

DESENVOLVIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

*COLETÂNEA DE
ESTUDOS EM
COMEMORAÇÃO AOS 5
ANOS DO PROGRAMA
DE MESTRADO EM
DIREITO NA FDRP-USP*

COORDENADORAS: FABIANA CRISTINA SEVERI E FLÁVIA TRENTINI

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO DA USP
2019

**DESENVOLVIMENTO
NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE
DIREITO:
*COLETÂNEA DE
ESTUDOS EM
COMEMORAÇÃO AOS 5
ANOS DO PROGRAMA
DE MESTRADO EM
DIREITO DA FDRP-USP***

COORDENADORAS: FABIANA CRISTINA SEVERI E FLÁVIA TRENTINI

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO DA USP

2019

Copyright © 2019
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo

COORDENAÇÃO

Fabiana Cristina Severi e Flávia Trentini

REVISÃO TÉCNICA

Fabiana Cristina Severi - FDRP/USP
Janaína de Oliveira Serra
Gabriela de Oliveira Leal

PROJETO GRÁFICO

André Victor e Ana Cecília

APOIO

CEDD - Centro de Estudos em Direito e Desigualdades da USP
FADEP – Fundação para o Desenvolvimento do Ensino e da Pesquisa em Direito
Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.
Universidade de São Paulo.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito: coletânea de estudos em comemoração aos 5 anos do Programa de Mestrado em Direito da FDRP-USP / coordenadoras: Fabiana Cristina Severi e Flávia Trentini. -- Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2019.

754 pp. 17 x 24 cm

Vários autores.

ISBN: 978-85-62593-33-8

1. Ensino jurídico. 2. Pesquisa jurídica. 3. Pós-graduação (Direito).
4. Estado de Direito. I. Severi, Fabiana Cristina. II. Trentini, Flávia. III.
Título.

CDD 340

Elaborada por Ednéia S. Santos Rocha (CRB8 7288)

12 APRESENTAÇÃO

Fabiana Cristina Severi e Flávia Trentini

16 DIREITO À CIDADE: UM PLENO DIREITO DE CIDADANIA

Laís Gonzales de Oliveira
Cynthia Soares Carneiro

36 SEGURANÇA PÚBLICA, PODER DE POLÍCIA E GUARDA MUNICIPAL: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 13.022/2014

Camila Maués dos Santos Flausino
Cláudio do Prado Amaral
Yago José do Couto Oliveira

54 LEGITIMIDADE E INTERESSE RECURSAL NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Fernando Antônio Oliveira
Camilo Zufelato

86 MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A ATUAÇÃO ADVOCATÍCIA: CAPACITAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DA CONSENSUALIDADE NA PRÁTICA PROFISSIONAL

Cárita Martins Pellegrini Carizzi
Paulo Eduardo Alves da Silva

106 CRISE IMOBILIÁRIA BRASILEIRA: A TRANSFERÊNCIA DE RENDA PELOS “DISTRATOS” E CRÉDITOS PODRES

Maria Paula Costa Bertran
Iara Pereira Ribeiro

134 MIGRAÇÃO INTERNACIONAL E DIREITO AO TRABALHO NO BRASIL

Letícia Ferrão Zapolla
Maria Hemília Fonseca

150 RELAÇÕES DE TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS: DESAFIOS AO DIREITO DO TRABALHO A PARTIR DO ESTUDO DE CASO DA UBER NOS TRIBUNAIS REGIONAIS TRABALHISTAS BRASILEIROS

Natalia Marques Abramides-Brasil
Jair Aparecido Cardoso

180 JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE CARTOGRÁFICA DE MODELOS DECISÓRIOS

Jair Aparecido Cardoso
Radson Rangel Ferreira Duarte

208 POLÍTICA E DESENVOLVIMENTO: RELEVÂNCIA ESTRATÉGICA DO PODER LEGISLATIVO NO ESTADO DE DIREITO

Márcio Henrique Pereira Ponzilacqua
Hugo Rezende Henriques

228 RECONHECIMENTO DOS GASTOS COM A FORMAÇÃO DE CULTURAS PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO DO IRPJ

Guilherme Adolfo Mendes

Lucas Issa Halah

250 SIMPLES NACIONAL: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS EXCLUSÕES SETORIAIS

Guilherme Adolfo Dos Santos Mendes

280 IMPUTACIÓN MORAL ORIENTADA A LA VÍCTIMA COMO PROBLEMA DE IMPUTACIÓN OBJETIVA*

Eduardo Saad-Diniz

Gustavo de Carvalho Marin

312 O PAPEL DO RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO PARA PROMOVER O DESENVOLVIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Joyce Santos de Oliveira

Fabiana Cristina Severi

330 A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA RESOLUÇÃO CONJUNTA N. 01/2014 DO CONSELHO NACIONAL LGBT E DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (CNPCCP)

Rubens Beçak

Marcela Alves Palis de Vasconcelos

348 A DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA BASEADA NA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Rubens Beçak

Guilherme de Siqueira Castro

368 AS REDES SOCIAIS E O PROCESSO POLÍTICO BRASILEIRO: LIMITES E POSSIBILIDADES DE UMA DEMOCRACIA CONECTADA

Rubens Beçak

Bruna de Sillos

384 A AUTONOMIA MUNICIPAL NO SÉC. XXI: DESDOBRAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA E A EFETIVA CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA ATRAVÉS DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Rubens Beçak
Rodrigo Crepaldi Perez Capucelli

401 AS FUNÇÕES DO REGULADOR DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Thiago Marrara
Allan Fuezi De Moura Barbosa

422 LICITAÇÕES INTERNACIONAIS: REGIME JURÍDICO E ÓBICES À ABERTURA DO MERCADO PÚBLICO BRASILEIRO A EMPRESAS ESTRANGEIRAS

Thiago Marrara
Carolina Silva Campos

456 AS GREVES SEM A PRESENÇA DO SINDICATO DA CATEGORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Paulo Henrique Martinucci Boldrin
Maria Hemília Fonseca

470 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

Jorge Falcão Marques de Oliveira
Cláudio do Prado Amaral

488 OBJETIVOS E INSTRUMENTOS DO ANTITRUSTE BRASILEIRO E O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Juliana Oliveira Domingues
Fernando Amorim

504 ESTUDOS FEMINISTAS SOBRE ACESSO À JUSTIÇA DAS MULHERES: UM BALANÇO SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES DOS ESTUDOS REALIZADOS NO ÂMBITO DO MESTRADO EM DIREITO DA FDRP

Fabiana Cristina Severi
Beatriz Carvalho Nogueira
Deíse Camargo Maito
Inara Flora Cipriano Firmino
Júlia Campos Leite
Juliana Fontana Moyses
Tharuell Lima Kahwage

518 PARTICIPAÇÃO POPULAR NA PRODUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DOS CONSELHOS NACIONAIS E DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

André Luis Gomes Antonietto

Maurício Buosi Lemes

Fabiana Cristina Severi

532 PERSPECTIVAS ANALÍTICAS DE INSTITUIÇÕES PARTICIPATIVAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O CASO DO CONSELHO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE RIBEIRÃO PRETO

Ricardo de Padua Salles

Fabiana Cristina Severi

538 ASPECTOS EXTRALEGAIS DO PROCESSO DE TOMADA DA DECISÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE REVISITADA

Gabriela Perissinotto de Almeida

Roberto Tagliari Cestari

Sergio Nojiri

570 ESTUDOS DE GÊNERO E DESENVOLVIMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Beatriz Carvalho Nogueira

Juliana Oliveira Domingues

590 TRATANDO DOCÊNCIA COMO PROFISSÃO: A FORMAÇÃO DOCENTE NO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

Caio Gracco Pinheiro Dias

606 O SISTEMA DE INTEGRAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE LIMITAÇÃO AO ENDIVIDAMENTO PÚBLICO

Gabriel Lochagin

Juliana Oliveira Domingues

634 A CONCESSÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A EXPANSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Maria Elisa Palomine Bonato

Camilo Zufelato

658 DIREITO À MORADIA, PROPRIEDADE URBANA E DESAPROPRIAÇÃO: UMA ANÁLISE HORIZONTAL DAS DECISÕES DO TJ/SP

Danielle Zoega Rosim

Flávia Trentini

678 NOTAS SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ELABORAÇÃO E REVISÃO DOS PLANOS DIRETORES PELO PODER EXECUTIVO

Júlia Navarro Periotto
Gustavo Assed Ferreira

700 MEDIAÇÃO: POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA?

Aline Lemos Reis Bianchini
Márcio Henrique Pereira Ponzilacqua

714 ÁGUAS TURBULENTAS: A ATUAÇÃO DO GAEMA, DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO, NAS BACIAS PCJ E DO PARDO

Leonardo Mattoso Sacilotto
Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua

738 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O USO DE TECNOLOGIAS ASSISTIVAS PARA A PROMOÇÃO DE UM MEIO AMBIENTE DO TRABALHO INCLUSIVO

Fernanda Menezes Leite
Jair Aparecido Cardoso

754 A EMPRESA COM ATUAÇÃO SOCIAL COMO INSTRUMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO: A SUPERAÇÃO DA FINALIDADE (EXCLUSIVA) DE LUCRO

Isis Magri Teixeira
Gustavo Saad Diniz

APRESENTAÇÃO

O livro ora apresentado foi concebido e organizado por ocasião das comemorações do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo pelos seus cinco anos de existência. Ele reúne artigos acadêmicos resultantes da produção científica de docentes e discentes vinculados aos Programa.

O Programa de Mestrado em Direito da FDRP-USP foi aprovado em 2014. O seu Projeto foi elaborado após um amplo processo de debate, iniciado em 2009, entre a comunidade acadêmica do campus da USP de Ribeirão Preto e diversos segmentos públicos e da sociedade civil, com vistas ao enfrentamento de alguns desafios para a realização do projeto constitucional brasileiro, em vigor desde 1988.

Para a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP), a criação do curso de Mestrado visou consolidar os objetivos institucionais que também orientam o seu curso de graduação em Direito. Alguns dos objetivos são: a) tornar-se um centro de excelência em ensino, pesquisa e extensão universitária, assumindo como referência principal problemáticas macrorregionais; b) formar juristas e pesquisadores de excelência, com efetiva capacidade de inserção nos processos de formulação e de desenvolvimento das instituições republicanas; e c) produzir conhecimento jurídico em áreas consideradas estratégicas para o desenvolvimento do Estado Democrático e Social de Direito.

A área de concentração, Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito, buscou reunir pesquisas referenciadas em uma concepção de desenvolvimento compatível com as exigências ético-político-jurídicas do Estado Democrático de Direito. Ela preconizou, também, a realização de pesquisas com perspectivas inovadoras, nas temáticas e nas abordagens metodológicas, que colaboram com

a afirmação de um conceito de desenvolvimento constitucionalmente adequado, sem desconsiderar os paradoxos e as contradições nele imbricados.

Além de buscar a formação de excelência dos seus próprios discentes, o Programa é idealizado também com vistas a produzir impactos significativos nos demais programas de Direito na macrorregião de Ribeirão Preto (região nordeste do estado de São Paulo), por meio da multiplicação de parcerias locais e de redes temáticas de pesquisadores. Ainda, contempla as condições de produção de conhecimento dogmático e jurídico orientadas não exclusivamente para problemáticas de caráter global, mas igualmente para a compreensão e transformação socioeconômica, política e cultural macrorregional, nos marcos do projeto constitucional de 1988.

Nesses 5 anos de funcionamento do Programa, tivemos 100 dissertações defendidas. O número de produções bibliográficas dos docentes da FDRP vinculados ao Programa de Mestrado da Unidade triplicou entre 2014-2017, em relação ao período de 2010-2013. Esse aumento não se deu apenas no número total de produções por docente, mas, sobretudo, no número de artigos científicos publicados em revistas acadêmicas qualificadas pela CAPES nos altos estratos (A1, A2 e B1). A dinâmica de interação entre graduação e pós-graduação favoreceu a criação de novos grupos e laboratórios de pesquisa na FDRP. É o caso, por exemplo, do Laboratório de Pesquisa Empírica em Direito, o LabPed, que tem dado suporte técnico para um modelo de pesquisa bastante frequente na FDRP, a pesquisa empírica em Direito.

Aproveitando-se das diversificadas políticas da própria Universidade de São Paulo, o Programa também tem colaborado com a ampliação das parcerias e dos intercâmbios com instituições nacionais e internacionais em várias áreas do conhecimento científico, o que tem pavimentado os caminhos para a internacionalização da produção acadêmica docente e discente.

Em termos de inserção social, é possível dizer que além das pesquisas realizadas no âmbito do Programa de Mestrado da FDRP resultarem em produção acadêmica fortemente contextualizada com demandas concretas da macrorregião, elas são, frequentemente, referências fundamentais para a tomada de decisões públicas em âmbito local e nacional, em especial, em temáticas como: criminologia econômica,

corrupção, infraestruturas públicas, conflitos socioambientais, direitos humanos das mulheres, interseccionalidade, acesso à justiça, *compliance*, segurança alimentar, *fashion law*, trabalho decente e participação democrática.

Os textos aqui reunidos ilustram bem esse percurso exitoso do Programa e as principais contribuições científicas que a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo tem oferecido à comunidade jurídica do país.

Fabiana Cristina Severi e Flávia Trentini

*Coordenadora e Vice-Coordenadora
do Programa de Mestrado da FDRP-USP*

DIREITO À CIDADE: UM PLENO DIREITO DE CIDADANIA

Laís Gonzales de Oliveira^[1]
Cynthia Soares Carneiro^[2]

INTRODUÇÃO

A cidade contemporânea (capitalista neoliberal) é marcada pela combinação dos mercados de especulação imobiliária com um sistema político clientelista, com práticas elitistas de planejamento urbano e com um regime legal excludente (FERNANDES, 2007, p. 203). O espaço da cidade está investido pelo mercado e prevalece a sua imagem como centro de produção e consumo (ROLNIK, 2004, p. 28-29), sendo que a própria qualidade da vida urbana se torna uma mercadoria (HARVEY, 2012, p. 81; ROLNIK, 2004, p. 62-63).

Como fruto do processo de produção capitalista, a divisão espacial da cidade é retratada por um quadro de crise de dissolução, fragmentação e privatização do espaço urbano como um todo e, em termos democráticos, apresenta elementos negativos, como as desigualdades e a segregação sociais (BELLO, 2013, p. 224). A diferença entre os seus e as suas habitantes é anulada para permitir a (tentativa de) produção de uma cidade sem conflito e sem contraditório, formada por fragmentos cada vez mais homogêneos e que pouco interagem, ou que o fazem por meio de

mediações do Estado ou do próprio mercado: seria a cidade tornando-se cada vez menos “cidade” (CARIBÉ, 2016, p. 506).

Segundo Milton Santos (2014, p. 51-52), o sistema de produção direcionado ao mercado cria fenômenos históricos condicionados por seus próprios interesses específicos – o sistema de consumo –, de modo que a existência humana (e todas as suas construções) passam a ser vividas para a produção de bens. Ocorre a alienação do espaço urbano (SANTOS, 2014, p. 29-30 e 50-52), isto é, ao espaço urbano é empregada uma significação diferente, não mais voltada para as pessoas e os seus encontros diretos, mas sim vertida para as mercadorias e seu consumo incessante: a figura do consumidor insatisfeito então substitui a do cidadão.

Nesse contexto de alienação do espaço urbano, a concepção de cidadania é relativizada mediante uma estratégia de esvaziamento da esfera política, privatização dos processos deliberativos e despolitização da questão social (BELLO, 2013, p. 237), passando a ser compreendida de forma restritiva e passiva, com o agravamento das desigualdades e injustiças sociais (BELLO, 2012, p. 66 e 69; BELLO, 2013, p. 237-238).

