecendo-se, pois, a devida relação com o *Habeas Corpus* nº 124.306/2016.

1 BREVE CONTEXTO DA IMPETRAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* Nº 124.306/2016

O *Habeas Corpus* nº 124.306, cujo julgamento pela primeira Turma do STF ocorreu em 29 de novembro de 2016, teve como relator o ministro Marco Aurélio Mello e voto-vista proferido, em 09 de agosto de 2016, pelo ministro Luís Roberto Barroso. A demanda refere-se a dois médicos, Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira, que mantiveram clínica de aborto e, inicialmente, foram presos em flagrante em 14 de março de 2013. O fundamento para o cárcere foi a suposta prática da conduta do aborto com o consentimento da gestante, fato tipificado no art. 126¹, do Código Penal, além do cometimento do crime de formação de quadrilha, à época

1 Os artigos 124 a 128, do Código Penal, dispõem sobre o crime de aborto, respectivamente, nestes termos: Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Aborto provocado por terceiro. Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debilmente mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Forma qualificada. Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário. I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

previsto no artigo 288², do Código Penal (BRASIL, 2016).

Em seguida, em 25 de fevereiro de 2014, os profissionais tiveram a prisão preventiva decretada, ocasião em que impetraram o *Habeas Corpus* nº 290.341, o qual não foi conhecido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob a relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura (BRASIL, 2016).

Em razão, portanto, de haver sido mantida a prisão provisória, os médicos impetraram o *Habeas Corpus* nº 124.306/2016 no STF, por meio do qual sustentaram que não havia os requisitos necessários para que fosse decretada a prisão preventiva, conforme estabelece o artigo 312³, do Código de Processo Penal. Justificaram que eram réus primários, com bons antecedentes, trabalho e residência fixa no local da culpa. Alegaram, ainda, que eventual condenação poderia ser cumprida em regime aberto e que não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes. Portanto, o encarceramento cautelar seria desproporcional e, por isso, pleitearam a invalidade da prisão preventiva (BRASIL, 2016).

Ainda com base na síntese da demanda, o ministro-relator Marco Aurélio deferiu a medida cautelar, em 8 de dezembro de 2014, em benefício dos médicos, estendida aos demais co-réus, em 27 de junho de 2015. Em 29 de novembro de 2011, proferiu-se a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por meio da qual não foi conhecida a impetração do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, mas a ordem foi concedida, de ofício, nos termos do voto do ministro Luís Roberto Barroso, acompanhado pelos ministros Edson Fachin e Rosa Weber (BRASIL, 2016).

Julgou-se, então, pela liberdade dos profissionais da saúde, uma vez que, mediante interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, o aborto, praticado voluntariamente até o terceiro mês da gestação, não configurava os crimes previstos nos arts. 124 a 126 do Código Penal. Os ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, também integrantes, à época, da Primeira Turma do STF, limitaram-se a discutir a legalidade da prisão preventiva sem adentrar o mérito da descriminalização do aborto (BRASIL, 2016).

2 ANÁLISE DO MÉRITO DO *HABEAS CORPUS* Nº 124.306/2016 À LUZ DO VOTO-VISTA DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

O ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto-vista, ao analisar o pedido dos pacientes do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, entendeu que inexistia o pressuposto da prisão preventiva, referente à ocorrência de fato típico penal, nos termos do artigo 312, do Código Penal, pois o aborto realizado até o terceiro mês de gestação não seria considerado crime. Para ele, a criminalização de uma conduta se amolda à Constituição Federal de 1988, quando protege um bem jurídico relevante, não corresponde ao exercício legítimo de um direito fundamental e há proporcionalidade entre a

2 Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

3 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

conduta realizada e a reação do Estado (BRASIL, 2016).

O referido Ministro fundamentou a ideia que a prática do aborto até o primeiro trimestre da gestação não configura crime, pois o entendimento contrário viola diversos direitos fundamentais da mulher, tais como a autonomia, a integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos, a igualdade de gênero, além de provocar discriminação social e produzir impacto desproporcional em relação às mulheres pobres (BRASIL, 2016).

Quanto à afronta ao princípio da proporcionalidade, no voto-vista analisado, concluiu-se que este princípio, por meio de seus elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, tem por fim assegurar razoabilidade substantiva, isto é, justiça efetiva, nas decisões proferidas. Desse modo, o Ministro explanou que, para se justificar a criminalização, seria necessária a devida tutela à vida do feto (elemento da adequação). No seu entendimento, porém, não é o que se verifica, na prática, pois há estudos demonstrando que o número de abortos costuma ser mais elevado em lugares onde a conduta é proibida. Ocorreria o aumento de abortos inseguros, sendo as mulheres de baixo poder aquisitivo as mais prejudicadas (BRASIL, 2016).

Ademais, expôs que o atendimento ao subprincípio da necessidade, relativamente à criminalização do aborto de fetos até o terceiro mês de gestação, consiste em não se dispor de meio que proteja a vida do nascituro e que seja menos restritivo aos direitos da mulher. Sustentou, ainda, que a descriminalização associada a políticas públicas que permitam a gestante tomar uma decisão refletida seria uma via de mais êxito (BRASIL, 2016).

Em relação ao atendimento da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, explicou que o custo-benefício entre a proteção do feto e a restrição aos direitos fundamentais da mulher deve se mostrar razoável. Aduziu, no entanto, que os direitos fundamentais da mulher são restritos e a proteção ao feto é ineficiente, uma vez que, com a criminalização, se verifica o aumento do número de condutas abortivas. Com base, então, no princípio da proporcionalidade aplicado à circunstância de interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação, o ministro Luís Roberto Barroso concluiu (BRASIL, 2016, p. 8):

O pressuposto do argumento aqui apresentado é que a mulher que se encontre diante desta decisão trágica – ninguém em sã consciência suporá que se faça um aborto por prazer ou diletantismo – não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente. Coerentemente, se a conduta da mulher é legítima, não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza.

O Ministro aduziu, ainda, que há duas posições em torno do início da vida. Uma delas sustenta que esta inicia na concepção e outra defende o ponto de vista conforme o qual, antes da formação do sistema nervoso central e da consciência, o que ocorre após o terceiro mês da gestação, não há plenamente vida, considerando que (BRASIL, 2016, p. 17):

Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao

arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

O artigo 5º, *caput*⁴, da Constituição da República, que integra o Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), prevê que a vida é direito inviolável. Tanto é assim que, conforme o artigo 60, §4º, inciso IV⁵, da Carta Magna, não é passível de deliberação a proposta de emenda que tende a abolir os direitos e as garantias individuais (BRASIL, 1988).

O instituto do aborto, por sua vez, está previsto no Título I (Dos crimes contra a pessoa), capítulo I (Dos crimes contra a vida), do Código Penal, precisamente, dos artigos 124 a 128 (BRASIL, 1940). Apenas no artigo 128, do Código Penal, há previsão de conduta abortiva sem criminalização – casos em que a prática é necessária, uma vez que não há outro meio para salvar a vida da gestante ou se a gravidez foi resultado de estupro e o ato é precedido de consentimento da gestante ou de seu representante legal, em se tratando de gestante incapaz (BRASIL, 1940).

Desse modo, a prática do aborto, até o terceiro mês da gestação, conforme os dispositivos expressos e objetivos do Código Penal, em coerência com a Constituição Federal de 1988, é considerada, do ponto de vista jurídico, fato típico, ilícito e culpável, já que não foi tratada como exceção. A ordem concedida no *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, portanto, configura mais uma hipótese de descriminalização do aborto sem expressa previsão legal, sob o fundamento de estar sendo realizada uma interpretação conforme a Constituição (STRECK, 2020).

Autoras como Mendes e Chiapeta (2017), coadunadas em relação à ideia do ministro Luís Roberto Barroso, expõem que o aborto inseguro, decorrência da procura de procedimentos clandestinos por gestantes, haja vista a criminalização da conduta, é uma das maiores causas de morte materna no Brasil. Além disso, com a descriminalização, garantem-se os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, já que estas podem escolher se continuam, ou não, com a gestação, sem interferência estatal. Portanto, postulam o argumento de que o Brasil deveria tomar como exemplo o Uruguai e Portugal, que legalizaram a prática do aborto até a décima segunda semana de gestação.