Em vista desse cenário, o trabalho propõe-se a (re)construir o conteúdo e o âmbito de aplicação do denominado “direito à cidade” a partir da (re)construção de uma noção participativa de cidadania e da reinvenção da qualidade de cidadão e cidadã. Para tanto, o presente artigo configura investigação jurídico-sociológica (GUSTIN, 2010, p. 22) que se utiliza da técnica de pesquisa teórica na forma bibliográfica e documental (GIL, 2002, p. 44-47), pois busca compreender os fenômenos jurídicos do direito à cidade, da cidadania e da qualidade de cidadão e cidadã com atenção à noção de efetividade entre direito e sociedade.

1 A CIDADE: SUJEITO, ESPAÇO E DIREITO

Como consequência do esforço para a sua homogeneização e fragmentação, a cidade capitalista caracteriza-se por uma luta permanente pela apropriação do espaço urbano e, nesse sentido, a ação do Estado seria uma expressão das forças e dos agentes que, voluntária ou involuntariamente, participam dessa

[1] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: laisgooli@gmail.com.

[2] Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Departamento de Direito de Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: cynthia.carneiro@usp.br.

luta (ROLNIK, 2004, p. 71). A despeito da apropriação do próprio conceito de cidade pelo modelo capitalista neoliberal, o fenômeno das revoltas populares e manifestações urbanas (MOVIMENTO PASSE LIVRE/SP, 2013, p. 13-14) evidenciou a necessidade de compreensão e retomada do sentido de “cidade”, ou até mesmo da sua ressignificação e reconstrução perante o despertar de novos sujeitos políticos e de novas demandas por direitos.

Em termos jurídico-urbanísticos, José Afonso da Silva (2010, p. 25-26) considera que um centro urbano apenas assume a categoria de “cidade” quando seu território ascende à posição de Município: um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas político-administrativo, econômico, não agrícola, familiar e simbólico, o qual concilie a sede do governo municipal e um conjunto de edificações onde seus membros habitem ou desenvolvam atividades comerciais, industriais ou intelectuais, também servido de bens públicos e sociais destinados à satisfação das necessidades dos habitantes.

Já Raquel Rolnik (2004, p. 12) entende que o movimento incessante de urbanização passou a absorver e recobrir todo o espaço, inclusive as zonas agrícolas, transformando em urbana a sociedade como um todo; por essa razão, o sentido de “cidade” não mais se limitaria a um simples conjunto de edificações distinto da zona rural.

No mesmo sentido disciplinou a Carta Mundial pelo Direito à Cidade^[3], a qual define a “cidade” como “toda vila, aldeia, capital, localidade, subúrbio, município, povoado organizado institucionalmente como uma unidade local de governo de caráter Municipal ou Metropolitano, e que inclui as proporções urbanas, rural ou semi rural de seu território”, conforme artigo I (5) (FÓRUM MUNDIAL URBANO, 2004; FÓRUM SOCIAL DAS AMÉRICAS, 2004; V FÓRUM SOCIAL MUNDIAL, 2005).

Entretanto, já nas décadas de 1960/1970, o sociólogo Henri Lefebvre (2011, p. 12-13 e 51-52) apresentou as cidades como os centros de vida social e política, onde se acumulam as riquezas, o conhecimento, as técnicas e as obras humanas, os quais conservam um caráter orgânico de comunidade e projetam sobre o território as

[3] Dito instrumento internacional ainda aguarda a aprovação da Organização das Nações Unidas (ONU).

relações e a história da sociedade que os compõem. Manuel Castells (2006, p. 181-182) também considera a cidade como a projeção da sociedade no espaço, o qual é estruturado por processos sociais que exprimem as características (a cultura e a ideologia) de cada período da organização social.

Para Raquel Rolnik (2004, p. 09 e 12-13), antes de conformar um local de trabalho e moradia, a cidade comporta-se como um ímã, isto é, um campo magnético que atrai, reúne e concentra pessoas, as quais buscam garantir a sua subsistência ocupando o espaço e nele materializando as suas próprias histórias e experiências. Jordi Borja e Zaida Muxí (2000, p. 13) também entendem que a cidade figura como um lugar ou um sistema de lugares dotados de significado, que concentra pontos de encontro entre uma heterogeneidade de pessoas.

Assim, marcada pela mistura funcional e social, a cidade mostra-se como uma concentração de pessoas, individual e coletivamente, onde se encontra, concentra e convive a diversidade, com a maximização das possibilidades de intercâmbio (BORJA; MUXÍ, 2000, p. 16 e 19), o choque de desejos individuais concorrentes e a interação criativa das diferenças (SEABROOK, 1996 apud HARVEY, 2013, p. 30). Revela-se como o ambiente que possibilita (e é resultado de) uma multiplicidade de trocas, sendo, ela mesma, a condição de realização da vida cotidiana urbana (VITTE, 2010, p. 82).

Igualmente, a Carta Mundial pelo Direito à Cidade define a cidade como um espaço coletivo, culturalmente rico e diversificado, pertencente a todas e todos os seus habitantes, conforme seu artigo I (3) (FÓRUM MUNDIAL URBANO, 2004; FÓRUM SOCIAL DAS AMÉRICAS, 2004; V FÓRUM SOCIAL MUNDIAL, 2005). Delineada e transformada por fatos e processos históricos, políticos, religiosos, culturais e econômicos, a cidade mostra-se como um organismo vivo, vivido por seus cidadãos e cidadãs (ALFONSIN, 2015, p. 80).

A existência material da cidade é indissociável da sua existência política (ROLNIK, 2004, p. 08), uma vez não ser composta apenas pelo território físico, mas também pela forma como as políticas urbanas são realizadas. (MARICATO, 2013, p. 20). Considerando sua dimensão política, é o lugar de manifestação de poder e de organização, representação e transformação da sociedade (heterogênea), incluindo

os conflitos – e a própria luta pelo espaço urbano (ROLNIK, 2004, p. 51) – entre os diversos grupos e indivíduos que a compõem, sejam eles dominantes ou marginalizados (BORJA; MUXÍ, 2000, p. 20).

Conforme Manuel Castells e Jordi Borja (1996, p. 152-153), a própria cidade revela-se como um sujeito político, que não se confunde com o governo local, mas o inclui, uma vez se tratar da articulação simbiótica e simbólica entre a administração pública, os agentes econômicos – públicos e privados –, e a sociedade civil, em toda a sua heterogeneidade.

A cidade consiste, portanto, em um centro ou unidade de contrários, tanto pelas desigualdades sociais que nela e dela são produzidas e propagadas, quanto pela própria dinâmica de construção e ordenação do ambiente urbano (IASI, 2013, p. 41). Representa, simultaneamente, uma forma de organização do território e uma relação política, e habitá-la significa participar de alguma forma da vida pública (ROLNIK, 2004, p. 21).

Em termos de participação, Betânia de Moraes Alfonsin (2015, p. 16) entende que, no atual contexto brasileiro de Estado Socioambiental Democrático de Direito, o conceito de cidade engloba o princípio da dignidade da pessoa humana e a expressão da democracia e da cidadania, a fim de que a cidade seja espaço para a manifestação e (con)vivência das diferenças, bem como para o exercício da cidadania (BELLO, 2013, p. 21).

Assim, percebe-se que a noção de cidade encerra um sentido jurídico, político e sociológico (CARVALHO FILHO, 2009, p. 03), revelando-se como um conjunto organizado de atividades na vida cotidiana, desde a simples existência até as formas como os e as habitantes se relacionam uns com os outros, sendo nesse ambiente urbano onde as pessoas se desenvolvem e mantêm as condições materiais (INSTITUTO PAULO FREIRE; PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, 2015, p. 09) e psicossociais (HARVEY, 2012, p. 73-74) de sua existência. A cidade representa um conjunto de relações materiais, jurídicas, sociais e políticas de existência heterogênea e conflituosa, no qual se estrutura a vida urbana (INSTITUTO PAULO FREIRE; PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, 2015, p. 09) e a prática da cidadania.

Nesse sentido, o conceito de cidade revela-se multifacetário, multifuncional e multidimensional, uma vez compreendida como sujeito político (CASTELLS; BORJA, 1996, p. 01; BORJA MUXÍ, 2000, p. 07); espaço geopolítico heterogêneo de confluência, disputa e prática da cidadania (ALFONSIN, 2015, p. 78; BELLO, 2013, p. 21); e um direito fundamental genérico, a ser gozado por todas e todos os seus habitantes (BELLO, 2013, p. 21; SILVA; SANTOS JUNIOR; MÜLLER, 2012, p. 188).

2 A CONCEPÇÃO AMPLIADA E PARTICIPATIVA DE CIDADANIA

Milton Santos (2014, p. 19-20) reconhece a cidadania como um elenco de princípios gerais e abstratos que se impõe como um corpo de direitos concretos e individualizados, a serem reconhecidos e positivados conforme a sociedade da época. Como fonte de direitos, ela se consagra no respeito à (cada) pessoa e figura como uma espécie de “lei” da sociedade, a qual alcança todos e todas, sem distinção, e investe cada um e uma com a “força” necessária para serem respeitado e respeitada contra outras “forças” (SANTOS, 2014, p. 19-20) – a violação de direitos, por exemplo.

A concepção de cidadania expressa, portanto, um conjunto de direitos que possibilita à (qualquer) pessoa participar ativamente da vida e do governo da comunidade na qual interage (DALLARI, 2004, p. 22): são os denominados “direitos de cidadania”. Entretanto, enquanto fenômeno, revela-se historicamente construída (CARVALHO, 2015, p. 14).

Ressalta-se que, no Brasil, desde a colonização, a formação de uma sociedade escravocrata, combinada com uma economia monocultora e latifundiária, uma população desprovida de educação e um Estado absolutista não proporcionou a construção de uma sociedade política ou de identidade nacional brasileiras; conseqüentemente, não permitiu o desenvolvimento de um sentido de cidadania com a noção de igualdade e com uma consciência de direitos (CARVALHO, 2015, p. 23-29). Sob a influência da colonização portuguesa, a construção da concepção de cidadania foi marcada por uma tradição de iniciativa estatal, com a concentração do poder político na esfera de atuação e na figura burocratizada do Estado,

resultando no desenvolvimento de uma verdadeira “estadania” (CARVALHO, 1999, p. 225 e 342; CARVALHO, 2015, p. 221).

Nem mesmo o fenômeno populista que marcou o período do Estado-Novo promoveu uma concepção ampla de cidadania no país, pois implicava uma relação paternalista e clientelista entre governo e cidadãos: enquanto abria o espaço político para as massas populares com o reconhecimento dos direitos sociais dos trabalhadores urbanos, também colocava os cidadãos em posição de lealdade e dependência quanto aos líderes (CARVALHO, 2015, p. 130). A questão social passou a ser objeto de políticas públicas seletivas, de caráter populista, com a finalidade de promover a cidadania de tais “clientes” (BELLO, 2012, p. 51; CARVALHO, 2015, p. 92). O “cidadão” não era compreendido (e nem tinha autonomia) enquanto sujeito de direitos, o que impedia a construção de uma autêntica comunidade e da decorrente cidadania ativa (CARVALHO, 2015, p. 57).

Entretanto, a partir da década de 1980, com o processo de derrubada do regime militar no país, o aumento das reivindicações populares levou ao início de um processo de transição democrática (BELLO, 2012, p. 57 e 60) que resultou no fenômeno denominado “o retorno do cidadão”. Tal fenômeno promoveu o resgate da importância política e teórica do tema da cidadania em relação à democracia e aos direitos humanos (KYMLICKA; NORMAN, 1997 apud BELLO, 2012, p. 21-22), trabalhando com as noções de “cidadania ativa” e “cidadania passiva”: a primeira referente à participação política direta dos cidadãos e cidadãs na comunidade; e a segunda, à titularidade de direitos e deveres pelos cidadãos e cidadãs e sua proteção perante o Estado (WALZER, 2001 apud BELLO, 2012, p. 22).

Esse resgate da democracia buscou reconhecer as demandas de grupos sociais vulneráveis, por meio da participação ativa e direta de novos setores da sociedade civil no processo político de reorganização institucional em conjunto com sujeitos já tradicionais – como os sindicatos e os partidos políticos (BELLO, 2012, p. 61-62; TELLES; PAOLI, 2000 apud BELLO, 2012, p. 62). Nesse contexto foi promulgada a Constituição Federal de 1988 (CF/88), denominada “Constituição Cidadã” (CARVALHO, 2015, p. 201-211).

Identificou-se, assim, uma nova concepção de “cidadania ampliada”, a qual representa a formação de novos sujeitos sociais ativos e de identidades coletivas no cenário político, por meio do reconhecimento de novos direitos a sujeitos já existentes, e de direitos já existentes a novos sujeitos (BELLO, 2012, p. 63).

Contudo, a conjugação da transição democrática com a implementação do modelo econômico neoliberal a partir da década de 1990 resultou em uma discrepância entre a tentativa de ampliação substancial da democracia e a postura estatal restritiva (DAGNINO, 2006 apud BELLO, 2012, p. 64-65; VAINER, 2000 apud ROLNIK, 2017, p. 242), além do questionamento acerca da própria noção tradicional de direitos (CARVALHO, 2015, p. 201).

O sentido da nova perspectiva ampliada da cidadania foi relativizado pela ascensão do modelo neoliberal mediante uma estratégia de esvaziamento da esfera política, privatização dos processos deliberativos e despolitização da questão social (BELLO, 2013, p. 237). A cidadania passou a ser compreendida de forma restritiva e privada, sem oportunidade para o reconhecimento de novas demandas e com o agravamento das desigualdades e injustiças sociais (BELLO, 2012, p. 66 e 69; BELLO, 2013, p. 237-238).

Entretanto, justamente por se tratar de um fenômeno cultural e historicamente construído, a cidadania é definida por interesses e práticas de luta política concretos, bem como por sua contínua transformação, conforme a dinâmica de conflitos reais (DAGNINO, 1994 apud BELLO, 2012, p. 80). Assim, as novas relações contemporâneas entre Estado e sociedade civil, aliadas às demandas surgidas pela exclusão e alienação social na experiência cotidiana do país, revelam a necessidade de reconstrução de uma concepção de cidadania dinâmica, ativa e participativa (BELLO, 2012, p. 129).

3 HABITAR A CIDADE: A QUALIDADE DE CIDADÃO E CIDADÃ

A resignificação da cidade como sujeito/espaço/direito caracterizado pelo encontro e pela projeção confluentes e conflitantes de toda a heterogeneidade na experiência da vida urbana, aliada à (re)construção de uma noção participativa de cidadania

como instrumento para o exercício de direitos, demonstram que ser cidadão e cidadã significa praticar a cidadania enquanto habitante da cidade. Nesse sentido, a cidade revela-se como o âmbito de exercício da cidadania, uma vez se tratar do marco de vida que possibilita o exercício das faculdades vinculadas aos direitos de cidadania, como, por exemplo, o trabalho e a moradia, o acesso à educação e aos serviços básicos, o autogoverno, a diversidade de relações interpessoais (BORJA; MUXÍ, 2000, p. 76).

Na cidade moramos, trabalhamos, estudamos, nos alimentamos, convivemos, amamos: vivemos. Ao habitá-la, praticamos todos os atos da vida cotidiana que asseguram a nossa existência e a convivência interacional na comunidade. Assim, o significado de “habitar” também é reconstruído e passa a abranger todas as ações que impliquem à pessoa o exercício de sua cidadania. Habitar a cidade significa, portanto, participar integralmente no e do espaço urbano, isto é, usufruir dos benefícios e das oportunidades já existentes e por ele oferecidos, bem como influir na sua construção e transformação.