De igual modo, Cisne, Oliveira e Castro (2018) sustentam que a criminalização do aborto, até o terceiro mês de gestação, consiste em lesão ao princípio da proporcionalidade, uma vez que põe a formação do embrião em detrimento da vida da mulher. Expõem que se acentua a desigualdade de sexo, raça/etnia e classe, pois estudos apontam que mulheres negras e pobres, que vivem em países periféricos, são as mais vulneráveis a cometerem abortos inseguros e submeterem suas vidas a risco.

Por outro lado, os que são contra o aborto defendem, em síntese, a ideia de que a vida existe desde o momento da concepção e, em sentido contrário ao ponto de vista Barroso, Minahim e Rocha (2017, p. 21) explanam que, no HC nº 124.306/2016, a fim de tentar legitimar a prática

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

5 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

“[...] convocaram-se desconexas razões com o fim de levar o destinatário da mensagem a aceitar a argumentação de seu emissor”.

Os autores apontaram que foi utilizado o fundamento da autonomia, contemporaneamente dissociado da real dimensão do termo, contextualizado na história da filosofia Ocidental. Explicaram que, no voto em análise, o Ministro preceituou que a autonomia se refere à liberdade individual protegida pelo princípio da dignidade humana. Afirmaram, também, que, malgrado a dignidade humana pressupor a autonomia, o direito de fazer escolhas existenciais básicas e de tomar decisões morais sobre a direção da sua vida pressupõe a observância do que é moralmente aceito na sociedade (MINAHIM; ROCHA 2017).

Streck (2020) entende que o ministro Luís Roberto Barroso, ao se utilizar do princípio da proporcionalidade para justificar a sua decisão relativamente à licitude da interrupção da gravidez, no caso concreto analisado, até o terceiro mês da gestação, promoveu a simplificação da teoria de Robert Alexy (2017). O Ministro afirmou que estava ponderando o direito à vida potencial do feto e os direitos fundamentais da mulher, mas utilizou argumentos incoerentes e despreocupados em relação à integridade do sistema jurídico-constitucional. Com efeito, primeiro, foi proferida a decisão e depois se buscaram fundamentos (STRECK, 2020).

Mediante a Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy (2017), princípio é entendido como mandamento de otimização, o qual deve ser aplicado na maior medida, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas. Portanto, a proporcionalidade não é compreendida como princípio, mas configura uma máxima que determina o peso da colisão entre princípios. Dessa maneira, Streck (2020) alerta para o fato de que os tipos penais dos artigos 124 e 126, do Código Penal, na verdade, constituem regras e, por isso, devem ser aplicados por subsunção, valendo a regra do “tudo ou nada”, e não mediante ponderação, como se princípios fossem.

Na prática, na ponderação realizada pelo ministro Luís Roberto Barroso, ele pressupõe que, de saída, criminalizar o aborto, até o terceiro mês da gestação, é comprometer os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a autonomia da gestante e é incentivar a submissão de grávidas a procedimentos inseguros. Não foi, no entanto, confrontado, no voto, o peso entre os princípios da proteção à vida e da autonomia da gestante, levantando o questionamento sobre se a decisão não resultou, tão só, de uma concepção pessoal do julgador. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, proteger direitos incontroversos das mulheres, como os sexuais, os reprodutivos, a autonomia e as integridades física e psíquica, não implica, necessariamente, o poder de privar a vida de outra pessoa (STRECK, 2020).

Em relação ao lapso, o Supremo teria utilizado critérios diferentes, em duas oportunidades, para definir o início da vida humana. No momento da decisão pela descriminalização do aborto, resolveu que, até o terceiro mês, não há vida acabada. Já quando da discussão sobre células-tronco embrionárias na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510/2008, manifestou a ideia de que embrião consistiria no ser até o décimo quarto dia (BRASIL, 2008). A identificação com o outro contribui para a preservação do feto, de modo que, enquanto este não parece ter o formato de uma pessoa constituída, facilita o aniquilamento, pois “[...] trata-se de um princípio empático não

reconhecido ou declarado aparecendo como critério cronológico de mal disfarçada arbitrariedade” (MINAHIM; ROCHA, 2017, p. 34).

Vê-se, do exposto, que inexistente solução pronta e imediata para esta controvérsia. Termina por depender, muitas vezes, de uma escolha religiosa, filosófica ou científica de cada pessoa a respeito da vida. Nesse âmbito, é importante averiguar, então, se é adequada a resolução judicial de temáticas essencialmente morais e políticas, como a que envolve o aborto, do modo como ocorreu no *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, ora analisado, em relação aos aspectos democráticos da decisão.

3 DEMOCRACIA *VERSUS* JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O *HABEAS CORPUS* Nº 124.306/2016

Debate-se, a seguir, como ocorre a judicialização da política, relacionando-a com o objeto de estudo, que é o *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, e evidenciando as consequências dela provindas, com enfoque para a possibilidade de comprometimento da democracia.

3.1. Considerações sobre a judicialização da política e comprometimento da democracia

Constituição e Política são conceitos semanticamente indissociáveis, porquanto a Constituição entendida como Carta Política seja escrita ou não, delimita os poderes do governo, reúne as instituições do Estado que identificam o regime político, assim como expressa os princípios para a disputa política e estabelece as relações entre os cidadãos e o Estado (WANG, 2013).

Nas últimas duas décadas, houve uma crescente reaproximação entre o Direito Constitucional e a Ciência Política, pelo fato de o Judiciário ser um agente político quando interpreta e aplica normas, especialmente no controle de constitucionalidade, bem como em consequência da expansão global do Judiciário e da judicialização da política, que, recorrentemente, é bastante levantada nos debates públicos e acadêmicos (WANG, 2013).

A judicialização da política consiste na transferência dos poderes decisórios do Poder Legislativo ou do Poder Executivo para o Poder Judiciário, o qual difunde métodos de decisão fora da seara judicial propriamente dita, ou seja, proferem-se decisões sobre assuntos morais, matérias de política pública e controvérsias políticas (VALLINDER, 2012), onde se enquadra a celeuma do aborto.

A Constituição Federal brasileira é extensa e analítica, dotada de alta complexidade normativa e propicia a judicialização da política, na medida em que contém texto de natureza principiológica que nem sempre permite a extração de uma única e determinada interpretação, especialmente em questões políticas. Ademais, diante da inércia do Poder Legislativo e do Poder Judiciário e da ciência pela população quanto à ineficiência destes poderes no cumprimento dos programas constitucionais, ocorre a legitimação de uma postura mais ativa do Judiciário. No entanto, este espaço deveria ser ocupado pelo povo, pois a Carta Magna tem também mecanismos que permitem uma participação mais ativa da sociedade na consecução dos seus programas

constitucionais (BERNARDI; PIEROBONS, 2014).

Ao analisar o Direito comparado internacional, extrai-se o argumento de que a judicialização da política acolheu intensa influência ianque. Os Estados Unidos da América emergiram como superpotência democrática e ali se atribuiu grande poder e prestígio ao Judiciário por meio dos tribunais ordinários. Do mesmo modo, foi intensiva a ascendência do sistema austríaco, mediante tribunais constitucionais projetados por Kelsen (VALLINDER, 2012).

Quem defende a judicialização da política compreende que, algumas vezes, podem ser proferidas decisões ruins e que a prática não é democrática, já que as demandas complexas e polêmicas, social e politicamente, não passam pela apreciação do Poder Legislativo. Sustenta, entretanto, que o ponto de direito que lhe interessa, ou melhor, o cerne do conflito a ser resolvido, será enfrentado diretamente, compensando, assim, as desvantagens (WALDRON, 2010).

Opositores da judicialização da política, principalmente quando realizada sobre a legislação, como Waldron (2010), entendem que o modelo é inapropriado para a tomada de decisão final sobre aspectos difíceis e sensíveis em uma sociedade livre e democrática. E a razão disso é que o controle judicial de situações de teor moral ou, na terminologia de Waldron (2004), das divergências morais razoáveis e inelimináveis, apresenta-se, do ponto de vista democrático, politicamente ilegítimo.