Não obstante, além de promover a concretização dos direitos de cidadania, a cidade também se apresenta como espaço de criação desta, pois se trata do lugar onde surgem e se manifestam novas problemáticas, com novos atores político-sociais e demandas por “novos” direitos urbanos de cidadania (BELLO, 2013, p. 28). Essas criação e concretização dos direitos de cidadania no espaço urbano, por iniciativa dos próprios cidadãos e cidadãs, revelam-se como um novo fenômeno de prática cidadã, o qual se origina e resulta, concomitantemente, no próprio ato de habitar a cidade (BELLO, 2013, p. 21-22).

No cenário atual de fragmentação, privatização e alienação da cidade, a prática cidadã dos movimentos formados pelos diversos grupos sociais mostrou-se capaz de transformar demandas não reconhecidas pelo ordenamento jurídico em reivindicações por novos direitos de cidadania: trata-se da reinvenção da “cidade cidadã” como o princípio de uma nova cultura política mais participativa, conforme destaca Enzo Bello (2013, p. 223).

Observa-se, assim, que as práticas urbanas dos habitantes das cidades acabam por reconstruir o desenvolvimento do Estado e a sua relação com a sociedade

civil (cidadãos e cidadãs), bem como a própria concepção de cidadania (HOLSTON, 2013, p. 261), então pensada a partir do reencontro entre a teoria e a prática social (BELLO, 2013, p. 27).

Isso porque o exercício continuado da cidadania participativa leva ao aprendizado e à conscientização acerca da própria noção de cidadania, bem como das formas contemporâneas do processo democrático (CARVALHO, 2015, p. 224; HOLSTON, 2013, p. 354). A prática da cidadania pelos e pelas habitantes do espaço urbano demonstra a necessidade de abandono da mencionada concepção de “estadania” e de ênfase na organização e no protagonismo da própria sociedade civil, inclusive na democratização do poder contra o Estado paternalista, clientelista, corporativo e colonizado (CARVALHO, 2015, p. 226-227).

Nesse sentido, a concepção de cidadania não deve ser condicionada à nacionalidade, ao enquadramento a determinado gênero ou ao pertencimento a grupo social específico, pois é determinada pela relação da pessoa com um território e com o entorno social imediato (BORJA; MUXÍ, 2000, p. 82) – no caso, o lugar que habita. Também não deve ser limitada à titularidade de direitos políticos de cunho eleitoral, uma vez que a manifestação política não se encerra no sistema representativo (CARVALHO, 2015, p. 72). Tampouco deve ser considerada apenas sob o seu prisma jurídico e “estadocêntrico”, isto é, determinado e legitimado exclusivamente pelo Estado e suas instituições (BELLO, 2013, p. 110).

Igualmente, a qualificação como cidadão ou cidadã não deve ser atribuída a determinado “padrão” social, e nem dividida em “níveis”, mas sim deve ser atribuída a todos e todas que habitam a cidade e dela participam. Nós, individual e coletivamente, fazemos nossa cidade por meio de nossas ações diárias e de nossos engajamentos políticos, intelectuais e econômicos: todos e todas que habitamos a cidade somos, de uma forma ou de outra, arquitetos e arquitetas de nossos futuros urbanos (HARVEY, 2013, p. 31).

A qualidade de cidadão e cidadã deve ser definida, portanto, pela forma como as e os habitantes pertencem a uma rede de práticas sociais distintas em sua família, profissão e habitat, dentro da própria cidade (FERNANDES, 2007, p. 209). Assim, ser cidadão ou cidadã significa habitar o espaço urbano, ou seja, participar

integralmente dele e nele interagir, usufruindo dos benefícios e das oportunidades por ele oferecidos e influenciando na sua construção e transformação.

Outrossim, destaca-se que a CF/88 estabelece que a política de desenvolvimento urbano objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos do seu art. 182, *caput* (BRASIL, 1988). Já o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), por sua vez, estabelece normas que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, do equilíbrio ambiental, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, conforme o parágrafo único do seu art. 1º (BRASIL, 2001).

Dessa forma, considerando que uma norma infraconstitucional não pode limitar garantia mais ampla assegurada pela norma constitucional, a interpretação sistemática de tais dispositivos demonstra que o próprio ordenamento jurídico brasileiro considerou como cidadãos e cidadãs os habitantes da cidade.

Assim, a cidade revela-se como espaço não só de prática, mas também de ampliação da cidadania, para além da noção de mera titularidade de um status jurídico (leia-se posição social) conferido pelo Estado (BELLO, 2013, p. 21), então compreendida como um conjunto de princípios e direitos que garante a todas e todos habitantes participar ativa e integralmente na e da vida cotidiana do espaço urbano. Não obstante, o ato de habitar a cidade (nela e dela participar) vincula a pessoa à comunidade habitada, consistindo na titularidade, na prática e gozo de todos os direitos de cidadania no ambiente urbano (OLIVEIRA; ZAPOLLA, 2016, p. 358), então reunidos em um grande pacote: o próprio direito à cidade.

4. O DIREITO À CIDADE: UM PLENO DIREITO DE CIDADANIA

Durante o período de transição democrática, buscando a reforma urbana, os movimentos sociais passaram a reivindicar o direito à cidade, propondo que a cidade fosse considerada por seu valor de uso, em contraposição à fragmentação e às injustiças da cidade-mercadoria (ZUQUIM; MAZO, 2014, p. 03). Assim, com a nova ordem urbanística instituída pela CF/88 (ZUQUIM; MAZO, 2014, p. 04), a política de desenvolvimento urbano passou a objetivar a ordenação do pleno

desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes, segundo o art. 182, *caput*, da referida Carta (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Cidade, por sua vez, institucionalizou a figura do “direito a cidades sustentáveis”, definido “como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”, nos termos do inciso I do seu art. 2º (BRASIL, 2001).

Contudo, o conteúdo do direito à cidade também é reconstruído com o surgimento de novos sujeitos políticos e de novas demandas por direitos, visto não ser um conceito fechado e imutável (PRESTES, 2008, p. 52), devendo ser compreendido no desenvolvimento das cidades e na luta por sua apropriação (CARIBÉ, 2016, p. 505).

Assim, em vista da desigualdade de distribuição e de reconhecimento de direitos resultante da adoção de uma concepção mais “restrita” de cidadania (ALFONSIN, 2015, p. 77), as manifestações urbanas contemporâneas atestam a exigência (e a emergência) da efetividade do direito à cidade como direito coletivo de todas e todos habitantes, indiscriminadamente (ALFONSIN, 2015, p. 72). Considerando a necessidade de democratização do direito à cidade (HARVEY, 2012, p. 88), este deve ser (res)significado no sentido de ser compreendido como a apropriação do espaço urbano por todas e todos que nele habitam e convivem (ROMEIRO; GUIMARÃES; KOETZ, [201-], p. 18).

Segundo Henri Lefebvre (2011, p. 105 e 117-118), trata-se de um “direito à vida urbana”, e não de um mero direito de estada ou visita. Corresponde, portanto, ao próprio direito de habitar o espaço urbano, isto é, de participar integralmente (entenda-se ativa e passivamente) da cidade (LEFEBVRE, 2011, p. 23), podendo usufruir das vantagens, das oportunidades e dos serviços oferecidos pelas localidades do sistema urbano e indispensáveis a uma vida digna, bem como participar da elaboração das políticas urbanas e da construção da cidade (SANTOS, 2014, p. 157; TRINDADE, 2012, p. 149-151).

A amplitude do direito à cidade abrange a satisfação das necessidades básicas de todo ser humano e humana habitante do espaço urbano; a possibilidade de participação efetiva (e direta) da população na gestão e na construção da

cidade (ALFONSIN, 2015, p. 85; SAULE JÚNIOR; ZÁRATE; EMANUELLI, [201-], p. 03); e a necessidade de equilíbrio entre o desenvolvimento da cidade e o bem-estar geral, em benefício da coletividade e não como mero privilégio de grupos isolados (CARVALHO FILHO, 2009, p. 36). Consiste no direito à efetiva igualdade democrática de oportunidades e de dignidade no espaço urbano (BORJA; MUXÍ, 2000, p. 12; DALLARI, 2004, p. 31).

No mesmo sentido, a Carta Mundial pelo Direito à Cidade define tal direito como o usufruto equitativo das cidades e do sistema urbano, conforme os princípios de equilíbrio ecológico, democracia e justiça social, concebendo integralmente todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, inclusive o respeito às minorias e à pluralidade étnica, racial, sexual e cultural, com o objetivo de alcançar o pleno gozo de um padrão de vida adequado (leia-se digno), nos termos do seu art. I (2) (FÓRUM MUNDIAL URBANO, 2004; FÓRUM SOCIAL DAS AMÉRICAS, 2004; V FÓRUM SOCIAL MUNDIAL, 2005).

Nesse sentido, justamente por compreender um conjunto de direitos humanos aplicados ao âmbito urbano (MÜLLER; PLATAFORMA DHESCA BRASIL; SANTOS JÚNIOR, 2010, p. 12), o próprio direito à cidade é reconhecido como um direito humano coletivo integral, indivisível e autônomo, mas interdependente de todos os demais direitos humanos internacionalmente reconhecidos (ALFONSIN, 2015, p. 83; FERNANDES, 2007, p. 217), de titularidade de todos e todas as habitantes das cidades (INSTITUTO PAULO FREIRE; PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, 2015, p. 09 e 25; FERNANDES, 2007, p. 202; HARVEY, 2012, p. 73-74 e 87; HARVEY, 2013, p. 32; SAULE JÚNIOR; ZÁRATE; EMANUELLI, [201-], p. 03).

Os seus principais fundamentos jurídicos são o princípio da função social da cidade e da propriedade urbana; o princípio da gestão democrática da cidade; e o princípio do exercício pleno da cidadania (FERNANDES, 2007, p. 211; INSTITUTO PAULO FREIRE; PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, 2015, p. 21; MÜLLER; PLATAFORMA DHESCA BRASIL; SANTOS JÚNIOR, 2010, p. 13; TRINDADE, 2012, p. 150 e 152), conforme preveem o *caput* do art. 182 da CF/88; o *caput* do inciso II do art. 2º, o art. 43 e o art. 45 do Estatuto da Cidade; e o art. II(2) da Carta Mundial pelo Direito à Cidade.

É construído como uma espécie de “direito guarda-chuva”, visto que, em um só direito conjuga-se um feixe de direitos e elementos diversos, como a função social da cidade e da propriedade urbana; os direitos de cidadania; a democracia participativa; os direitos ambientais e o equilíbrio ecológico (ALFONSIN, 2015, p. 86; BELLO, 2013, p. 238-239).

Não obstante, em se tratando de um conjunto de direitos que possibilita a participação ativa dos e das habitantes da cidade na vida e no governo da comunidade urbana, o direito à cidade é compreendido como um instrumento para a prática da cidadania, em todas as suas dimensões; deve ser considerado, portanto, como um pleno direito de cidadania, uma vez que, sem as suas garantias e efetividade, não há participação e, conseqüentemente, não existem cidadão e cidadã (SANTOS, 2014, p. 158). Conforme pontua Edésio Fernandes (2007, p. 206), cidade e cidadania seriam, em última instância, a mesma matéria.

CONCLUSÃO

Sob a ideia de uma cidade mais “cidadã”, a qualidade de cidadão e cidadã é reinventada no exercício de (todos os) direitos de cidadania enquanto habitantes da cidade, isto é, na participação integral no e do espaço urbano, buscando o (re)encontro entre as pessoas e a (res)significação do corpo vivo, heterogêneo e interacional que é a própria cidade.

Dessa forma, o conteúdo do direito à cidade é (re)construído sob a perspectiva de uma cidadania ampliada e participativa e passa a ser compreendido como um direito de participação integral de todas e todos os habitantes na e da cidade – entenda-se os direitos de manifestar-se na cidade e de usufruir da cidade –, encerrando uma gama de direitos indispensáveis à manutenção de uma vida digna no espaço urbano, com respeito à heterogeneidade e à cultura local, a fim de que sejam garantidos o bem-estar e o desenvolvimento de tais pessoas, indistinta e coletivamente: trata-se, portanto, de um pleno direito de cidadania

REFERÊNCIAS

- ALFONSIN, Betânia de Moraes. **As manifestações de junho de 2013, o processo de construção dos direitos de cidadania no Brasil e o direito à cidade.** Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro, v. 07, n. 01, p. 71-90, 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/15200>. Acesso em: 23 jan. 2018.
- BELLO, Enzo. **A Cidadania na Luta Política dos Movimentos Sociais Urbanos.** Caxias do Sul: Educs, 2013.
- _____. **A Cidadania no Constitucionalismo Latino-Americano.** Caxias do Sul: Educs, 2012.
- _____. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania no novo constitucionalismo latino-americano. In: BELLO, Enzo; BRANDÃO, Clarissa (org.). **Direitos Humanos e Cidadania no Constitucionalismo Latino-Americano.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BORJA, Jordi; MUXÍ, Zaida. **El espacio público: ciudad e ciudadanía.** Barcelona: Diputació Barcelona: Electa, 2000. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/44358990_El_espacio_publico_ciudad_y_ciudadania_Jordi_Borja_y_Zaida_Muxi. Acesso em: 22 jan. 2018.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 fev. 2018.
- _____. Lei n. 10.527, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 04 mar. 2018.
- CARIBÉ, Daniel. Quem sai, quem fica: os dilemas e os limites da instrumentalização do direito à cidade. In: ROLNIK, Raquel. FERNANDES, Ana (org.). **Cidades.** Rio de Janeiro: Funarte, 2016.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- _____. Dimensiones de la ciudadanía em el Brasil del Siglo XIX. In: SABATO, Hilda (coord.). **Ciudadanía política y formación de las naciones: perspectivas históricas de América Latina.** México: FCE, COLMEX, FHA, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade.** 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CASTELLS, Manuel. **A Questão Urbana.** Tradução de Arlene Caetano. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006. (Coleção Pensamento Crítico; v. 48)
- CASTELLS, Manuel; BORJA, Jordi. As cidades como atores políticos. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 45, p. 152-166, jul. 1996. Disponível em: <http://memoriadasolimpiadas.rb.gov.br/jspui/bitstream/123456789/85/1/IU006%20-%20Castells%20e%20Borja%20-%20As%20cidades%20como%20atores%20pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2018.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania.** 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004. (Coleção Polêmica).
- FERNANDES, Edésio; Constructing the "Right To the City". **Brazil Social & Legal Studies.** Londres, v. 16, n. 2, 2007, p. 201-219. Disponível em: <http://1mundoreal.org/wp-content/uploads/2010/12/Edesio-Fernandes-Constructing-The-Right-to-the-City-in-Brazil.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- FÓRUM MUNDIAL URBANO, 2004; FÓRUM SOCIAL DAS AMÉRICAS, 2004; V FÓRUM SOCIAL MUNDIAL, 2005. **Carta Mundial Pelo Direito à Cidade.** Porto Alegre, 2005. Disponível em: <http://normativos.confex.org.br/downloads/anexo/1108-10.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2018.

- GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- HARVEY, David. **A liberdade da cidade**. In: MARICATO, Ermínia. *et al.* Cidades Rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.
- _____. **Alternativas ao neoliberalismo e o direito à cidade**. Novos Cadernos NAEA, [S.l.], v. 12, n. 2, p. 269-274, dez. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/ncn/article/view/327/513>. Acesso em: 2 jun. 2018.
- _____. **O direito à cidade**. Tradução de Jair Pinheiro. Lutas Sociais, São Paulo, n. 29, p. 73-89, jul./dez. 2012. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/272071/mod_resource/content/1/david-harvey%20direito%20a%20cidade%20.pdf. Acesso em: 2 jun. 2018.
- HOLSTON, James. **Cidadania Insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. Tradução de Claudio Carina. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- IASI, Mauro Luís. **A rebelião, a cidade e a consciência**. In: MARICATO, Ermínia. *et al.* Cidades Rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.
- INSTITUTO PAULO FREIRE. **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO**. Direito à Cidade. São Paulo: Instituto Paulo Freire, 2015. (Cadernos de Formação). Disponível em: https://www.paulofreire.org/images/pdfs/livros/Cadernos_Formacao_Direito_Cidade.pdf. Acesso em: 3 jun. 2018.
- LEFEBVRE, Henri. **O Direito à Cidade**. Tradução de Rubens Eduardo Frias. 5. ed., 3. reimp. São Paulo: Centauro, 2011.
- MARICATO, Ermínia. É a questão urbana, estúpido! In: MARICATO, Ermínia. *et al.* **Cidades Rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.
- MOVIMENTO PASSE LIVRE/SP. Não começou em Salvador, não vai terminar em São Paulo. In: MARICATO, Ermínia. *et al.* **Cidades Rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013.
- MÜLLER, Cristiano; PLATAFORMA DHESCA BRASIL; SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos (org.). **Direito Humano à Cidade**. 1. ed. Curitiba: Plataforma Dhesca Brasil, 2010, v. 4. (Coleção Cartilhas de Direitos Humanos). Disponível em: <http://www.mobilizacuritiba.org.br/files/2014/01/Cartilha-Direito-%C3%A0-Cidade-Plataforma-Dhesca.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2018.
- OLIVEIRA, Laís Gonzales de; ZAPOLLA, Letícia Ferrão. **A relação entre direito à cidade e cidadania no ordenamento jurídico brasileiro**. III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais – RBPFD, 2016, São Paulo. Anais eletrônicos [...]. São Paulo: RBPFD, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/xy6mqj74/1d93dw2j/zgt8qkT953nGB6tj.pdf>. Acesso em: 25 maio 2018.
- PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Dimensão Constitucional do Direito à Cidade e Formas de Densificação no Brasil**. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.
- ROLNIK, Raquel. **As vozes das ruas: as revoltas de junho e suas interpretações**. In: MARICATO, Ermínia. *et al.* Cidades Rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013.
- _____. **O que é cidade**. São Paulo: Brasiliense, 2004. (Col. Primeiros Passos; 203).
- _____. **Territórios em Conflito**. São Paulo: Três Estrelas, 2017.

ROMEIRO, Paulo; GUIMARÃES, Irene Maestro Sarrión; KOETZ, Vanessa. **The Right to the City in Latin America**. In: SAULE JÚNIOR, Nelson; ZÁRATE, Lorena; EMANUELLI, Maria Silvia (coord.). Moving toward the Implementation of the Right to the City in Latin America and Internationally. Plataforma Global pelo Direito à Cidade, [S.l.], [201-]. Disponível em: http://polis.org.br/wp-content/uploads/00-Reseach_moving-toward-the-implemmentatio-of-the-Right-to-the-City2-1.pdf. Acesso em: 3 jun. 2018.

SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. 7. ed., 2. reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014.

SAULE JÚNIOR, Nelson; ZÁRATE, Lorena; EMANUELLI, Maria Silvia (coord.). **Moving toward the Implementation of the Right to the City in Latin America and Internationally**. Plataforma Global pelo Direito à Cidade, [S.l.], [201-]. Disponível em: http://polis.org.br/wp-content/uploads/00-Reseach_moving-toward-the-implemmentatio-of-the-Right-to-the-City2-1.pdf. Acesso em: 3 jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Mércia Maria Alves da Silva; SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; MÜLLER, Cristiano. **O Direito à Cidade no Brasil no Período 2008-2011: desafios para efetivação da agenda da reforma urbana**. In: MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS et al. (org.). Direitos Humanos no Brasil 3: diagnósticos e perspectivas. Passo Fundo: IFIBE, 2012.

TRINDADE, Thiago Aparecido. **Direitos e Cidadanias: reflexões sobre o direito à cidade**. Lua Nova, São Paulo, n. 87, p. 139-165, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n87/07.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2018.

VAINER, Carlos. **Quando a cidade vai às ruas**. In: MARICATO, Ermínia. *et al.* Cidades Rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.

VITTE, Claudete de Castro Silva. **Cidadania, qualidade de vida e produção do espaço urbano: desafios para a gestão urbana e para o enfrentamento da questão social**. In: BAENINGER, Rosana (org.). População e Cidades: subsídios para o

planejamento e para as políticas sociais. Campinas: Núcleo de Estudos de População – NEPO/UNICAMP; Brasília: UNFPA, 2010.

ZUQUIM, Maria de Lourdes; MAZO, Liliana María Sánchez. **A Democracia na Construção de Cidade: participação social na política urbana brasileira e na colombiana**. XIII Seminário Internacional da Rede Iberoamericana de Investigadores sobre Globalização e Território (RII), 2014, Salvador. Anais eletrônicos [...]. Salvador: XIII Seminário Internacional da Rede Iberoamericana de Investigadores sobre Globalização e Território (RII), 2014. Disponível em: http://www.favelasaopaulomedellin.fau.usp.br/wpcontent/uploads/2015/11/ZUQUIMMAZO_RII.pdf. Acesso em: 24 abr. 2018.

SEGURANÇA PÚBLICA, PODER DE POLÍCIA E GUARDA MUNICIPAL: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 13.022/2014

Camila Maués dos Santos Flausino^[1]
Cláudio do Prado Amaral^[2]
Yago José do Couto Oliveira^[3]

INTRODUÇÃO

Uma das premissas da teoria estrutural-funcionalista da anomia, desenvolvida por Emile Durkheim, consiste na compreensão de que o desvio é um fenômeno social normal em toda estrutura social, em razão da sua generalidade (FABRETTI, [S./]).

O crime, nesse contexto, desvio por excelência que é, torna-se um mal com que o Estado passa a conviver e a enfrentar, envidando sua energia e estrutura em prol

[1] Mestranda em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: camilamaues@usp.br.

[2] Livre-docente em Direito Processual Penal pela USP. Professor do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: cpamaral@usp.br.

[3] Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Correio eletrônico: yagodocouto@gmail.com.

do controle da criminalidade cada dia mais ascendente, efeito da complexidade das relações sociais, políticas e econômicas naturais do mundo pós-moderno.

Na toada de combater a criminalidade em curso, notadamente a criminalidade de massa, o legislador elabora leis de ocasião, muitas vezes não precedidas de reflexões pautadas em discussões técnico-jurídicas e alinhadas com o texto constitucional, o qual passa a ser visto como óbice ao alcance de interesses diversos daqueles preponderantes à harmonização do ordenamento jurídico.

Tendo como pano de fundo o cenário acima, desenvolveu-se esse breve estudo, cujo escopo consiste na análise da Lei n. 13.022/2014 à luz da Constituição Federal de 1988, lei esta que instituiu normas gerais para as guardas municipais, com vistas a disciplinar o §8º do art. 144 da Lei Fundamental.

A priori, procedeu-se à análise do tratamento constitucional atribuído à segurança pública, direito e dever de todos, para, posteriormente, abordar a natureza do poder de polícia exercido pela guarda municipal. Em outro ponto, adentrou-se ao teor do texto da Lei n. 13.022/2014, reservando-se à análise dos princípios e competências da guarda municipal.

E, por fim, feita uma incursão no contexto macronormativo em que o legislador inseriu a guarda municipal, atribuindo-lhe, quanto ao conteúdo, a função de segurança pública sob a forma de instituição civil voltada à proteção de bens, serviços e instalações pertencentes ao município, passou-se a ponderar sobre a compatibilidade da referida lei com a Constituição Federal.

2 A SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Hoje, reconhecidamente, o assunto que assola a maioria das discussões formais e informais do brasileiro restringe-se à criminalidade. Não diferente, a discussão também gira em torno da figura estatal e como esta deve atuar na manutenção da ordem pública interna.

Em outros termos, é na figura estatal que se deposita a confiança para a preservação de uma suposta segurança, referindo-se às condições básicas de atuação que, naturalmente, contribuirão para a preservação da paz social.

Ao tratar sobre a ordem pública ou paz social, há a necessidade de se estabelecer conceitos primários para se chegar até ao entendimento do que é a segurança pública retilínea e singular.

Mais adiante, Silva (2005, p. 777) define que a ordem pública é “[...] uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes”.

Sendo assim, a ordem pública nada mais é que um estado social que integraliza a paz urbana à convivência social genuinamente harmônica, esta qual rechaça qualquer tipo de violência e, portanto, é pacífica.

Entretanto, quando a sociedade não consegue administrar a sua ordem pública, muito menos preservar a sua paz social, é natural que seja assolada por inúmeras violências cotidianamente conhecidas pelo brasileiro.

Resta-se, então, em um estado de insegurança, de impunidade e de má administração pública, considerando que é sobre esta que recai a responsabilidade de se instituir um modelo de mecanismo de segurança pública que contribua para a preservação da ordem pública interna pacífica.

Assim, a convivência deixa de ser pacífica quando “discussões, divergências, rugas [interpessoais] e outras contendas ameaçam chegar às vidas de fato com iminência de desforço pessoal, de violência e do crime”. (SILVA, 2005, p. 778). E, por via de consequência, é quando se necessita fortalecer a segurança pública:

Para Silva (2005, p. 778) a segurança pública nada mais é que uma:

[...] situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses.

O Estado constrói uma relação de finalidade para instrumento, isto é, utiliza-se da ordem pública como objeto da segurança pública, sendo esta última o instrumento estatal capaz de reorganizar a ordem pública, firmando-se no exercício da

coerção com o emprego da força que lhe é (i)legitimamente monopolizada. (NETO, 2014, p. 553).

Neste aspecto, a Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 144 as funcionalidades expressas da segurança pública, isto ditando que:

[...] a segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através da polícia federal, da polícia rodoviária federal, da polícia ferroviária federal, das polícias civis, das polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Assim, verifica-se que a segurança pública se trata de um elemento intrínseco à atividade policial, seja ela administrativa ou de segurança. Portanto, a polícia é o órgão que se atribui, “exclusivamente, a função negativa, a função de evitar a alteração da ordem jurídica [e social]”. (TURNAGHI, 1953, p. 256 *apud* SILVA, 2005, p. 778).

Portanto, a segurança pública, necessariamente, será estabelecida a partir de uma atuação público-policial esquematizada.^[4] A Constituição Federal brasileira define de forma coesa e taxativa as formas de atuação destes segmentos policiais dentro da eventual manutenção da segurança pública.

A polícia de segurança ocupa um espaço importante na prevenção de situações que gerem riscos constantes à ordem pública interna, participando como ponta-de-lança de um sistema penal restrito.

Esta ideia baseia-se na complexa estrutura social que, apesar de organizada, não consegue exaurir por completo o cometimento de crimes. Portanto, a polícia de segurança existe por conta da necessidade de um sistema forte de repressão criminosa e da “existência de um sistema que apure os fatos delituosos e cuide da perseguição aos seus agentes”. (SILVA, 2005, p. 778).

[4] Neto (2014, p. 550) retrata que para fazer jus à manutenção da segurança pública, quando não mais preservada a ordem espontânea, impõem-se uma necessidade de se instituir uma ordem coacta, juridicamente institucionalizada que será mantida pela atuação do poder público previamente constituído.

Ainda diante da diferenciação entre as polícias, Mello (2011) pontua que “o que efetivamente aparta polícia administrativa de polícia judiciária [de segurança] é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades antissociais enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica”.

Ademais, a fim de definir por completo a função da polícia de segurança, principalmente da polícia judiciária, Silva (2005, p. 778) determina que o sistema que a polícia judiciária faz parte:

[...] envolve as atividades de investigação, de apuração das infrações penais, a indicação de sua autoria, assim como o processo judicial pertinente à punição do agente. É aí que entra a polícia judiciária, que tem por objetivo precisamente aquelas atividades de investigação, de apuração das infrações penais e de indicação de sua autoria, a fim de fornecer os elementos necessários ao Ministério Público em sua função repressiva das condutas criminosas, por via de ação penal pública.

A segurança pública, dentro das suas especificidades de competência, organiza-se frente à polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares, corpos de bombeiros e, em âmbito municipal, voltando-se à proteção dos bens, serviços e instalações, a guarda municipal.

Sendo que tal rol é taxativamente expresso no artigo 144 e parágrafos da Constituição Federal, portanto, assim, revela-se a organização da segurança pública por intermédio de seus instrumentos policiais constitucionalmente previstos.

Ainda que haja uma diferenciação na forma de atuação (atribuição) de cada órgão policial elencado na Constituição Federal, Silva (2005, p. 779) adverte que “o problema da segurança pública é de competência e responsabilidade de cada unidade da Federação, tendo em vista as peculiaridades regionais e o fortalecimento do princípio federativo, como, aliás, é da tradição do sistema brasileiro”.

Portanto, dentro das particularidades de cada ente federado é que se estrutura a segurança pública, esta galgada em três esferas de atuação, duas policiais (federais e estaduais) e a outra de natureza municipal (guardas municipais) que detém poder de polícia de vigilância, e, para tanto, não participam da responsabilidade

da segurança pública^[5] propriamente dita, mas que se destinam à proteção do patrimônio público.

3 O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA PELA GUARDA MUNICIPAL

Se a guarda municipal, constitucionalmente falando, não participa diretamente na manutenção da segurança pública, existe então um problema jurídico-paradoxal referente à sua forma de atuação à luz da Lei n. 13.022/2014.

Ou seja, a guarda municipal possui uma atuação de segurança (meramente patrimonial), que não interfere (ou não deveria interferir) nos aspectos de segurança pública. O problema paradoxal então versa sobre a sua forma de atuação constitucionalmente prevista, até onde ela pode ir e se há questionamentos relevantes a indagar sobre a sua nova forma de atuação desenhada pela Lei n. 13.022/2014, tema este a ser tratado em tópico diverso.

E é dentro destas conceituações de poder de polícia que se define o surgimento da polícia administrativa a qual, como explana Filho (2015, p. 76), é a “atividade tipicamente administrativa e, como tal, subjacente à lei, de forma que esta já preexistente quando dos administradores impõem a disciplina e as restrições aos direitos” (FILHO, 2015, p. 76).

Não obstante, por corroborar com a extensão do conceito de segurança pública e dos seus instrumentos, Filho (2015, p. 76-77) ainda relata que a atividade de polícia-corporação, está vinculada à matéria de poder de polícia, corresponde:

[...] à ideia de órgão administrativo, integrado nos sistemas de segurança pública e incumbido de prevenir os delitos e as condutas ofensivas à ordem pública, razão porque deve ser vista sob o aspecto subjetivo (ou formal). A polícia-corporação executa frequentemente

[5] Silva (2005, p. 782) retrata, de forma acertada, que apesar da guarda municipal não ter poder de polícia e não contribuir diretamente para a preservação da segurança pública, isto em um contexto constitucional-literal, é certo que a sua atuação participa sim de um aspecto, inerentemente, de segurança, qual seja a assecuração “da incolumidade do patrimônio municipal, que envolve bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens patrimoniais, mas não é de polícia ostensiva, que é função exclusiva da Polícia Militar”.

funções de polícia administrativa, mas a polícia-função, ou seja, a atividade oriunda do poder de polícia, é exercida por outros órgãos administrativos além da corporação policial.

Ou seja, o poder de polícia é exercido por ambas as atividades policiais (administrativa e/ou de segurança), tanto aquela restrita à atividade estatal propriamente dita (polícia-função), quanto na atividade estatal destinada à manutenção da segurança pública (polícia-corporação).