A supervisão judicial, nesses casos, afrontaria os elementos centrais do autogoverno do povo, quais sejam: os princípios da participação, da igualdade (“um voto, um homem”), da “majoritariedade” (regra da maioria) e da autonomia (liberdade), principalmente em sociedades complexas, como as atuais, marcadas por ampla e profunda heterogeneidade social e, com efeito, uma pluralidade de ideias, concepções e teorias não apenas diversas, mas, não raro, também antagônicas, a respeito dos valores de justiça para fundamentar e também legitimar os bens jurídicos individuais e coletivos na sociedade (AURÉLIO, 2018; WALDRON, 2004).⁶

Para tanto, Waldron (2010) expressa que a essência da oposição ao *judicial review*, abstraída de suas consequências específicas, consiste no fato de que a judicialização da política não disponibiliza um meio para a sociedade debater matérias polêmicas envolvendo princípios e direitos, dado que se preocupa, constantemente, com ações secundárias em torno de precedentes, textos e interpretação. Além disso, limita-se a uma votação sobre algo mais complexo entre um pequeno número de juízes, rejeitando, assim, os princípios da representação da sociedade e da igualdade política entre os cidadãos.

O controle repressivo das leis e dos atos normativos que afrontam a Constituição são questões que, efetivamente, justificam ser abordados na via da judicialização da política, mas não matérias difíceis, controversas, moral e socialmente, e que envolvem políticas públicas, as quais provocam supressão da instância política originária e adequada. Além disso, torna inefetivos os princípios da separação dos poderes e da igualdade. A judicialização da política não contribui para a formação de cidadãos ativos nem para a construção da democracia (ALVES; MACHADO,

6 Para ampliar as críticas à ilegitimidade democrática da jurisdição constitucional, ver: John Hart Ely (2010); Ran Hirschl (2004); Larry Kramer (2004); Mark Tushnet (2000). Conferir, por outro lado, para defesa da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade: André Ramos Tavares (2005).

2016).

Em relação à realização das políticas públicas, o debate em torno das opções existentes cabe ao Poder Legislativo, também responsável por eleger qual medida deverá ser realizada pelo Poder Executivo. A constitucionalidade de uma política pública não deve ser controlada pelo Poder Judiciário, pois, na realidade, não estará ocorrendo um controle, mas sim uma deturpação democrática em razão do exercício, por juízes, de uma competência que não é sua (ALVES; MACHADO, 2016).

Para os críticos, então, atribuir assuntos morais complexos e difíceis ao Poder Judiciário não é garantia de efetiva resolução dos casos, porque o processo decisório judicial pode ser não menos corrupto ou preconceituoso do que o legislativo, de modo que não poderá fazer nada de magnitude considerável aos direitos das minorias se não houver o apoio da sociedade aos direitos da minoria (WALDRON, 2010). Assim, as objeções ao controle judicial dos temas morais e políticos podem ser resumidas em duas razões principais:

Primeiro, por ser questionável que um grupo reduzido de juízes constitucionais – que, tal como os parlamentares, toma decisões usando a regra da maioria – possa proteger melhor os direitos dos cidadãos do que os próprios cidadãos ou os seus representantes. E segundo, pelo déficit democrático implícito no deslocamento das decisões acerca dos direitos dos cidadãos das mãos dos seus legítimos titulares para as mãos de uma maioria não eleita de juízes que, contrariamente aos representantes, não tem que prestar contas aos cidadãos (ROSAS; THALER; GONZÁLEZ, 2018, p. 199-200).

Ao analisar a expansão do controle normativo pelo Tribunal Constitucional Alemão, Maus (2000) associou o Poder Judiciário à figura da imagem paterna na Psicanálise, na medida em que concentrou os principais aspectos morais e políticos da sociedade, a qual, por sua vez, é órfã do Poder Legislativo, no tocante ao controle e à regulação das relações sociais e políticas.

Na intelecção de Maus (2000), a moralidade pública passou a ser exercida pelo modelo judicial de decisão, baseada em elaboração jurisprudencial de valores, em cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e outros parâmetros abertos, que se tornaram mecanismos de desvinculação da letra da Constituição, meios em que se substituem princípios e se formam normas suprapositivas.

A alteração da abordagem hermenêutica, ao deixar a Corte Constitucional de, tão somente, aplicar o Direito positivo e passar a utilizar fundamentos de ordem moral, insculpida em ideais de garantia judicial de liberdade e de adoção de principiologia na interpretação constitucional, para Maus (2000), pode encobrir intenções judiciais de domínio, irracionalidade e arbítrios que cerceiam a autonomia das pessoas e a soberania popular. Afinal, o Direito aplicado não é o votado pelo Poder Legislativo, representante da vontade popular e da soberania, mas o que o Poder Judiciário entende como aplicável, ou seja, decidem-se assuntos moralmente relevantes sem apreciação de qualquer teste de legitimidade democrática.

Maus (2000, p. 129), ainda, chama a atenção para o grave problema da ausência de

controle social que a supremacia judicial em matérias morais ocasiona nos Estados democráticos de Direito:

Quando a justiça ascende ela própria a condição de mais alta instância da sociedade passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social; controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização político-democrática. No domínio de uma justiça que contrapõe um direito ‘superior’, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e à sociedade é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

Nessa mesma linha de crítica à expansão do poder judicial, o guardião da Constituição deve ser, segundo Carl Schmitt (2007), uma instância independente e político-partidariamente neutra. Não se deve, todavia, entregar todas as matérias políticas para a Justiça, estruturada no funcionalismo de carreira, pois a consequência política é a afronta ao princípio democrático, com o perigo de constituir-se uma ditadura principiológica, uma “aristocracia de toga”⁷.

Com efeito, a Corte Constitucional, ao exercer o controle de constitucionalidade e deter o monopólio de definir o conteúdo e os limites das normas constitucionais, equipara-se ao próprio Poder Constituinte. Em que pese a ideia de que o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário é meio de garantia da separação dos poderes, o exercício desta atividade, por quem não é amparado por uma legitimidade popular, **não satisfaz os requisitos de uma teoria democrática** moderna (LIMA, 2003).

A judicialização da política constitui, pois, problema quando ocorre de modo incontido e desmesurado, formulando decisões desarrazoadas, submetendo a risco o equilíbrio com os demais poderes. Sucede a igual, quando avança em matérias subsumidas à reserva legal ou àquelas de competência e deliberação da instância política. Acontece de semelhante modo, ao serem proferidas, por magistrados, decisões extravagantes ou emocionais sobre matérias políticas (MANCUSO, 2015).

Conforme expõe Lima (2003), a judicialização da política acarreta a domesticação da soberania popular, uma vez que **não há intervenção do povo no modo de funcionamento e na escolha dos membros do Poder Judiciário, enquanto o poder que esta instituição tem para mudar** as diretrizes do governo é amplo e praticamente incontrolável. Além disso, a capacidade dialógica dos tribunais com a sociedade a respeito de temas políticos e sociais é menor do que a dos espaços do Poder Legislativo.

3.2. Judicialização da Política no Supremo Tribunal Federal e o Habeas Corpus nº 124.306/2016

As decisões do STF se tornaram públicas e mais acessíveis à população, em virtude das constantes manchetes em jornais, dos debates acadêmicos, da difusão em meios como “TV Justiça” e internet, tornando a população acostumada ao fato de matérias importantes, de natureza

7 Para Carl Schmitt (2007), a neutralidade e a independência comparecem à figura do presidente do Reich, o chefe de Estado, por este fazer parte de um sistema edificado com uma base plebiscitária, eleito pelo povo, conforme a Constituição de Weimar.

política, moral e econômica, serem decididas por um tribunal composto por 11 pessoas, nas quais não votaram e que utilizam linguagem de natureza técnica, muitas vezes, de entendimento difícil para quem não é da área do Direito (VIEIRA, 2008).