À luz da análise deste trabalho, o grande questionamento na relação do exercício do poder de polícia por parte da guarda municipal verifica-se nestes dois segmentos de atuação estatal.

Assim, necessariamente, deve se delimitar em qual estrutura a guarda municipal se encaixa: ou ela atua dentro do segmento de segurança pública (polícia-corporação), ou ela atua dentro do segmento da atividade estatal propriamente dita (polícia-função).

Não obstante, entende-se que, ainda que não faça parte da estrutura de polícias destinadas à segurança pública propriamente dita, a guarda municipal desenvolve um papel importantíssimo para a manutenção de uma determinada segurança: a incolumidade do patrimônio público.

Logo, definindo o plano de atuação da guarda municipal, é certo que a polícia estatal (função e/ou corporação) pode se organizar exclusivamente no campo administrativo, como é o caso das polícias de vigilância, dissuasão e de constrangimento, como também podem atuar como instrumentos de auxílio material e executivo no campo judiciário, com as investigações, rondas ostensivas, perseguições e capturas de indivíduos criminosos. (NETO, 2014, p. 556).

O que interessa neste sentido é entender se a guarda municipal restringe-se a uma ação de segurança voltada à vigilância, dissuasão e, frente ao caso concreto, de constrangimento, ou se, dentro das especificidades da interpretação sistemática da Constituição Federal e dos novos moldes aportados pela Lei n. 13.022/2014, a guarda municipal, de fato, passou a fazer parte do rol de polícias que agem tanto como prevenção, quanto como repressão no auxílio à jurisdição penal.

Contrariamente a esta última afirmação, verifica-se que a atuação de vigilância, inerente à atividade da guarda municipal, pode e deve ser realizada não só por meio de registros prévios, cadastros, inscrições e relatórios, mas como também da presença ostensiva dissuasória, incorporada por meio de guardas, rondas e/ou forças de choque. (NETO, 2014, p. 557).

Logo, é perfeitamente compreensível que a atuação de segurança desempenhada pela guarda municipal, constitucionalmente amparada, é a que visa à vigilância de determinados bens do poder público, e não como braço independente da polícia ostensiva, como hoje é adotado em alguns municípios.

Claramente, a atuação da guarda municipal é de polícia administrativa patrimonial, e não de polícia de segurança destinada, exclusivamente, a auxiliar a jurisdição penal, isto com o intuito de trabalhar na prevenção e repressão de situações que afrontem a ordem pública interna.

O texto constitucional é límpido em relação às restrições de atuação da guarda municipal e abnega a regulamentação da Lei n. 13.022/2014.

Sendo assim, fica evidente que a guarda municipal detém poder de polícia, só que esse poder, diante de uma análise constitucional e doutrinária, restringe-se à atuação de polícia administrativa de segurança patrimonial, ou seja, voltada para a vigilância de bens, serviços e instalações públicas.

4 PRINCÍPIOS E COMPETÊNCIAS DA GUARDA MUNICIPAL PREVISTAS NA LEI N. 13.022/2014

A Lei n. 13.022/2014 instituiu, no âmbito municipal, mais uma espécie de polícia não federal, a saber, a guarda militar, coexistindo com a polícia militar e a polícia civil.

O fim a que se propõe a referida lei está consignado logo em seu art. 1º, ao dispor o que essa institui como normas gerais para as guardas municipais, disciplinando o §8º do art. 144 da Constituição Federal.

Em seguida, no artigo subsequente (art. 2º), a lei descreve as guardas municipais como instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas conforme previsto em

lei, a que compete a proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Contrariamente ao texto da referida lei, enfatiza-se que a Constituição Federal, em seu art. 144, §8º, expressa de forma clara e precisa a razão de existir das guardas municipais e seus objetos de defesa (instituições voltadas à proteção de bens, serviços e instalações do município).

Entretanto, o art. 2º, da Lei n. 13.022/2014, ampliando inconstitucionalmente o alcance de atuação dessas entidades, afixa a insólita expressão “proteção municipal preventiva” de forma a – analisando-se o texto legal integral – incluir pessoas como alvo de proteção e, conseqüentemente, a defesa da ordem pública.

Esta distensão da esfera funcional das guardas municipais, para incluir pessoas, é contextualizada e advinda de circunstâncias fáticas pontuais, que justificava o reforço do contingente de policiais nas ruas com um custo barato e de forma rápida.

Como no Brasil poucas coisas surgem de um bom planejamento e debates amplos e democráticos, cogita-se o imediatismo e a ocasionalidade da Lei n. 13.022/2014 por servir de um atalho inconstitucional para reforçar o policiamento ostensivo de segurança pública em períodos em que a demanda criminal tenderia a maximizar com a maior circulação de pessoas em eventos internacionais.

De carona, os Estados compartilhariam com (ou até mesmo transfeririam aos) municípios o ônus de aprimorar e estruturar a contento o policiamento preventivo e ostensivo, constitucionalmente atribuídos no âmbito estadual às polícias militares.

Assumindo esse novo ônus, os governantes locais atrairiam votos com a venda da sensação de segurança pública ao pôr ostensivamente nas ruas guardas municipais tutelando pessoas (desvio de finalidade esta que, não raro, negligencia o dever de proteção a bens, serviços e instalações municipais, como manda a Constituição Federal).

Não obstante, nota-se no decorrer do texto legal, o excessivo uso de termos genéricos, demasiadamente abertos e dúbios, imiscuídos entre os papéis inerentes à função constitucional da guarda municipal, de molde a permitir o desvio de finalidade ora apontado.

A título de exemplo, verifica-se as expressões como “proteção municipal preventiva” (art. 2º); “proteção do exercício da cidadania e das liberdades públicas” (art. 3º, inc. I); ações conjuntas com órgãos de segurança pública que contribuam com a paz social (art. 5º, inc. IV); colaboração com a pacificação de conflitos que seus integrantes presenciarem, atentando para o respeito aos direitos fundamentais das pessoas (art. 5º, inc. V); melhoria das condições de segurança das comunidades (art. 5º, inc. IX); adoção de ações interdisciplinares de segurança no Município (art. 5º, inc. XI); ações de prevenção primária à violência (art. 5º, inc. XVI); e implantação da cultura de paz na comunidade local (art. 5º, inc. XVIII).

Feitas tais considerações e colocando sobre a mesa os implícitos verdadeiros intentos da Lei n. 13.022/2004, isto sob a perspectiva deste trabalho, ficam mais degustáveis os dispositivos legais nela incorporados, malgrado serem indigeríveis à luz da Constituição Federal.

O art. 3º, da referida lei, traz os princípios mínimos de atuação das guardas municipais, quais sejam: a proteção dos direitos humanos fundamentais, o exercício da cidadania e das liberdades públicas; a preservação da vida, redução do sofrimento e diminuição das perdas; o patrulhamento preventivo; o compromisso com a evolução social da comunidade; e uso progressivo da força.

Em que pese os princípios institucionais ora citados nortearem a atuação da guarda municipal, é evidente que somente serão válidos se estiverem jungidos ao propósito de proteção de bens, serviços e instalações dos municípios. Fora desse quadrante, qualquer atuação da guarda municipal será excessiva e inovadora diante da Constituição Federal.

Ademais, é curioso o posicionamento das atribuições específicas da guarda municipal (art. 5º) em cotejo com a competência geral gizada no artigo anterior (art. 4º). Muitas destas atribuições específicas fogem da competência geral, como se fossem partes deslocadas do corpo, consistentes em funções alheias ao desiderato constitucionalmente estabelecido às guardas municipais.

A Lei n. 13.022/2014 tem o condão de pôr em uma zona cinzenta a guarda municipal, construindo uma terceira categoria de polícia – uma polícia municipal – que, a

um só tempo, não integra a estrutura da segurança pública e exerce essa função em escala municipal.

Em outros termos, a guarda municipal não é uma polícia de segurança pública (até porque o art. 144, da Constituição Federal é taxativo, conforme já se posicionou a Suprema Corte, como veremos a seguir), mas que atua como uma ao pretender a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio destas sob a mira de eufemismos legais que traçam a silhueta de uma instituição híbrida, que sofre enorme crise de identidade.

5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA GUARDA MUNICIPAL POLICIALIZADA

Fincadas as balizas delimitadoras da atuação funcional da guarda municipal face à Constituição Federal e guardadas as devidas discrepâncias entre a atividade que desempenha por mandamento constitucional e o papel desenvolvidos pelas forças de segurança pública, a quem, com exclusividade, é conferido o mister de resgatar o estado ordeiro original da sociedade por meio da polícia judiciária ou através da polícia de manutenção da ordem.^[6]

Logo, a indagação central desse breve ensaio tangencia a ilação se a guarda municipal exerce polícia administrativa, ao dedicar-se à proteção de seus bens, serviços e instalações dos Municípios, ou se integra a polícia de segurança pública, ao lado e em reforço às polícias militares ao exercer o patrulhamento ostensivo em vias públicas.

Isto considerando que, à luz da Lei n. 13.022/2014, hoje, a guarda municipal pode atuar ao realizar abordagens e buscas pessoais em cidadãos em situação suspeita,^[7]

[6] Cunha Júnior (2010, p. 90) traça a seguinte diferença entre a polícia administrativa e a polícia de segurança pública: O poder de polícia administrativa é inerente a toda a Administração Pública e se reparte entre todas as esferas administrativas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Não se confunde com a polícia de segurança pública, ou seja, com a polícia judiciária e a polícia de manutenção da ordem, que são privativas de determinados órgãos (polícias civis e militares).

[7] Reconhecendo “excesso de função” por parte de guardas municipais que realizaram busca pessoal, ao invalidar prova em decorrência de sua ilicitude: TACRIM - 4ª Câm.; AP nº 1.270.983-9-Santos-SP; Rel.

ao proceder a operações de enfrentamento à criminalidade e a diversas outras atividades típicas e inerentes à polícia militar (órgão de segurança pública de cunho preventivo) e à polícia civil (órgão de segurança pública de cunho repressivo e auxiliar ao Poder Judiciário).

Assim, paralelamente ao translúcido art. 144, incisos I a V, da Constituição Federal, que arrola, taxativamente, as instituições policiais que integram a segurança pública, o constituinte dedicou o 8º, do mesmo dispositivo, à autêntica guarda municipal, autorizando os Municípios, em conformidade com o interesse local, a constituírem guardas municipais, com o fim de proteger de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Bem de ver que, valendo-se de uma leitura rasteira de ambos os dispositivos constitucionais, interpretando-os de forma sistemática, lógica e literal, não se exige proeza incomum para se chegar à conclusão de que a guarda municipal não integra a polícia de segurança pública e que oficia em favor do Município para o fim específico de tutelar bens, serviços e instalações pertencentes ao Município, isto é, tudo aquilo que não se sujeita à propriedade da União (art. 20, incisos I a XI, CF/88) e dos Estados (art. 26, incisos I a IV, CF/88).

Logo, entendendo o lugar constitucionalmente previsto à guarda municipal, norma aquela inafastavelmente atribuidora de validade às demais normas infrapositionadas integrantes do ordenamento jurídico - segundo a teoria kelseniana do escalonamento jurídico, analisar-se-á se as regras estabelecidas pela Lei n. 13.022/2014 extrapolam o compacto âmbito de atuação da guarda municipal implantado pela Carta Maior.

Apreciando-se o art. 144, §8º, da Constituição Federal, pinça-se desse dispositivo uma norma constitucional auto executável, ou seja, dotada “de aptidão para gerar, desde logo, efeitos jurídicos independentemente do legislador ordinário, tendo em vista sua completude” (FERNANDES, 2011, p. 79), porém de eficácia contida, conforme tradicional classificação proposta por Silva (1999, p. 66).

Juiz Marco Nahum; j. 18/9/2001.

Assim, as normas constitucionais de eficácia contida “nascem com eficácia plena, reúnem todos os elementos necessários para a produção de todos os efeitos jurídicos imediatos, mas terão seu âmbito de eficácia restringido, reduzido ou contido pelo legislador infraconstitucional (ordinário).” (FERNANDES, 2011, p. 82).

Nesse panorama, ao aludir a uma lei ordinária futura que disporá sobre a atuação da guarda municipal, subentende-se que esta – a lei ordinária futura – afunilando a abrangência da norma constitucional posta, não deverá, obviamente, ampliar sua eficácia jurídica (aptidão da norma para gerar efeitos concretos), tampouco direta ou obliquamente elastecer o âmbito de eficácia da norma constitucional, em típico ato de traição ao mandato outorgado pelo constituinte.

O mister de regulamentar a norma constitucional de eficácia contida é intrinsecamente restritivo, não configurando uma *carte blanche* finalisticamente manipulada para derogar a Constituição Federal, sob pena de invalidade e, por via de consequência, de extirpação do ordenamento jurídico por meio do controle de constitucionalidade.

Assim, como bem lembrado por Rosa (2005):

As Guardas Civis possuem a competência prevista no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, e não integram os órgãos de segurança pública instituídos no art. 144, incisos I a V. O texto constitucional é claro, mas alguns estudiosos buscam uma interpretação extensiva que não encontra amparo legal quanto ao campo de atuação dos guardas municipais.

E na contramão da delegação atribuída pelo constituinte ao legislador ordinário, deliberadamente amplificando a intelecção da função da guarda municipal para atender, a um só tempo, o escopo de reverter o incremento da criminalidade e de suprir a deficiência estrutural e de contingente das policiais (não priorizadas pelo Executivo Estadual e Distrital, notadamente), surge a Lei n. 13.022/2014, inovando, sem pudor, o texto constitucional.

Neste aspecto, é o que pondera Oldoni (2015), isto ao refletir que “se o artigo 144 § 8º da CF atribui à Guarda Municipal a função de proteção dos bens, serviços e instalações do município, a lei regulamentar não pode extrapolar este limite”.

Cogita-se que a tendência hodierna de expansão punitivista e o emprego indevido e banalizado do Direito Penal para remediar problemas sociais crônicos justificam a dilação das atribuições da guarda municipal, submetida a um excêntrico processo de policização em aberto desrespeito à Constituição Federal.

Neste aspecto, pertinentes são as conclusões de Rosa (2005):

Em razão do aumento da criminalidade que tem feito várias vítimas, os guardas municipais passaram ainda que de forma indevida a serem empregados em atividades de policiamento ostensivo como ocorre na cidade de São Paulo e em outros municípios espalhados pelo Brasil, inclusive com o emprego de armas. A população que sente a violência no dia-a-dia não está preocupada com discussões acadêmicas. Para o cidadão não importa o posto, a graduação, a Corporação, daquele que irá atender a ocorrência. Os civis querem uma resposta por parte do Estado, não se preocupando com o título do agente que representa a administração pública.

O Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.827/RS, teve oportunidade de asseverar a taxatividade do rol insculpido pelo art. 144, da Constituição Federal.

Assim sendo, ao ampliar a atuação da guarda municipal, o legislador ordinário, ilegitimamente, excedeu-se e, deturpando o mote da norma constitucional através do emprego de expressões dúbias e desconexas, como “proteção municipal preventiva” (art. 2º da Lei n. 13.022/2014) caiu na inconstitucionalidade.

Outra preocupação causada pelo advento da lei em comento e que causa espanto é o fato de o Ministério Público não exercer o controle externo da Guarda Municipal, não batizada como instituição policial – isto na forma. Contudo, no conteúdo, transmutada foi em verdadeira força policial e repressora face às competências e funções estabelecidas no diploma legal em apreço.

Infelizmente, como em uma parcela considerável de assuntos sensíveis, o legislador brasileiro não devota compromisso com a ordem jurídica e dribla seu mister ao legiferar a toque de caixa, de ímpeto, movido por propósitos genuinamente populistas e circunstanciais, não diferente é com a Lei n. 13.022/2014.

CONCLUSÃO

O breve apanhado desenvolvido ao longo deste estudo permitiu-nos concluir que a Lei n. 13.022/2014 veio para inovar, disciplinando em um tom maior que a Constituição Federal, a atuação da guarda municipal, em evidente desvio de finalidade.

Apesar dos honrosos propósitos do legislador ao criar além do texto constitucional funções estranhas à guarda municipal, consistentes no incremento da força policial em prol da ordem pública e à economicidade deste processo de reforço, endossa-se que o regime democrático não se encorpa com violações à Constituição e com paliativos inférteis que conquistam o eleitorado mais desavisado.

O controle da criminalidade decorre de um conjunto de suportes teóricos e empíricos, oriundos de estudos criminológicos e aportes de política criminal, com a contribuição das ciências afins, que conferem seriedade e consistência às opções legislativas, sem embargo do respeito incondicional à Constituição Federal.

Entretanto, os atropelos da Lei n. 13.022/2014 debelam o que acima se espera e são evidenciados pela superficialidade com que trata a necessidade de disciplina do art. 144, §8º, da Constituição Federal de 1988, vulnerabilizando, assim, suas garantias fundamentais expressamente previstas, isto à medida que o cidadão se submete a uma atmosfera policlesca cada vez mais densa, acriteriosa e distante da Lei Maior.

Logo, se torna evidente que a legalização da estranha, e inconstitucional, forma de atuação da nova guarda municipal se mostra desarrazoável ao propósito de um enfrentamento à criminalidade, instituindo um órgão policial alienígena à disciplina constitucional.^[8]

[8] Recentemente, de maneira contrária, na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.948/DF, monocraticamente, o Min. Alexandre de Moraes, em caráter liminar, decidiu pela possibilidade de amplo armamento das guardas civis, determinando a imediata suspensão da eficácia das expressões “das capitais dos Estados e com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes”, no inciso III, bem como o inciso IV, ambos do art. 6º da Lei Federal nº 10.826/2003, “em face da efetiva participação [das guardas municipais] na segurança pública e na existência de similitude nos índices de mortes violentas nos diversos municípios, independentemente de sua população (...), para evitar a manutenção de danos irreparáveis à segurança pública”. Conforme nossa proposta, esse argumento de “lei e ordem”

Assim, a atuação da guarda municipal se torna atentatória ao Estado Democrático de Direito, institucionalizando-se uma força policial que não se integraliza ao mandamento constitucional e, portanto, torna-se ilegal e ilegítima perante a essência sócio-jurídica do Estado brasileiro.

voltado ao recrudescimento do poderio armamentista das guardas, *data venia*, é inconstitucional, por não integrarem o sistema de segurança pública (decisão publicada no DJE nº 153, em 31/07/2018), não recaindo sobre si o ônus de combater a criminalidade urbana.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA, Celso de Melo. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 mai. 2018.
- _____. **Lei n. 13.022, de 8 de agosto de 2014**. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 8 de agosto de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13022.htm. Acesso em: 16 mar. 2017.
- _____. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1996**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 25 de outubro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 16 mar. 2017.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **A Teoria do Crime e da Pena em Durkheim: uma concepção peculiar do delito**, [S.l.]. Disponível em: www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/humbertorevisado.pdf. Acesso em 1 jul. 2017.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas. 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLDONI, Fabiano. **O estatuto da guarda municipal é inconstitucional**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/13/o-estatuto-da-guarda-municipal-e-inconstitucional>. Acesso em: 29 jun. 2017.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Estatuto do desarmamento e as atividades desenvolvidas pelas guardas municipais: aspectos legais e constitucionais**. Boletim IBCCRim, Setembro/2005.
- SÃO PAULO. **TACRIM - 4ª Câm. AP n. 1.270.983-9-Santos-SP. Rel. Juiz Marco Nahum. j. 18/9/2001**. Disponível em: <http://brs.aasp.org.br/netacgi/nph-brs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=20&r=396&s1=moral&s2=&u=/netahtml/aasp/aasp1.asp>. Acesso em: 18 mar. 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.
- _____. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 2.827/RS**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309860532&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2017.

LEGITIMIDADE E INTERESSE RECURSAL NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Fernando Antônio Oliveira^[1]
Camilo Zufelato^[2]

INTRODUÇÃO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é um mecanismo processual previsto no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), a partir do artigo 976. Seu procedimento contém, basicamente, duas fases de julgamento (além de uma fase de instrução): a primeira, destinada ao exame de admissibilidade do incidente; e a segunda, referente ao seu exame de mérito, o qual resulta na(s) tese(s) jurídica(s), de eficácia vinculativa tanto para os casos pendentes quanto para os casos futuros de competência do tribunal correspondente (artigo 985 do CPC).

[1] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: fernando.oliveira@usp.br.

[2] Livre-docente em Direito Processual pela FDRP-USP. Professor do Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da FDRP-USP: camilo@usp.br.

No que se refere à matéria de recursos no procedimento do IRDR, há previsão expressa apenas de recurso contra o acórdão que julga o mérito do incidente, nada tendo disciplinado o legislador acerca do cabimento de recurso contra a decisão de admissibilidade do incidente.

Paralelamente à essa míngua, também não houve tratamento adequado acerca dos legitimados para a interposição de recursos no IRDR, assim como quanto à modalidade da participação de eventuais recorrentes ou sobre o interesse recursal dos mesmos.

Nesse contexto, o presente artigo busca explorar a problemática da legitimidade e do interesse recursal no âmbito desses recursos, considerando a grande extensão de efeitos que as decisões proferidas no incidente têm, principalmente em decorrência da suspensão dos processos pendentes e pela eficácia vinculativa das teses jurídicas firmadas quanto aos processos pendentes e futuros. Para tanto, é apresentado, também, um panorama dos recursos contra as decisões que encerram os exames de admissibilidade e de mérito do IRDR.

E, diante da inexistência de previsão legal específica para a hipótese estudada, serão examinadas possíveis soluções para a questão, considerando os instrumentos previstos no ordenamento jurídico, com adequações às particularidades existentes.

1 RECURSOS NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Embora o CPC tenha disciplinado detalhadamente o procedimento do IRDR, não avançou especificamente sobre a matéria de recursos no incidente. De fato, a única disposição sobre recursos contida na parte do código destinada a tratar do IRDR está prevista no artigo 987, o qual prescreve o cabimento de recurso especial ou recurso extraordinário contra o acórdão de mérito do incidente.

Nesse contexto, nota-se que o CPC deixou de disciplinar algumas questões ligadas à matéria de recursos e que têm importância na aplicação do IRDR.

Primeiro, verifica-se que o código não prescreveu o cabimento de nenhum recurso ou meio de impugnação da decisão do exame de admissibilidade do IRDR. Embora

haja possibilidade de manejo de Embargos de Declaração e Agravo Interno no IRDR em algumas hipóteses, porquanto tais recursos têm previsão de cabimento geral, o mérito de um acórdão do exame de admissibilidade não tem nenhum remédio explicitamente prescrito como meio de impugnação.

Fora isso, o CPC não trata especificamente, em matéria de recursos no IRDR, sobre os legitimados para a interposição de recursos, deixando também de lançar luzes sobre o interesse recursal em tais hipóteses.

Nas linhas seguintes, é feita uma abordagem mais breve acerca dos possíveis recursos cabíveis no procedimento do IRDR, deixando para o tópico seguinte a abordagem sobre legitimidade e interesse recursal no contexto daqueles recursos.

1.1 RECURSOS CONTRA A DECISÃO PROFERIDA NO EXAME DE ADMISSIBILIDADE DO IRDR

1.1.1. DA DECISÃO DO EXAME DE ADMISSIBILIDADE NO IRDR

Após o pedido de instauração do incidente, realiza-se a análise dos requisitos de seu cabimento. Nesse sentido, dispõe o artigo 981, do CPC: “Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976”.

O mencionado dispositivo é claro ao prever que o exame de admissibilidade é de incumbência de órgão colegiado, não tendo sido prevista a possibilidade de tal exame ser realizado monocraticamente – pelo relator, portanto.

A partir do texto legal, a doutrina fixou entendimento de que não haveria margem interpretativa para permitir o julgamento monocrático no exame de admissibilidade do IRDR^[3], o que inclusive deu ensejo à criação do enunciado de n. 91 do FPPC: “Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática”.

[3] Nesse sentido: TEMER, 2017, p. 124; DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 721; ROQUE, 2017, p. 859; CAVALCANTI, 2016, p. 270; BUENO, 2016, p. 581; MANCUSO, 2016, p. 238; NEVES, 2016, p. 1408; CABRAL; CRAMER, 2016, p. 1430.

Apesar de alguns tribunais terem reforçado essa regra em seus regimentos internos^[4], outros tribunais disciplinaram a possibilidade de o exame de admissibilidade ser feito monocraticamente.

Exemplo disso, o Regimento Interno do TJMG contemplou hipótese de julgamento unipessoal, em caráter liminar, em caso de pedido formulado por parte ilegítima^[5], hipótese igualmente prevista pelo Regimento Interno do TJGO^[6].

O TJMT, por sua vez, disciplinou em seu Regimento Interno regra que possibilita ao relator indeferir liminarmente IRDR não só em casos de ilegitimidade, mas também quando houver “ausência dos pressupostos para instauração do incidente”^[7], norma que permite interpretação ampla e que pode dar ao relator os mesmos poderes que foram outorgados pelo CPC somente ao órgão colegiado. No mesmo sentido, também o Regimento Interno do TJPE, que dá ao relator poder de negar seguimento a incidente “manifestamente incabível”^[8].

Tal ampliação demasiada dos poderes do relator parece extrapolar o limite da competência normativa dos regimentos, pois realmente o texto do artigo 981 do CPC não permite interpretar que o exame da admissibilidade possa ser feito monocraticamente^[9], o que se explica pela própria relevância desse tipo de decisão.

[4] O TJDFt adicionou em seu Regimento Interno disposição expressa de que o exame de admissibilidade deve ser feito por órgão colegiado: “Art. 303. Feita a distribuição à Câmara de Uniformização, o relator levará o incidente para o juízo colegiado de admissibilidade, lavrando-se o respectivo acórdão”.

[5] Art. 368-C Distribuído o incidente, o relator poderá:

(...) II - indeferir liminarmente o incidente quando formulado por parte ilegítima.

[6] Art. 341-B. Distribuídos os autos na Corte Especial ao relator, este poderá, antes do juízo de admissibilidade: (...) II - indeferir liminarmente o incidente quando formulado por parte ilegítima.

[7] Art. 181-G. Distribuído o incidente, o relator poderá:

I - indeferir-lo liminarmente, quando formulado por parte ilegítima e por ausência dos pressupostos;

[8] Art. 436. Se o incidente for manifestamente incabível, o relator a ele negará seguimento.

[9] Em sentido semelhante: “O julgamento unipessoal de inadmissão ou admissão do IRDR, por outro lado, deve ser visto com reservas. É que, se, em uma primeira análise parece razoável permitir ao relator que inadmita monocraticamente incidente que verse sobre questão já decidida pelo STJ em recursos repetitivos (art. 976, § 4.º), por exemplo, a problemática torna-se muito mais sensível quando se trata de definir se há ou não repetição suficiente para instaurar o incidente ou se a matéria é ou não de direito, o que justifica que este juízo seja atribuição do órgão colegiado, como quis o CPC/2015 (LGL\2015\1656)” (DIDIER; TEMER, 2016, p. 257-278).

De fato, o mérito do exame de admissibilidade tem grande importância, bastando contemplar que este julgamento é que define se a questão é efetivamente repetitiva ou não, e se é capaz de gerar risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. O resultado do exame de admissibilidade também delimitará o objeto a ser enfrentado no julgamento do mérito e que ao final dará ensejo à estipulação de uma tese jurídica.

Por outro lado, e diferentemente do mérito do exame de admissibilidade, existem questões preliminares, relacionadas à admissibilidade da proposição do IRDR, os quais poderiam ser resolvidas monocraticamente.

Nesses moldes, existem aspectos formais do requerimento de instauração do IRDR, referentes à documentação necessária à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente, nos termos do artigo 977, parágrafo único, do CPC. Tais aspectos formais, caso viciados, podem ser sanados por determinação do relator, aplicando-se, nesse caso, a norma do parágrafo único do artigo 932 do CPC.

Questão também preliminar é o juízo sobre a legitimidade para a propositura do incidente, hipótese para a qual alguns tribunais já disciplinaram a possibilidade de extinção liminar pelo relator em caso de ilegitimidade. Nessa hipótese, o exame é simples e muito objetivo, na medida em que o CPC prevê um rol taxativo de legitimados para a suscitação do IRDR. Assim, parece razoável a previsão de inadmissão liminar pelo relator nesses casos, evitando a remessa de questão simples ao órgão colegiado.

Feitas essas considerações, importa destacar que a decisão do exame de admissibilidade pode ser monocrática ou colegiada.

1.1.2. RECURSOS CONTRA A DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE^[10]

[10] Em outro estudo, tivemos oportunidade de realizar uma análise específica sobre o tema (ZUFELATO; OLIVEIRA, 2018).

Caso o juízo de admissibilidade tenha sido feito apenas pelo relator, além de Embargos de Declaração^[11], cuja previsão de cabimento do artigo 1.022, do CPC, dirige-se a todas as decisões judiciais, há também a possibilidade de interposição de Agravo Interno.

De fato, sempre que esta decisão for proferida por relator, haverá possibilidade de interposição de Agravo Interno, nos termos do artigo 1.021, do CPC.

Para os que entendem que o exame de admissibilidade seja de incumbência exclusiva de órgão colegiado, qualquer decisão monocrática que encerre o exame de admissibilidade do IRDR já seria atacável por meio de Agravo Interno, pelo simples fato desta não ter sido prolatada por órgão colegiado, tratando-se de *error in procedendo* (MANCUSO, 2016, p. 240).

Fora as hipóteses de Embargos de Declaração e Agravo Interno, indaga-se sobre a possibilidade de manejo de qualquer outro meio de impugnação contra o mérito da decisão do exame de admissibilidade do IRDR, principalmente quanto aos requisitos para a instauração do IRDR, previstos no artigo 976, considerando que a descontentamento pode ser tanto em caso de admissão quanto de inadmissão do incidente.

Como já mencionado em momento anterior, o código não previu o cabimento de recurso contra o acórdão do juízo de admissibilidade do IRDR.

Olhando para os mecanismos disponíveis no nosso ordenamento e considerando as características da decisão e do seu órgão prolator (“órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal”, nos termos do artigo 978 do CPC), o único direcionamento possível seria para o cabimento dos recursos excepcionais contra a decisão do exame de admissibilidade do IRDR.

[11] Embora o cabimento de recurso contra o mérito da decisão do exame de admissibilidade do IRDR seja controverso, não se controverte sobre o cabimento de Embargos de Declaração, como única exceção à regra de irrecorribilidade, conforme inclusive foi explicitado no enunciado de nº 556 do FPPC: “É irrecorível a decisão do órgão colegiado que, em sede de juízo de admissibilidade, rejeita a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, salvo o cabimento dos embargos de declaração”.

No entanto, há forte resistência na doutrina sobre tal cabimento. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso (2016, p. 240) bem sintetiza os principais fundamentos desse posicionamento:

Quanto à possibilidade de RE ao STF ou REsp ao STJ no âmbito do art. 981, (...) estamos em que seu manejo em face da decisão quanto à admissibilidade do IRDR se afigura remoto, senão já inviável: a uma, porque se poderia objetar falta de interesse recursal, já que o IRDR, trancado ab initio, pode ser reapresentado uma vez sanada a falha (§ 3.º do art. 976); a duas, porque, como antes dito, já vem prevista a possibilidade de RE ou REsp contra a decisão que fixa a tese jurídica no IRDR, propriamente dita, e esse ulterior acórdão do STF ou do STJ é que projetará, nacionalmente, efeito obrigatório em face das demais instâncias judiciais (art. 927, III); a três, porque tanto o RE como o REsp devem ser tirados de causa decidida (CF, art. 102, III e 105, III), quesito desatendido em se tratando do juízo de admissibilidade do IRDR.