A expansão da autoridade de tribunais, como o STF, em matéria de política, é consequência direta da globalização econômica, em meio à transnacionalização dos mercados, de que é a instituição mais confiável para garantir a segurança jurídica, a previsibilidade e a estabilidade das relações. Nesse sentido é a ponderação de Rocha (2009, p. 135):

[...] essa solução de fechamento de espaços de democracia foi adotada antes em relação ao Legislativo, quando os representantes das classes populares começaram a ser eleitos para os parlamentos. O sistema capitalista para impedir que seus interesses econômicos fossem submetidos a debates e decisões por parlamentares contrários ao mercado, adotou a estratégia de esvaziar o Congresso, criando órgãos supostamente técnicos e por ele controlados para decidir sobre seus interesses, como o Banco Central, as agências reguladoras independentes, os conselhos monetários etc.

Ocorre, também, a retração do sistema representativo em razão da incapacidade de cumprir as promessas de justiça e de igualdade por parte dos poderes políticos, leia-se, Executivo e Parlamento, o que transfere ao Judiciário a posição de último guardião dos valores civilizatórios e democráticos (VIEIRA, 2008); ou, na lição de Norberto Bobbio (2004), das promessas não cumpridas da Modernidade, ante a reduzida ou nula efetividade dos ideais universais de igualdade, liberdade e fraternidade apregoados pelas revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX, nomeadamente a Revolução Francesa.

Além disso, a concentração de poder no STF decorre de a Constituição Federal de 1988 ser juridicamente ambiciosa, dotada de amplo catálogo de direitos e garantias fundamentais e de complexo e sofisticado sistema de controle de constitucionalidade, e do fato de seus dispositivos expressarem desconfiança do constituinte e da sociedade nos poderes políticos representativos, de modo que cabe ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, apenas, implementar a vontade do poder constituinte positivada na Constituição, ao passo que ao Judiciário remansa consagrado o ofício de ser o guardião da Carta Magna (VIEIRA, 2008, 2018).

A Constituição da República (1988) tem um compromisso maximizador, ao regulamentar, pormenorizadamente, ampla seara de relações sociais, econômicas e públicas. Por meio da promulgação da Carta de 1988, constitucionalizou-se o Direito, houve explosão da litigiosidade constitucional e, desse modo, qualquer movimento mais brusco dos legisladores ou dos administradores termina em um incidente constitucional no Supremo Tribunal Federal, fortalecendo, assim, a denominada “supremocracia”, que, na explicação de Oscar Vieira (2008, p. 445), se refere,

[...] em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil. Nesse sentido,

finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo [...]. Em segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. [...] Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. [...] tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo escolhas majoritárias.

Em defesa da atuação do STF, Luís Roberto Barroso (2015) explana que a democracia vai além da mera expressão numérica de quantidade de votos, pois abrange uma dimensão substantiva que incorpora a preservação de valores e de direitos fundamentais e há, ainda, uma dimensão deliberativa, caracterizada pelo debate público, pelos argumentos e a persuasão.

O Ministro aduz que, conquanto se haja denominado de *teoria contramajoritária*, ou, na nomenclatura de Alexander Bickel (1986), *dificuldade* contramajoritária, o fato de seis votos, no universo de 11 ministros, que não se elegeram por meio de voto, sobrepujarem-se à interpretação da Constituição realizada por políticos democraticamente eleitos, o Supremo exerce essa função com razoabilidade e parcimônia, pois não se pode afirmar que os atos legislativos correspondem à vontade majoritária em seu aspecto substantivo. Acrescenta, ainda, que foram as crises de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo que contribuíram para a expansão do Poder Judiciário e, precisamente, do STF (BARROSO, 2015).

Os fatores são associados ao fato de parlamentares, para serem eleitos, terem de alcançar prestígio e apoio que podem agregar interesses particulares. Já no Poder Judiciário haveria melhor representação ou independência, pois juízes passam por concurso público e, no caso dos ministros, a maioria é composta por egressos de carreiras jurídicas. Ademais, as decisões judiciais precisam ser motivadas e, então, jamais podem ser totalmente discricionárias (BARROSO, 2015).

A realidade, no entanto, demonstra que, como consequência da judicialização da política e da concentração de poder no STF, a Constituição Federal de 1988 teria perdido força jurídica. Por isso se questiona se a Carta Magna não significou, à extensão do tempo, mera ilusão e não se sabe ao certo seu futuro, pois, na advertência de Bello, Bercovici e Lima (2019, p. 1802).

Infelizmente, a Constituição de 1988 não fará parte de qualquer que seja o caminho para a resolução da atual crise nacional, pois ela perdeu o potencial de limitar e orientar a composição e dinâmica das relações políticas e sociais. De tanto ser desrespeitada a céu aberto, seja pelo golpe jurídico-parlamentar-midiático de 2016, seja por reiteradas decisões contrárias ao seu texto tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelos falsos argumentos de ‘governabilidade’ que tanto utilizam nossos auto intitulados juristas, ficou só a folha de papel, descolada dos fatores reais de poder.

Acerca de decisões com efeitos vinculantes proferidas pelo STF, Lopes Filho (2016, p.

75) destaca como a Corte se acha livre em relação aos outros poderes constitucionais e até aos precedentes proferidos pelo próprio Tribunal:

Na mesma medida em que pretende consolidar, sobre instâncias inferiores, a imposição de decisões obrigatórias, paradoxalmente, o Supremo Tribunal Federal e os tribunais superiores adotam em seus julgamentos atitudes que os põe livre de vinculação mais rígida, seja ao Legislativo, seja aos costumes ou mesmo à doutrina. A intenção de um controle rígido da discricionariedade judiciária só se faz mais firme sobre o nível intermediário para baixo. Nos escalões superiores, ela não só é aceita, mas também é exortada por suas decisões. As camadas mais altas, portanto, veem sua atividade ou sob enfoque do positivismo normativista – com a margem de liberdade intangível pelas regras – ou pela perspectiva teórica do neoconstitucionalismo brasileiro, com amplos poderes de ponderação, interpretação e controle sobre os enunciados legislativos e constitucionais.

As pessoas, em convívio coletivo, obrigam-se a posicionarem-se em torno dos embates sociais e, formado o seu consenso sobre o assunto, buscam positivá-lo por meio do Estado, no intuito – não só – do reconhecimento do Direito, mas também da proteção deste, a exemplo do que ocorreu na decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306 (PACHECO, 2017).

A ordem concedida, em 2016, no sobredito *Habeas Corpus*, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao seguir o voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, que foi favorável a que fosse interrompida a prenhez até o terceiro mês sob o fundamento dos direitos à igualdade, à autonomia, e à liberdade de reprodução da mulher, foi ativista e arbitrária, uma vez que ultrapassou os limites constitucionais do Poder Judiciário. Houve, também, violação da cláusula pétrea do direito fundamental à vida, bem como ocorreu usurpação da competência do Poder Legislativo, na medida em que a descriminalização do aborto requer amplo debate nos espaços públicos de deliberação aberta, plural e democrática, em especial, no Parlamento (GARCIA, 2017).

Quando o STF decide matérias políticas, muitas vezes sem observância aos limites da Constituição Federal, formula decisões não democráticas, já que resolvida por seus membros, que não foram eleitos e, por sua vez, não são representantes do povo. A propósito, explana Saboia (2018, p. 341):

O STF ao interferir com frequência em questões políticas de grande relevância social tende a atuar em um espaço que não está reservado a ele, impedindo discussões necessárias por aqueles que representam o povo soberano, o que fere a democracia, haja vista que os órgãos do Poder Judiciário não passaram pelo crivo popular (não foram democraticamente eleitos), desse modo não estariam legitimados para decidir questões sociais e políticas que repercutirão em toda a sociedade.

Em uma democracia, para a legitimidade de uma decisão sobre assuntos morais relevantes e controversos, o procedimento e seus *modi operandi* importam tanto quanto o conteúdo sobre

o qual se decide. Nesse raciocínio, o aborto é, provavelmente, um dos temas mais sensíveis à sociedade brasileira e, portanto, demanda um debate abrangente e democrático, antes de se firmar uma conclusão. Questiona-se, desse modo, por qual motivo é atribuída esta temática ao Supremo, como ocorreu no caso do *Habeas Corpus* nº 124.306 (GERVASONI; DIAS, 2017).