O argumento de falta de interesse recursal em face da possibilidade de reapresentação do mesmo incidente não admitido, inclusive já foi utilizado em decisão que negou seguimento a Recurso Especial interposto contra acórdão que inadmitiu um IRDR no TJES^[12].

Todavia, esse argumento parece desconsiderar os graves prejuízos que a decisão de inadmissão pode causar em termos de isonomia e segurança jurídica, descartando a possibilidade de equívoco quanto à análise dos requisitos para a instauração do IRDR, ao passo que o suscitante é quem deverá posteriormente demonstrar que o requisito inexistente num primeiro momento passou a existir, nos termos do artigo 976, §3º, do CPC.

[12] “O referido incidente pode ser suscitado mais de uma vez. Assim, se for inadmitido, poderá ser suscitado novamente, desde que preenchido o requisito faltante. Não por outra razão que o recurso especial somente caberá se houver julgamento de mérito do incidente, nos termos do artigo art. 987 do CPC/2015. (...) No caso, como o incidente de resolução de demanda repetitiva foi inadmitido por ausência de preenchimento dos requisitos legais, não se mostra cabível a interposição do presente recurso especial.

Por tal razão, NÃO ADMITO o presente recurso”. (REsp em IRDR nº 0037928-30.2016.8.08.0000, TJES, Relator e Vice-Presidente do Tribunal, Desembargador Fabio Clem de Oliveira; data da decisão: 09/08/2017).

Nesse ponto, há casos em que o IRDR pode ser inadmitido por se entender que não há efetiva repetição, quando na verdade existe e a discussão passa a ser subjetiva quanto ao número necessário de processos com a mesma questão.

Mais plausível ainda é a discussão sobre a natureza da questão controvertida, se exclusivamente de direito ou não. Nesse ponto, há casos em que podem pairar dúvidas entre os julgadores, dividindo os votos entre aqueles que entendem que é somente de direito e os que entendem ser também de fato, como já ocorreu^[13].

Fora a hipótese de decisão que inadmite o incidente, tratando-se de decisão que o admite, igualmente necessário se demonstra o cabimento de recurso contra essa decisão.

Primeiro, dizer que não há necessidade de recurso em face de decisão que admite o incidente diante do cabimento de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário contra a decisão final não elimina a importância dos efeitos da decisão de admissão do incidente.

De fato, mesmo que se aceite a possibilidade de rediscussão da admissibilidade quando do julgamento do mérito do incidente^[14] – o que parece ser uma hipótese remota, pois é muito difícil e até ilógico (a prática demonstra isso) imaginar que o mesmo órgão colegiado que fez o exame de admissibilidade irá modificar o seu entendimento –, já estará consumado o prejuízo advindo da admissão, principalmente em razão da suspensão dos processos pendentes e da delimitação do objeto do incidente, ou estabilização objetiva do incidente (TEMER, 2017, p. 126).

[13] Exemplo de IRDR que inegavelmente avançou sobre conteúdo de fato, inclusive com a fixação de tese sobre controvérsia que necessitaria da análise de provas, foi o IRDR nº 040/2016, do TJ-ES, que trata da pretensão de indenização em virtude da falta de abastecimento de água causada pela contaminação do Rio Doce, decorrente do vazamento de rejeitos de minério causado pelo rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana-MG.

Naquele caso, fixou a Turma de Uniformização de Interpretação de Lei, órgão do sistema de Juizados do Espírito Santo, por maioria de votos, um valor fixo de R\$1.000,00 (hum mil reais) de indenização por danos morais, para cada autor postulante de ação indenizatória pelo referido desabastecimento.

[14] André Roque concebe a possibilidade de retificação da decisão do exame de admissibilidade quando do exame de mérito do incidente, por não haver preclusão *pro judicato* (ROQUE, 2017, p. 860).

O fato é que, com a admissão do IRDR, não há outro caminho senão a fixação da(s) tese(s) de direito^[15]. E, considerando a eficácia dos efeitos da tese fixada no incidente, que se projeta tanto para os processos pendentes quanto para os processos futuros, entende-se que pode ser bastante nocivo negar a oportunidade de rediscussão dos requisitos de admissibilidade, quando se entender que eles estariam ausentes.

Quanto à expressão “causa decidida”, disposta nos artigos 102, III, e 105, III, ambos da Constituição Federal e que disciplinam o cabimento do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial, respectivamente, aponta-se para a necessidade de que a decisão atacada tenha substrato em uma causa concreta – ao contrário do julgamento objetivo que resulta em teses jurídicas, como ocorre no IRDR (NEVES, 2016, p. 1408) –, em que há o esgotamento dos recursos ordinários, “seja porque foram interpostos (preclusão consumativa), seja porque não o foram (preclusão temporal)” (MANCUSO, 2016, p. 240).

Entretanto, a leitura desses dispositivos constitucionais deve estar atenta ao novo contexto da aplicação das normas, não podendo mais se ater à sua literalidade.

Com efeito, compartilha-se do entendimento de que o termo “causas” deve ter uma interpretação mais ampla (ROQUE, 2017, p. 859) para abranger as hipóteses de qualquer incidente no processo, configurando-se o cabimento de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário contra qualquer acórdão (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 361), inclusive em casos de julgamento de instrumentos objetivos, como o IRDR, uma vez que já se tem admitido há muito no STF a interposição de Recurso

[15] Diz-se ser inevitável fixação da tese jurídica porque o Código não dá margem à interpretação de que seria possível ao órgão colegiado incumbido de realizar o exame de mérito deixar de fixar a tese, ou seja, admitir o incidente e depois de julgar o seu mérito não formular tese jurídica, até porque em vários artigos do capítulo destinado ao IRDR há indicativos de que o julgamento resulta na criação de teses jurídicas. Entretanto, é muito curiosa a disposição inserida no Regimento Interno do TJGO, que aparentemente instituiu a possibilidade de se finalizar o exame de mérito do IRDR sem a fixação de teses, nos termos do seu artigo 341-A, incisos III e IV: “IV – O enunciado da tese jurídica formulada pelo relator será submetido à ratificação ou rejeição dos demais desembargadores que a compõem; V – Havendo rejeição, a tese jurídica é considerada não aprovada nem fixada pelo Tribunal e seu enunciado não terá a eficácia do art. 985 do CPC”. Sem dúvidas esse conteúdo merece maiores reflexões, o que, todavia, não poderá ser feito no âmbito desse artigo.

Extraordinário com o intuito de revisar o controle de constitucionalidade feito pelos tribunais no âmbito das representações de inconstitucionalidade (e. g. ARE 740.655, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09.12.2016), como aponta André Roque (2017, p. 859).

É conveniente destacar, ademais, que o manejo dos recursos excepcionais na hipótese da decisão do exame de admissibilidade do IRDR teria como objeto os requisitos da sua instauração ou aspectos relacionados ao procedimento de admissibilidade, não avançando no exame de mérito da questão de direito que está sendo tratada no incidente, o que somente pode ser objeto de recurso contra a sua decisão de mérito.

Entende-se possível, nesse caminhar, o preenchimento dos requisitos dos artigos 102, III e 105, III, da Constituição Federal.

No caso de Recurso Especial, seu cabimento se evolvia principalmente a interpretação e aplicação dos artigos 976 e 978 do Código de Processo Civil. Inclusive, já se nota importante questão que deverá ser esclarecida pelo STJ, a respeito da interpretação do CPC, mais especificamente quanto ao artigo 987, parágrafo único, acerca da (im)prescindibilidade de causa pendente no tribunal, o que tem sido considerado por muitos um verdadeiro quarto requisito para a instauração do IRDR^[16]. Trata-se de matéria de destaque na jurisprudência sobre decisões de admissibilidade e que certamente ainda renderá muita discussão sobre a possibilidade de instauração de incidentes a partir de processo de 1ª instância, de processos do âmbito dos Juizados ou mesmo de processos cujo recurso ou remessa necessária já tenham sido julgados no mérito.

[16] “Não obstante seja incipiente a jurisprudência acerca da matéria em voga, a previsão contida no parágrafo único do art. 978, acima transcrito, vem sendo recebida pela doutrina pátria – e por vários precedentes dos mais diversos tribunais – como um verdadeiro requisito para que o IRDR seja admitido, qual seja, a existência de processo pendente de julgamento no tribunal respectivo, seja ele de sua competência originária ou recursal” (TJES: 0000792-62.2017.8.08.0000, Tribunal Pleno, relatora Des. Eliana Junqueira Munhos Ferreira, julgado em 25/05/2017).

“INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. Não se concebe a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando já não se faz possível dele extrair proveito útil ao processo principal, estando esgotada a jurisdição neste grau (...)” (TJSP, 2127738-78.2016.8.26.0000, Órgão Especial, relator Des. Renato Sartorelli, julgado em 05/10/2016).

Quanto ao Recurso Extraordinário, ao seu turno, mesmo concebendo maior dificuldade na sua incidência, ainda assim pode ser vislumbrado o seu cabimento quando houver alguma violação direta (e não reflexa) a alguma garantia processual quando do julgamento do exame de admissibilidade, como o indeferimento de pedido de sustentação oral na sessão de julgamento do exame de admissibilidade (artigo 984 do CPC), por parte habilitada, o que afeta o direito da parte ao exercício do contraditório.

Em específico, quanto ao requisito da repercussão geral, entende-se que a presunção do artigo 987, §1º, referente ao Recurso Extraordinário sobre a decisão do exame de mérito, deve ser estendida à hipótese de recurso contra a decisão do exame de admissibilidade. Se há tal presunção para o recurso contra a decisão de mérito do IRDR, não há motivos para não se adotar o mesmo entendimento quanto a eventual recurso em face da decisão do exame de admissibilidade do incidente, uma vez que há correlação entre os objetos tratados nessas decisões (temas delimitados antes do julgamento de mérito e depois – as teses).

No que concerne aos efeitos dos recursos excepcionais na hipótese ora tratada, parece coerente que tais, quando manejados contra a decisão do exame de admissibilidade, tenham efeito suspensivo. Aqui se aplica, também por analogia, a regra inserida pelo artigo 987, §1º, do CPC, voltada a esses mesmos recursos quando interpostos contra a decisão de mérito do incidente. O efeito suspensivo se demonstra necessário nesses casos, vez que, bastando imaginar, por exemplo, a possibilidade de suspensão de inúmeros processos e até mesmo o julgamento do mérito do IRDR, com início da aplicação da tese desenvolvida.

Por fim, caso não se entenda pela possibilidade de interposição de recurso especial e recurso extraordinário contra o mérito da decisão do exame de admissibilidade do IRDR, acredita-se que a importância da decisão suscita o cabimento de Mandado de Segurança contra ato judicial na espécie, considerando não ser hipótese de manejo de recurso com efeito suspensivo, nos termos do artigo 5º, II, da Lei n. 12.016/2009.

Ressalta-se que essa hipótese seria apenas caso não se aceite o cabimento dos recursos excepcionais, os quais são entendidos como mais apropriados. O que

não soa adequado é a ausência de qualquer meio de impugnação contra essa importante decisão (ZUFELATO; OLIVEIRA, 2018, p. 446).

1.2 RECURSOS CONTRA A DECISÃO DE MÉRITO DO IRDR

Conforme já exposto, o CPC prevê, no seu artigo 987, o cabimento de recurso especial e recurso extraordinário contra a decisão de mérito do IRDR, além da possibilidade de cabimento de embargos de declaração, cujas hipóteses definidas no artigo 1.022 do código se aplicam a qualquer decisão judicial.

Nos termos do §1º do artigo 987 do CPC, o recurso excepcional movido em face do julgamento do mérito do incidente terá efeito suspensivo, o que se revela uma exceção à regra geral de tais recursos, que detêm somente efeito devolutivo (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 741).

Nesse ponto, parece crível sustentar que o efeito suspensivo aqui tratado se estende a todos os processos sobrestados, além do próprio processo modelo que deu origem ao julgamento do incidente. Esse entendimento se coaduna com o próprio teor do §5º, do artigo 982, do CPC, o qual prescreve que a suspensão dos processos sobrestados apenas cessa se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

Alinha-se também à disposição do §2º, do artigo 987, do CPC, segundo o qual “Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito”, uma vez que seria um contrassenso permitir a aplicação da tese aos processos sobrestados enquanto o mérito não for definitivamente decidido pelo STF ou pelo STJ, algo que fere a almejada isonomia de tratamento dos processos, já que há o risco de mudança de entendimento sobre o teor da tese fixada.

Adotar entendimento contrário causaria, ademais, a indesejada interposição de inúmeros recursos excepcionais pelos sujeitos sobrestados, sobrecarregando os tribunais de vértice, considerando que já sofreriam os efeitos da tese fixada no IRDR julgado pelo tribunal de origem caso deixarem de interpor tais recursos.

O mesmo §1º do artigo 987 dispõe sobre presunção de repercussão geral para fins de interposição do recurso extraordinário contra a decisão de mérito do IRDR, previsão provavelmente relacionada à grande extensão das demandas repetitivas, o que não passa imune às críticas doutrinárias, porquanto a repetição de uma questão não estaria atrelada, necessariamente, à transcendência e importância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico (MARINONI, 2016, p. 123-124).

O §2º do artigo 987 do CPC, por sua vez, acrescenta importante comando, segundo o qual o julgamento de tais recursos excepcionais movidos em face da decisão de mérito do incidente dará ensejo à criação de tese jurídica de aplicação em todo território nacional, a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Trata-se de uma verdadeira ponte entre a uniformização a nível regional para o âmbito nacional, impondo-se ao julgamento destes recursos, efeitos idênticos às teses jurídicas oriundas dos recursos repetitivos. Esta sistemática só vem a reforçar o caráter suplementar do IRDR aos recursos repetitivos, como apontado na Exposição de Motivos do CPC/15 (BRASIL, 2010).

Tal efeito, se por um lado é importante para a unificação do entendimento acerca de uma questão a nível nacional, evitando a coexistência de entendimentos contraditórios entre tribunais, por outro lado pode desprezar o necessário amadurecimento das discussões nas cortes superiores, se for considerar que muitas vezes uma questão jurídica tem grande repetição em um estado ou região, mas não em outros(as) ou em nível nacional. Ademais, pode-se questionar também se determinadas questões não seriam específicas a determinadas regiões do país, o que dispensaria ou até desaconselharia a uniformização em âmbito nacional.

A fundamentação destes recursos é vinculada, devendo o recorrente observar as hipóteses previstas na Constituição para o manejo do recurso especial (artigo 105, III) ou do recurso extraordinário (artigo 102, III).

2 LEGITIMIDADE E INTERESSE RECURSAL NO ÂMBITO DOS RECURSOS CONTRA DECISÕES PROFERIDAS NO IRDR

Todo recurso, assim como todo procedimento, passa por um duplo juízo: um de admissibilidade e outro de mérito. O juízo de admissibilidade se distingue do de mérito, “na medida em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula, tirando-se daí as consequências cabíveis, isto é, acolhendo-se ou rejeitando-se a postulação. No primeiro, julga-se esta admissível ou inadmissível; no segundo procedente ou improcedente” (MOREIRA, 2003, p. 260).

Em síntese, o exame de admissibilidade precede o juízo de mérito e sua conclusão irá possibilitar ou não o enfrentamento do mérito da impugnação carreada pelo recurso.