Em decorrência da relação inversamente proporcional entre protagonismo judicial e democracia, discute-se uma via baseada em uma relação entre jurisdição constitucional e instâncias majoritárias, em que seja possível um diálogo constitucional entre o Judiciário e os outros dois poderes (LEITE, 2017).

Leite (2017) explica o modelo dialogal do autor Bickel (1986), por meio do qual expressa que o diálogo é estabelecido quando as cortes atuam com prudência e autocontenção para resolver controvérsias constitucionais, mas também quando ocorre o ativismo judicial, entendido como a expansão dos poderes decisórios de uma corte em detrimento do espaço de deliberação das instituições político-representativas, uma vez que funcionará como estímulo às interações institucionais. O autor também se reporta ao modelo canadense, que propõe a implantação de um controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, mas com mecanismos que permitam seja revertida a decisão judicial pelas instâncias legislativas, o que superaria o prejuízo democrático.

O modelo do diálogo orienta-se nas premissas de que as decisões judiciais são merecedoras de respeito, mas não devem ser exaltadas como a melhor resolução; que a teoria do diálogo se arrima numa relação de paridade entre cortes e Parlamento; todos que vivem em um contexto regulado por uma Constituição, direta ou indiretamente, são intérpretes desta Constituição, e que o diálogo não exige uma atuação adversária do Parlamento, ao ponto em que, mesmo o aceite da solução judicial pelo legislador constitui uma modalidade de interação dialógica (LEITE, 2017).

Já se fala também no constitucionalismo popular, que consolida a supremacia da vontade do povo e prima pela aproximação entre o cidadão e a Constituição. Entende-se, assim, que todos os que vivem sob a vigência de uma Constituição podem interpretá-la. O papel do povo se daria mediante engajamento cultural, manifestação de preferências e conferência de legitimidade à ação de outros agentes populares, sempre associado à releitura crítica da Constituição (GOMES, 2013). No caso do Brasil e da atuação do STF, foi apresentada no Congresso, em 2011, a Proposta de Emenda nº 33⁸ (PEC 33/2011), por meio da qual se propõe “[...] um tipo de controle de natureza política (parlamentar e popular) para o Supremo Tribunal Federal”. (CUNHA, 2019, p. 347).

Sucintamente, mencionada proposta aumenta o *quorum* para a declaração de inconstitucionalidade e edição de súmula vinculante para quatro quintos de votos dos membros; permite que o Congresso delibere, em 90 dias, sobre o efeito vinculante de súmula; dispõe ao Congresso a manifestação por três quintos de seus membros acerca do efeito vinculante e eficácia contra todos de emendas à Constituição; proporciona consulta popular quando o Congresso se manifesta contrariamente a emendas constitucionais e proíbe medida liminar de suspensão de

8 A ementa da PEC nº 33/2011 assim dispõe: “Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição”. (BRASIL, 2011).

eficácia de emenda à Constituição (CUNHA, 2019).

A eventual aprovação da PEC 33/2011 provocará, conforme o referido autor, “[...] autêntica democratização da jurisdição constitucional, na medida em que a interpretação final sobre o que é Constituição passaria a ser dos representantes populares ou, diretamente, do próprio povo” (CUNHA, 2019, p. 347). Ademais, não há violação ao princípio da separação dos poderes com um controle maior do Poder Judiciário pelo Poder Legislativo, acontecendo, ao contrário, instabilidade no arranjo político-institucional quando o Poder Judiciário não é, de modo algum, controlado e atua de maneira desmedida em torno de assuntos políticos (BERCOVICI; MONT’ALVERNE, 2014).

A PEC 33/2011 coaduna-se, pois, com o entendimento de que o legítimo guardião da Constituição e, conseqüentemente, das matérias políticas e de teor moral que se instauram na sociedade, é, em último grau, o povo e não um poder constitucional (Executivo, Legislativo ou o Judiciário) isoladamente considerado (CUNHA, 2019).

Com base no modelo do diálogo de Bickel (1986), aliado às noções do constitucionalismo popular (GOMES, 2013) e às orientações da PEC 33/2011 (BRASIL, 2011), o voto-vista proferido no HC 124.306/RS representou exemplo emblemático de judicialização da política com amplo e intenso ativismo judicial. Além de tratar de assunto moral e sensível no meio social, o que deveria ensejar discussão popular antes de uma tomada de decisão, em nenhum momento, se justificou o critério numérico de três meses para permitir a interrupção da gravidez (STRECK, 2020).

O apego a argumentos de política, por membros do Poder Judiciário, oferece margem para decisões de acordo com preferências pessoais. Com efeito, do ponto de vista de uma racionalidade jurídica, a decisão em análise foi desprovida de coerência e de integridade sistêmica no tocante ao emprego da ponderação no voto do ministro Luís Roberto Barroso, porque os direitos expressos em regras (artigos 124 e 126, do Código Penal), compreendidos como normas obrigatórias, não se ponderam.

Adite-se ainda, o fato de que uma das mais debatidas celeumas da decisão é a discussão política que a envolve em torno do critério do terceiro mês, da liberação para procedimentos clandestinos, porque o Sistema Único de Saúde, por si, não atenderia a demanda de todas as mulheres até o terceiro mês de gestação (certamente a gravidez evoluiria sem que a grávida conseguisse atendimento a tempo, em razão da alta demanda numérica na rede pública). Diversos outros pontos, entre os apontados na seção 3, também ensejam controvérsias em razão de envolverem aspectos morais e políticos que, quando tratados ordinariamente pelo Poder Judiciário, subvertem princípios centrais da democracia (STRECK, 2020).⁹

9 Lenio Streck (2018, p. 178), em outro artigo, discorre sobre a ideia dworkiana da “responsabilidade política dos juízes” no sistema constitucional democrático: “[...] a responsabilidade política dos juízes é decidir de modo a reconhecer direitos e não criá-los a partir de argumentos subjetivos ou políticos no sentido retratado anteriormente (o tipo de decisão articula, concomitantemente, argumentos de princípio e argumentos de política, são as decisões legislativas). Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas Leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais, etc. Só que estas, depois que o Direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) – não podem vir a corrigi-lo”.

CONCLUSÃO

Pontos relevantes, sensíveis ao meio social, como a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, são frequentemente discutidos no âmbito do Poder Judiciário, a exemplo do *Habeas Corpus* nº 124.306, em conformidade com o voto-vista proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso, na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Os argumentos de que os membros do Poder Judiciário são mais preparados intelectualmente, além de possuírem imparcialidade, autonomia e independência, são carentes de veracidade, pois dissociados do contexto democrático. A bem da verdade, ocorre grave comprometimento da democracia quando querelas morais e políticas são resolvidas no âmbito judicial.

No Supremo Tribunal Federal, onde existem apenas 11 ministros, bastam seis votos a favor de uma corrente para se resolver demandas complexas, como foi o caso do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, com a ressalva de que os julgadores são membros que não foram eleitos pelo voto nem são controlados e responsabilizados pela sociedade e, portanto, não representam, legitimamente, o povo.

Ademais, nítida é a ausência da discussão social e consideração dos anseios populares para a solução dos casos, ocorrendo o constante perigo de, mediante a justificativa de utilização excessiva de princípios, como o da proporcionalidade, serem proferidas decisões arbitrárias e antidemocráticas. Sob o fundamento de dar melhor interpretação à Constituição, na realidade, esta não é respeitada e o Poder Judiciário termina por legislar, sem a devida observância à separação, à independência e à harmonia dos poderes públicos.

No caso concreto do *Habeas Corpus* nº 124.306/2016, que envolveu tema bastante polêmico e sensível – o aborto – haja vista as divergências em torno do momento do início da vida e de aspectos filosóficos e religiosos formadores de opiniões diversas e, muitas vezes, opostos, o povo não teve chance de participação ativa e democrática. Simplesmente, decidiu-se o assunto, por maioria do STF, adotando-se desfecho não previsto no Código Penal, tampouco na Constituição Federal de 1988.

Não há plena garantia, porém, no âmbito do Poder Judiciário, de que as decisões para os casos complexos e difíceis, envolvendo matérias morais e políticas, estarão isentas de discricionariedade e de interferências pessoais, institucionais e políticas. Também não se desconsidera que um dos motivos da intensa judicialização da política ocorre em razão da falta de confiabilidade da sociedade no Poder Legislativo, assim como pelo fato de as pessoas não se sentirem fielmente representadas e de os próprios parlamentares eximirem-se de discutir e deliberar temas bastante polêmicos para evitarem a impopularidade política.

No âmbito de um panorama conturbado e da crise político-institucional que o Brasil enfrenta, é relevante a busca do diálogo entre os poderes e de mecanismos de interpretação da Constituição pelo povo, como meio de tentar equilibrar a relação institucional entre os poderes do Estado.

O que não se pode considerar é, pois, a realidade imposta de que a judicialização da

política é a solução para todos e quaisquer problemas difíceis, pertinentes à moral e à política, haja vista que o excesso de poder no âmbito judicial subverte a ordem constitucional e política, com sério abalo democrático, pois, além de comprometer o arranjo político-institucional do País, leia-se, os princípios da separação, autonomia e independência dos Poderes públicos, o povo resta desprovido do direito de participar, com subversão do postulado democrático da soberania popular.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- ALVES, Fernando de Brito; MACHADO, Edinilson Donisete. Democracia e judicialização da política: problematizando as decisões judiciais sobre direitos sociais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 3, p. 13-46, dez. 2016. ISSN 1980-511X. DOI 10.5433/1980-511X.2016v11n3p13.
- AURÉLIO, Diogo Pires. Regimes democráticos: virtualidades e contradições. *In*: NEVES, Maria do Céu Patrão; PINTO, António Costa; SOUSA, Luís de (coord.). *Ética aplicada: política*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2018. p. 93-110.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 5, n. esp., p. 24-50, 2015.
- BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne. O fim das ilusões constitucionais de 1988? **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470/26483>. Acesso em: 21 jan. 2020.
- BERCOVICI, Gilberto; MONT'ALVERNE, Martonio. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC Nº 33/2011. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, 2014.
- BERNARDI, Renato; PIEROBONS, Flávio. A constituição do Estado e da sociedade: uma análise da força normativa da constituição brasileira de 1988. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 9, n. 1, p. 55-72, 2014. DOI 10.5433/1980-511X.2014v9n1p55.
- BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 21 jan. 2020.
- BRASIL. Congresso Nacional. **PEC 33/2011 Proposta de Emenda à Constituição**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/>

fichadetramitacao?idProposicao=503667. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro**. Direito Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão Preventiva. Ausência dos Requisitos para sua Decretação. [...]. Pate (s): Edilson dos Santos. Pate (s): Rosemere Aparecida Ferreira. Impte (s): Jair Leite Pereira. Coator(a/s) (es): Superior Tribunal de Justiça. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de agosto de 2016, p. 1-49. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3510 DF**. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em Bloco do Art. 5º da Lei Nº11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Partes: Procurador-Geral da República, Presidente da República, Advogado-Geral da União, Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, Centro de Direito Humanos - CDH, Eloisa Machado de Almeida e outros, Movimento em Prol da Vida - MOVITAE, Luís Roberto Barroso e outro, ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Donne Pisco e outros, Joelson Dias, Confederação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, Ives Gandra da Silva Martins e outros. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510%2ENUME%2E+OU+3510%2EA-CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y57utzcx>. Acesso em: 29 jan. 2020.

CISNE, Mirla; OLIVEIRA, Giulia Maria Jenelle Cavalcante de; CASTRO, Viviane Vaz. Aborto inseguro: um retrato patriarcal e racializado da pobreza das mulheres. **Revista Katálisis**, Florianópolis, v. 21, n. 3, p. 452-470, 2018.

CUNHA, Jânio Pereira da. **Democracia e direito**: o controle judicial de constitucionalidade da política. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARCIA, Keyla Lacerda de Oliveira Magalhães. Comentários ao *Habeas Corpus* 124.306/2016: Decisão da primeira Turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês da gestação atípico. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, v. 3, p. 1-17, 2017.

GERVASONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe da Veiga. Jurisdição constitucional e a questão do aborto a partir do HC 124.306/RJ. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1280-1315, 2017.

GOMES, Juliana Cesário Alvim Gomes. Constitucionalismo popular, constitucionalismo popular mediado e constitucionalismo democrático: características, modelos e contribuições para o debate brasileiro. In: FILLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2013.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

- KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York, NY: Oxford University Press, 2004.
- LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne B. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUSA NETO, Cláudio Pereira de Souza; BERCOVICCI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. (org.). **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 199-261.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 58, p. 183-202, 2000.
- MENDES, Sofia; CHIAPETA, Ana Paula Pessoa Brandão. Assertivas sobre a descriminalização e legalização da interrupção voluntária da gravidez no Brasil. **Científica Univiçosa**, Viçosa, v. 9, n. 1, p. 794-798, 2017.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora; ROCHA, Alexandre Sergio da. Aborto: entre autonomia e empatia. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, BA, v. 12, n. 3, p. 17-37, 2017.
- PACHECO, Thawana Alves. A democracia como fenômeno gerador de conflitos sociais e seus efeitos em um cenário de crise político-jurídica. In: CONGRESSO RONDONIENSE DE CARREIRAS JURÍDICAS, 1., 2017, Porto Velho. **Anais [...]**. Porto Velho: Faculdade Católica de Rondônia - FCR, 2017. p. 4-17.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.
- ROSAS, João Cardoso; THALER, Mathias; GONZÁLEZ, Iñigo. Filosofia política. In: GALVÃO, Pedro (org.). **Filosofia: uma introdução por disciplinas**. São Paulo: Edições 70, 2018. p. 175-213.
- SABOIA, Jéssica Ramos. A atuação política do Supremo Tribunal Federal e a (in) compatibilidade com a democracia brasileira. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 335-347, 2018.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O aborto e o explícito ativismo judicial. *In*: TORON, Alberto Zacharias (org.). **Decisões controversas do STF: direito constitucional em casos**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 221-230.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

VALLINDER, Tobjörn. A judicialização da política: um fenômeno mundial. *In*: VALLINDER, Tobjörn; HIRSCHL, Ran; FERREJOHN, John; NEWELL, James L.; MOREIRA, Luiz; GARDBAUM, Stephen; GRIFFIN, Stephen; KREIDE, M. Regina. **Judicialização da política**. Tradução de Adauto Villela. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 12-25.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, p. 441-464, 2008.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *Judicial Review*. Tradução de Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. *In*: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2010. p. 93-157.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WANG, Daniel W. Liang. Introdução. *In*: WANG, Daniel W. Liang (org.). **Constituição e política na democracia: aproximação entre Direito e Ciência Política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 11-22.

Como citar: CUNHA, Jânio Pereira da; MOREIRA, Roberta Pessoa. Judicialização da política e democracia: a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 1, p. 178-199, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n1p178. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 29/01/2020

Aprovado em 22/09/2020

RESENHAS|REVIEWS

MARICATO, Ermínia. Formação e impasse do pensamento crítico sobre a cidade periférica Em: **O impasse da política urbana no Brasil**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

**A CIDADE PERIFÉRICA E AS INFLUÊNCIAS TEÓRICAS DA NOVA ESCOLA DO URBANISMO
BRASILEIRO**

THE PERIPHERAL CITY AND THEORETICAL INFLUENCES OF BRAZILIAN'S NEW SCHOOL OF
URBANISM

Rodolfo Carvalho Neves dos Santos¹

Como citar: DOS SANTOS, Rodolfo Carvalho Neves. MARICATO, Ermínia. Formação e impasse do pensamento crítico sobre a cidade periférica Em: O impasse da política urbana no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 200-202, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p200. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Tem como objetivo apresentar as influências teóricas da chamada “Nova Escola do Urbanismo” responsável por proporcionar novas abordagens acadêmicas sobre a questão urbana no Brasil a partir da perspectiva da cidade periférica. Apresenta-se as duas matrizes teóricas que serviram de influência ao movimento: os marxistas franceses e os intérpretes sociais brasileiros, com destaque para Celso Furtado e Francisco de Oliveira. Parte-se do balanço feito por Ermínia Maricato em capítulo denominado “Formação e Impasse Do Pensamento Crítico Sobre A Cidade Periférica”, que integra livro de sua autoria com o título “O impasse da política urbana”, obra em que a autora avalia o ciclo de lutas e conquistas nos campos social, político e acadêmico que teve início durante a ditadura militar, mas que, após a criação do Ministério das Cidades, em 2003, chega ao “fim do ciclo”.

Palavras-chave: Política Urbana. Cidade Periférica. Nova Escola do Urbanismo.

Abstract: It aims to present the theoretical influences of the so-called “New School of Urbanism” responsible for providing new academic approaches on the urban issue in Brazil from the perspective of the peripheral city. The two theoretical matrices that served as influence for the movement are presented: French Marxists and Brazilian social interpreters, with emphasis on Celso Furtado and Francisco de Oliveira. It starts from the balance made by Ermínia Maricato in a chapter called “Formation and Impasse Of Critical Thinking About The Peripheral City”, which integrates a book of her authorship with the title “The impasse of urban politics” where the author evaluates “cycle” of struggles and conquests in the social, political and academic fields that began during the military dictatorship, but which, after the creation of the Ministries of Cities, in 2003, announced the moment of “the end of the cycle”.

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

Keywords: Urban Policy. Peripheral City. New School of Urbanism.

O conceito de cidade periférica vai além do estudo da metrópole e das grandes cidades como denúncia da pobreza urbana; deseja-se estudar as cidades a partir das condições e estruturas próprias da periferia do capitalismo, isto é, apresentando o espaço urbano como relações sociais (MARICATO, 2011, p.102-105).

Ermínia Maricato (2011, p. 99-169), no capítulo denominado a “Formação e Impasse do Pensamento Crítico Sobre a Cidade Periférica” em seu livro “O Impasse Da Política Urbana”, publicado em 2011, apresenta um balanço sobre a produção acadêmica que teve como objeto de estudo a realidade urbana brasileira dos últimos 40 anos, destacando que nesse período formou-se, no Brasil, a chamada Nova Escola do Urbanismo, “que alimentou a militância urbana e as gestões públicas democráticas nesse período” (MARICATO, 2011, p. 11), além de ter contribuído “para uma nova formulação teórica sobre a metrópole na periferia do capitalismo” (MARICATO, 2011, p. 102).

Este movimento foi responsável por pensar a questão urbana inserida na especificidade do capitalismo periférico brasileiro, tendo como influência duas matrizes teóricas principais: os teóricos marxistas franceses e os intérpretes sociais brasileiros (MARICATO, 2011, p. 121).

A primeira fonte teórica, os marxistas da Escola Francesa de Sociologia Urbana, propunham-se a dar mais destaque à realidade urbana como ela é, e não como ela deveria ser. Entre os expoentes mais influentes teve-se, Christian Topalov, que se dedicava ao estudo da propriedade imobiliária e dos promotores imobiliários como influenciadores da produção do espaço urbano; Jean Lojkine, que desenvolveu estudo sobre a teoria da urbanização capitalista, Alain Lipietz, que estudou a renda imobiliária; além de Edmond Preteceille e Henri Coing, que estudaram os conjuntos habitacionais (MARICATO, 2011, p. 122-125).

A segunda fonte de influência teórica para interpretação da cidade brasileira foram os próprios autores nacionais. Entre eles, haviam aqueles que estudaram as especificidades do capitalismo periférico, traçando uma teoria geral sobre quais as características essenciais acerca da inserção do Brasil no mercado internacional; outros, que se dedicaram ao estudo da originalidade da sociedade brasileira em suas raízes de formação. A autora destaca o trabalho de Caio Prado Jr., Celso Furtado, Raymundo Faoro e Antonio Cândido naquilo que chamou de “esforço obsessivo de buscar esquemas interpretativos sobre a realidade brasileira”, além de Francisco de Oliveira, este, em especial, sendo aquele que proporcionou a “chave” metodológica mais eficaz para explicação da cidade brasileira (MARICATO, 2011, p. 126-127).

Segundo Maricato (2011, p. 128-130), Francisco de Oliveira e Celso Furtado proporcionaram uma nova interpretação da sociedade brasileira, apresentando categorias importantes para compreensão da cidade periférica. Celso Furtado é responsável por analisar a questão do desenvolvimento a partir da relação de dependência; Francisco de Oliveira, por seu turno, denuncia o dualismo até então presente na interpretação da realidade brasileira como tentativa de explicar o atraso econômico e as desigualdades sociais (o subdesenvolvimento) e a

anúnciação de que sua superação estava atrelada à modernização e integração dos setores atrasados ao processo de industrialização. A denúncia se deve ao fato de que, segundo Francisco Oliveira, a condição de subdesenvolvimento não decorre de uma polarização ou uma etapa de atraso, mas de condições e estruturas afetas ao rebaixamento do preço da força de trabalho e do restrito mercado de bens de consumo básico (como moradia e alimentos). Nessa mesma linha de crítica também figuram Paul Singer e Milton Santos.

Outro elemento importante para explicação da sociedade brasileira e da realidade urbanística é a existência de uma “burguesia retrógrada” que deu à tônica ao processo de urbanização do Brasil, principalmente por intermédio do aparelho estatal, mantendo-se as raízes da sociedade escravocrata, patrimonialista, patriarcal e clientelista. Esta condição influencia diretamente na forma como a legislação urbanística brasileira não é efetivamente aplicada em determinados espaços urbanos: há um grande corpo regulatório, mas um escasso aparato fiscalizatório, sujeito às influências diversas, como práticas clientelistas. Essa sociedade é explicada a partir das obras de Florestan Fernandes, Sergio Buarque de Holanda e Gilberto Freyre, que também servem de fonte teórica para a referida escola (MARICATO, 2011, p. 130-135)

Como arremate, o que a autora anuncia como fim do ciclo, tem como cenário a constatação de que apesar dos avanços e conquistas nos âmbitos acadêmicos, institucionais e democráticos, não se pôde verificar a correlata diminuição das desigualdades nas cidades, sendo que, neste aspecto, as conquistas mostraram-se como incapazes de alterar efetivamente a realidade social marcada pela pobreza.

No campo teórico, esta constatação da discrepância entre o que a realidade do que se estudava e aquilo que era academicamente produzido, escancarou a necessidade de se deixar de lado “ingenuidade” promovida pelas teorias desenvolvimentistas de superação do atraso pela superação da condição de subdesenvolvimento. A política econômica adotada pelo país e os efeitos da globalização na sociedade brasileira, propiciaram cada vez mais a deterioração das condições urbanas, como, por exemplo, o aumento da taxa de desemprego e a diminuição de arrecadação de impostos, as quais somavam-se às políticas de ajustes fiscais impossibilitavam uma efetiva solução para os problemas urbanos de moradia, emprego e saneamento. (MARICATO, 2011, p. 145-151)

Para superação desta condição, a autora sugere apostar em uma juventude que esteja ao lado de movimentos e ONGs, mas que não percam sua independência e crítica como outrora ocorreu, somada a revisita ao pensamento crítico da Escola Brasileira de Urbanismo, que apesar de antiga e chamada de clássica, “aborda questões não resolvidas até os dias atuais” (MARICATO, 2011, p. 162-168)

Como citar: DOS SANTOS, Rodolfo Carvalho Neves. MARICATO, Ermínia. Formação e impasse do pensamento crítico sobre a cidade periférica Em: O impasse da política urbana no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 200-202, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p200. ISSN: 2178-8189.

RESENHA|REVIEWS

MARX, Karl; BENSALD, Daniel. **Os despossuídos**: debates sobre a lei referente ao furto de madeira. Trad. Nélio Schneider e Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2017.

OS DESPOSSUÍDOS: DEBATES SOBRE A LEI REFERENTE AO FURTO DE MADEIRA

THE DISPOSSESSED: LAW DEBATES REGARDING THE THEFT OF WOOD

Vitor Gabriel Garnica¹

Como Citar: GARNICA, Vitor Gabriel. Os despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira. Trad. Nélio Schneider e Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2017. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 1, p. 203-205, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p203. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A resenha do livro *Os despossuídos*, da editora Boitempo, traz à baila discussão sobre o Direito, o Estado e a propriedade privada. O livro é dividido em dois artigos. O primeiro é do autor Daniel Bensaid (2007), o qual trata sobre reflexões do texto original de Karl Marx e contém observações e reflexões importantes preparatórias para o segundo artigo contido no livro, da autoria de Marx. Busca-se, portanto, estabelecer a conexão entre ambos os textos e a importância que representam para o ramo jurídico no qual é proposto. Em suma, o livro traz aspectos e comentários sobre a Lei de Furto de Madeira na Alemanha e sobre os debates ocorridos durante sua tramitação na Dieta Renana em 1842, bem como aspectos sobre propriedade privada, Direito e Estado que perpassam a crítica contida nos autores.

Palavras-Chave: Crítica ao Direito; Lei do Furto de Madeira; Despossuídos.

Abstract: The review of the book *The Dispossessed* by Boitempo publishes a discussion on Law, State and Private Property. The book is divided into two articles. The first is by the author Daniel Bensaid (2007), in which he deals with reflections from Karl Marx's original text, containing important preparatory observations and reflections for the second article contained in the book. Therefore, it seeks to establish the connection between both texts and their importance for the legal branch of which it is proposed. Summary, the book brings aspects and comments about the Wood Theft Law in Germany and its debates during its processing in the Diet Renana in 1842, aspects about private property, law and the State permeate the criticism contained in the authors.

Keywords: Criticism of Law; Wood Theft Law; The dispossessed.

Os despossuídos, da Editora Boitempo, publicado em 2017, trouxe dois artigos a respeito da reflexão entre propriedade privada, Estado e direito. O primeiro é do filósofo francês Daniel Bensaid (2007), que faz considerações e reflexões preparatórias para o segundo artigo do texto

¹ Mestrando do Programa de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Bolsista pela CAPES. Endereço eletrônico: vitorgarnica@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5990451598884333>.

original de Karl Marx. Toma-se, enquanto ponto de partida, o debate da Lei referente ao Furto de Madeira na Alemanha em 1842 e também, as críticas que os autores levantam sobre o uso do Direito e do Estado na proteção da propriedade privada. Assim, revela-se a instrumentalização jurídica em prol de interesses privados; no caso em tela, dos proprietários florestais em detrimento dos pobres, em condição de miséria, coletores de madeira.

A razão desta resenha ser de grande valor à esta revista jurídica, é tratar sobre o direito enquanto instrumento para operacionalizar os interesses de uma classe sobre a outra (proprietários x coletores). Evidencia-se uma discussão rica ao ramo jurídico ao compreender a política estatal enquanto garantidora do interesse particular sobre o interesse público. Ora, discussão essa, que se evidencia nos dias de hoje. Constata-se na análise feita por Bensaïd que as estruturas jurídicas do século XIX se perpetuam até os dias de hoje, sendo uma obra importante para compreender a Teoria Geral do Direito e do Estado.

O artigo, “Os despossuídos: Karl Marx, os ladrões de madeira e o Direito dos Pobres”, de Daniel Bensaïd, é dividido em três partes e busca, sobretudo, contextualizar o momento histórico dos escritos da Gazeta Renana de 1842 (primeira parte), além da crítica ao direito (segunda parte). Outro ponto que vale destacar é sobre a contemporaneidade que o autor traz da discussão do século XIX para os dias de hoje (terceira parte).

Na primeira parte, o autor destaca a formação de uma nova forma de sociabilidade derivada das revoluções liberais baseada no idealismo hegeliano. A passagem do antigo regime para o capitalismo comercial necessitava de novas formas e instrumentos para efetivar a troca de mercadorias; nesse contexto, a formação dos Estados e o direito se conformam de forma a consolidar esse novo regime de acumulação e mercantilização. Diante dessa nova conjuntura, a definição de propriedade privada toma proporções para além do Direito Natural, pois a própria natureza está contida na propriedade privada. Outro efeito seria a quantificação do delito em pena, essa passagem se refere a como que o Direito Consuetudinário do pobre ao colher madeiras para a sua sobrevivência torna-se um crime segundo a Dieta Renana. Nesse ponto, o autor tece críticas ao Direito Consuetudinário ao servir os interesses dos proprietários florestais: se o costume não os beneficia, alega-se o Direito Formal do furto ao invés da coleta. Por fim, o autor destaca o papel do Estado, ao disponibilizar o monopólio da violência para a garantia dos direitos privados, uma vez que os efetiva utilizando os recursos públicos, tais como o sistema de fiscalização (agente público) e o próprio judiciário a fim de assegurar a relação contratual e a subjetividade jurídica da igualdade.

Já a segunda parte retoma a discussão da revolução inglesa enquanto potencializadora do fenômeno da propriedade privada por meio da ficção jurídica. Destaca-se a diferença entre posse e propriedade: enquanto a primeira é um fato, a segunda é construída por meio normativo. Relação essa perpassada para a apropriação do trabalho humano e o regime da acumulação.

Por fim, a terceira parte traz reflexões sobre o processo de acumulação capitalista nos dias de hoje, via mercado financeiro, e as noções de propriedade (intelectual e material). Assim, a mesma lógica é perpassada por outras condicionantes. O Estado continua a fomentar e a proteger o conhecimento em níveis privados (patentes), assim como a apropriação do meio ecológico. Conclui o autor, então, sobre a diferença entre a propriedade individual e a privada, que reside na apropriação dos bens para fins egoísticos (privada), enquanto a individual sugere a distribuição da produção e do saber sem aferir na individualidade dos sujeitos.

Parte-se para a análise do artigo de Karl Marx, “Debates sobre a Lei Referente ao Furto de Madeira”, publicado pela Gazeta Renana no ano de 1942. Destaca-se que Marx era recém-formado em Direito, escreve primeiramente sobre a Liberdade da Imprensa, sendo esse artigo a segunda publicação do autor. Frisa-se que o texto é dividido em cinco suplementos que visam elucidar o uso de bens coletivos (madeira) em crime, a discussão se passa durante o trâmite da Lei na Dieta Renana (uma espécie de assembleia da Renânia – cidade natal de Marx).

Nos cinco suplementos escritos sobre a discussão da Lei do Furto de Madeira, o autor primeiramente busca trazer a tipificação do delito e da pena. Em suma, a lei apresentava uma pena para os coletores de madeira (inclusive de natureza morta, aqueles ramos que não estavam mais presos às árvores) em propriedades florestais que antes eram garantidas pelo costume do Direito Consuetudinário, mas passa-se a configurar um tipo penal. Marx é incisivo em suas críticas pela troca da polarização dos verdadeiros criminosos, uma vez que o direito em sua ficção altera esses polos, pois “a população vê a pena, mas não vê o crime, e justamente por ver a pena onde não há crime não verá crime onde houver a pena” (MARX, 2017, p. 82).

Outro ponto de grande destaque é a utilização jurídica dos direitos, uma vez que “se esses direitos consuetudinários da nobreza são costumes contrários ao conceito de direito razoável, os direitos consuetudinários da pobreza são direitos contrários ao costume do direito positivo” (ibidem, p. 87). Em suma, o direito a ser positivado seria contra a condição vital de um grupo de pessoas que viviam da coleta, o que Marx constata que seria uma afronta aos próprios princípios do Direito. Por fim, a denúncia é latente ao incorporar o Estado aos interesses privativos. Denuncia-se que “a imparcialidade é a forma, não o conteúdo da sentença” (ibidem, p. 124). Portanto, o direito é uma defesa dos interesses de uma minoria já privilegiada, condena os que não tem acesso. Torna-se instrumento de legitimação da própria condição de exploração de uns sobre os outros, do privado sobre o coletivo.

Como Citar: GARNICA, Vitor Gabriel. Os despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira. Trad. Nélio Schneider e Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2017. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 1, p. 203-205, mar. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n2p203. ISSN: 2178-8189.