O objeto do juízo de admissibilidade dos recursos é a análise dos requisitos de admissibilidade, os quais podem ser classificados em dois grupos (MOREIRA, 2003, p. 260): i) requisitos intrínsecos, relacionados ao próprio direito de recorrer – cabimento, legitimidade, interesse e ausência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; e ii) requisitos extrínsecos, concernentes ao modo de exercício do direito de recorrer – preparo, tempestividade e regularidade formal (DIDIER; CUNHA, 2017, p. 129).

Importa para o presente estudo os requisitos da legitimidade e do interesse recursal, os quais passam a ser tratados na sequência.

2.1. LEGITIMIDADE RECURSAL

A legitimidade para recorrer corresponde à legitimidade das partes, “sendo um reflexo daquela condição da ação no seu exercício, ao longo do processo, inaugurando uma nova fase, dedicada aos recursos” (BUENO, 2011, 74).

No CPC/15, a legitimidade recursal está prevista no artigo 996, com a seguinte redação: “O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica”.

Tal redação não passa incólume a críticas, principalmente pela expressão “parte vencida”, o que estaria inserindo no artigo destinado a tratar de legitimidade algo que se relaciona ao interesse recursal (sucumbência), algo não desejado, uma vez que a legitimidade deve ser fixada em abstrato, sem adjetivação (NEVES, 2016, p. 1.509).

Por outro lado, há quem entenda ser prudente a redação já com a identificação do resultado da demanda, uma vez que não bastaria ser parte para poder recorrer, sendo necessário o prejuízo ocasionado pela decisão (BUENO, 2011, p. 74).

Pois bem, o fato é que somente a parte que experimenta, em alguma medida, sucumbência, é que pode recorrer. Por parte entende-se não somente o(s) autor(s) ou o(s) réu(s), mas também o terceiro interveniente, que, com a intervenção, passou a ser parte (DIDIER; CUNHA, 2017, p. 133).

Quanto ao assistente simples, o parágrafo único do artigo 121 do CPC veio a dispor que o assistente será considerado substituto processual do assistido em casos que este for revel ou omissor, enquanto o *caput* do mesmo artigo prescreve que “o assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido”.

A novidade do artigo, comparado ao texto do CPC de 1973, está na disposição do parágrafo único “de qualquer outro modo, omissor o assistido”, o que permite a interposição de recurso pelo assistente mesmo quando o assistido não recorrer, o que antes era negado pela jurisprudência do STJ (DIDIER; CUNHA, 2017, p. 134).

O *amicus curiae*, agora expressamente elencado como modalidade de intervenção de terceiro no CPC, não tem legitimidade para recorrer, em regra, conforme previsão do artigo 138, §1º, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do §3º do mesmo artigo, que trata exatamente da legitimidade do *amicus curiae* para recorrer da decisão que julgar o IRDR.

Quanto ao terceiro prejudicado, “terceiro” seria aquele que não participa do processo, enquanto “prejudicado” demanda a aferição da “possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual”, nos termos do parágrafo único do artigo 996 do CPC.

O Ministério Público, que também figura no rol do artigo 966 do CPC, tem legitimidade para recorrer tanto quando for parte – por óbvio –, quanto na posição de fiscal da ordem jurídica. Quanto a esse último ponto, o Superior Tribunal de Justiça há muito tempo fixou entendimento de que “o Ministério Público tem

legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”, nos termos do enunciado da Súmula de n. 99.

Entrando nas especificidades da legitimidade recursal nos recursos contra as decisões proferidas no IRDR, pela leitura dos comandos gerais que se acabou de tratar, é incontroversa a legitimidade recursal da parte que figura no procedimento afetado para o julgamento do IRDR (procedimento modelo ou processo piloto), do *amicus curie* (conforme previsão expressa do artigo 138, §3º, do CPC), bem como do Ministério Público, como parte ou fiscal da ordem pública, nos termos da regra geral prevista no artigo 996 do CPC.

Fora essas hipóteses, alguns pontos passam a ser controvertidos, quanto a legitimidade para recorrer no procedimento do IRDR.

Dois deles se relacionam ao rol de legitimados para a propositura do incidente, previsto no artigo 977 do CPC, enquanto o outro seria quanto ao alcance da legitimidade do terceiro prejudicado na espécie.

Pois bem, o primeiro ponto que se destaca, relacionado ao rol do artigo 977 do CPC, refere-se também à ausência de previsão expressa de um rol de legitimados recursais. Nesse quesito, haveria dúvida sobre a legitimidade recursal do juiz ou relator, quando o IRDR for suscitado por eles, além da legitimidade ou não da Defensoria Pública para recorrer, quando não for parte no incidente.

O enfrentamento dessas duas questões tangencia, no entanto, o requisito do interesse recursal.

De fato, a chave para entender se juiz, relator e Defensoria têm legitimidade para recorrer no IRDR, é a análise da existência de interesse recursal dessas figuras na hipótese de recurso contra as decisões do IRDR.

A respeito de IRDR’s suscitados por juiz, relator ou órgão do tribunal, o primeiro grande óbice à sua legitimidade recursal seria a falta de competência desses órgãos para interpor recursos. Os membros do Poder Judiciário não têm capacidade postulatória, pois estão investidos de jurisdição, o que lhes retiraria interesse recursal, porquanto devem ser imparciais na sua atuação.

Entretanto, a questão não parece tão simples. Para ilustrar a sua complexidade, imaginemos a situação em que um juiz ou relator requer a instauração de um incidente e seu pedido é negado ao argumento de que os requisitos do artigo 976 do CPC não foram cumpridos. Ora, se considerarmos que os órgãos do Judiciário têm interesse na uniformização jurisprudencial e na concretização dos ideais de isonomia e segurança jurídica, não seria absurdo pensar que a decisão lhes foi prejudicial.

Nesse contexto, parece até crível sustentar que o juiz ou relator teriam interesse em recorrer nessas situações. No entanto, em que pese a atratividade do raciocínio, ainda lhes faltaria legitimidade, pois não há permissão em lei e na constituição para que exerçam o poder de recorrer nessas hipóteses. E mesmo se o CPC previsse tal legitimidade, seria de se discutir a constitucionalidade de tal disposição, pois a Constituição Federal não investiu os juízes de capacidade postulatória, em que pese o interesse na uniformização, conforme exposto acima.

Quanto à Defensoria Pública, embora não haja previsão legal tanto no rol da regra geral de legitimidade do artigo 996 ou em qualquer outra disposição do CPC, parece razoável conceber a sua legitimidade recursal, mesmo quando não for parte no IRDR, sempre que o incidente tratar de matéria que se alinhe aos propósitos daquela instituição.

Ou seja, a legitimidade estaria condicionada à verificação do seu interesse, o qual deve ser investigado na mesma lógica da legitimidade para instauração prevista no artigo 977, III, do CPC, ou seja, quando a questão se compatibilizar com as atribuições constitucionais da Defensoria (TEMER, 2017, p. 196).

Nesse esteio, o recorte para a atuação da Defensoria Pública deve ser relativa a questões jurídicas que envolvam o interesse dos necessitados e o signo da vulnerabilidade, diante da sua atribuição, artigo 134, da Constituição Federal, dispositivo cujos conceitos devem ser interpretados de forma mais abrangente e atinente à realidade, uma vez que os sujeitos necessitados ou vulneráveis não são apenas os economicamente pobres, mas todos aqueles sujeitos tecnicamente hipossuficientes que necessitam de uma tutela jurídica adequada (GRINOVER, 1990, p. 246).

A falta de previsão legal expressa de legitimidade recursal no IRDR da Defensoria pode ser superada, sugerindo como solução, ainda que imperfeita, o seu enquadramento como *amicus curie*, entende-se que sua atuação assume contornos institucionais e, portanto, alinhada à natureza da participação da figura do *amicus*.

Por fim, resta enfrentar a problemática do alcance da legitimidade do terceiro prejudicado no âmbito das decisões do IRDR, o que pode se traduzir na legitimidade dos sujeitos que podem ser afetados pela suspensão advinda da admissão de um incidente ou da fixação de tese no julgamento deste.

No entanto, considerando que o enfrentamento dessa problemática passa pelo melhor entendimento do termo “prejudicado” na questão específica do IRDR, entende-se que a discussão avança sobre o campo do interesse recursal e, portanto, deve ser abordado no tópico seguinte.

2.2. INTERESSE RECURSAL

Da mesma forma como ocorre na legitimidade recursal, também existe uma proximidade entre o interesse recursal e o interesse de agir, condição da ação. Nesse caminhar, “a mesma ideia de utilidade da prestação jurisdicional presente no interesse de agir verifica-se no interesse recursal, entendendo-se que somente será julgado em seu mérito o recurso que possa ser útil ao recorrente” (NEVES, 2016, p. 1.513).

Só se admite o recurso que puder oferecer uma situação mais vantajosa ao recorrente no caso do seu provimento. Quanto à parte no processo, exige-se que tenha sucumbido em alguma medida na decisão recorrida, o que não é exigido ao terceiro prejudicado ou eventualmente ao Ministério Público, porquanto não participaram da relação processual até então.

Em regra, o interesse recursal deve ser analisado somente em relação ao resultado do processo, ou seja, quanto à parte dispositiva da decisão, não avançando sobre os seus fundamentos.

No entanto, no caso do IRDR, por exemplo, há interesse também nos fundamentos da decisão, principalmente de mérito, uma vez que se entende que a tese jurídica

firmada em um IRDR não se consubstancia somente nos enunciados dispostos ao final do julgamento, mas compreendem também os fundamentos determinantes, ou a *ratio decidendi* adotada (TEMER, 2017, p. 219).

Assim, já tem se advogado pela admissão de recurso interposto até mesmo por parte ou interessado considerado vencedor no julgamento do IRDR, bastando que tenha sido adotado fundamento desfavorável e distinto daquele alegado pela parte ou interessado (NEVES, 2016, p. 1.517).

No mesmo embalo, outra particularidade no IRDR quanto ao interesse recursal mesmo em caso de suposta tese favorável, seria quanto ao recurso do “vencedor” no IRDR para ampliar a eficácia da tese para o território nacional. Ou seja, mesmo uma parte ou interessado tendo vencido no IRDR, teria seu recurso especial ou extraordinário admissibilidade apenas pela intenção de extensão da tese a todo o território nacional?

A princípio, há quem defenda que não deva existir maiores óbices à admissão dos recursos excepcionais interpostos contra a decisão final do IRDR, mesmo em caso de suposto sucesso para o recorrente (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 978). Por esse entendimento, a substituição do acórdão prolatado em IRDR por outro de abrangência nacional já seria motivo bastante para autorizar a admissão do recurso nessa situação.

No entanto, apesar de ser inegável a vantagem prática que a ampliação traria para uma parte ou interessado que tenha processos não somente em um estado ou região, além do benefício em termos gerais para o sistema de justiça como um todo pela uniformização de questões federais ou constitucionais, há óbice de cabimento no manejo desses recursos, nessa hipótese (NEVES, 2016, p. 1.517).

Com efeito, tanto o artigo 102, III, quanto o 105, III, ambos da Constituição Federal, exigem violação de norma constitucional ou federal para a interposição dos recursos excepcionais, o que não poderia ser obedecido em caso de decisão favorável ao recorrente, já que não haveria tal violação.

Ademais, mesmo para o caso da previsão pautada na alínea “c” do artigo 105, III, da Constituição, referente à hipótese de interpretação divergente do mesmo dispositivo de lei federal por diferentes tribunais, o STJ já assentou entendimento

de que essa hipótese deve ser acompanhada pela incidência de alguma outra hipótese prevista no artigo 105, III, não podendo ser interposto recurso especial com base somente na alínea “c”^[17].

Por fim, também compõe a análise do interesse recursal o requisito da adequação, o qual se traduz na aptidão do meio recursal eleito de reverter o resultado da decisão recorrida. Vale dizer, o recurso interposto deve ser o meio mais adequado para reverter a decisão. A adequação se soma, portanto, à utilidade, no aferimento do interesse recursal. Essa disposição é mitigada, todavia, pelo princípio da fungibilidade recursal, mas apenas em casos em que há possibilidade de confusão sobre qual meio seria o mais adequado para a impugnação desejada.

Postas essas premissas, é importante ressaltar a especificidade do interesse recursal na disciplina do IRDR, o que já tem sido observado pela doutrina há mais tempo e bem timidamente pelos tribunais.

Primeiro, deve estar claro que a dimensão do julgamento do IRDR, assim como outros mecanismos de formação de “precedentes”, transcende a esfera subjetiva das partes do processo tomado como modelo para o julgamento do incidente, o que teria dado origem a uma nova modalidade de interesse processual, então denominado “interesse na formação do precedente” (CABRAL; CRAMER, 2016, p. 1.441).

Em se tratando de recurso contra as decisões proferidas no IRDR, mais especificamente a do exame de admissibilidade e a do exame de mérito, não é preciso muito esforço para justificar o interesse recursal das partes do processo originário, quando sucumbentes, do Ministério Público, enquanto fiscal da ordem jurídica, e do *amicus curiae*, referente à sua atuação institucional.

O que se torna mais tortuoso é aferir e justificar o interesse processual do terceiro que eventualmente não participar do julgamento do IRDR, mas que tiver processo pendente sobre a mesma questão de direito afetada no julgamento do incidente. Esse sujeito pode ser tanto uma parte em um processo sobrestado por decisão do tribunal, quando da admissão do IRDR, quanto um sujeito com processo

[17] AgRg no AResp 382.765/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, Dje 17/12/2009.

pendente, porém não sobrestado, por ausência de determinação da suspensão do seu processo em específico ou por opção do relator ou do órgão julgador, em que se admite o incidente e não se suspende os processos pendentes.

A situação desses sujeitos não se subsume a nenhuma das hipóteses previstas no artigo 996 do CPC: não é parte vencida, terceiro prejudicado e muito menos Ministério Público. Também não é *amicus curiae* e, portanto, não se aplica a permissão do artigo 138, §3º do CPC.

O que poderia ser proposto seria uma adaptação do enquadramento desses sujeitos às categorias de terceiro prejudicado e *amicus curiae*. Entretanto, parece imperfeita a conceituação nessas categorias para o sujeito sobrestado ou de processo pendente.

Quanto à aproximação do sujeito com processo pendente à figura do *amicus curiae*, o problema estaria em alinhar o interesse de tal sujeito com uma concepção institucional de interesse. De fato, para vislumbrar o interesse processual do sujeito com processo pendente, basta contemplar a utilidade da sua intervenção, já que o resultado do julgamento do IRDR irá afetá-lo diretamente. Diferentemente, o interesse processual do *amicus curiae* não decorre dessa utilidade pela incidência da tese jurídica na sua esfera individual, mas em razão de um interesse institucional, político, econômico, social, acadêmico, cultural etc. (CUNHA, 2011, p. 269-270).

Como é reconhecido hodiernamente, a intervenção do interessado é parcial, objetivando favorecer terceiros que desejam determinada solução para a questão de direito. Não obstante a intervenção se dê para favorecer alguém, oferece-se à Corte um panorama mais amplo em relação àquele demarcado pelas partes, o que aproxima o *amicus* de uma vocação mais alinhada à sua origem no direito inglês (neutra, voltada ao auxílio da Corte) (CUNHA, 2011, p. 269-270).

Para Marinoni, autor que defende a aplicação das regras de representação adequada do processo coletivo no IRDR, há que se diferenciar a atuação do *amicus curiae* do representante adequado no IRDR, pois enquanto aquele não pode pedir tutela direta dos direitos, este tem o dever de firmemente participar do processo para que os direitos sejam devidamente tutelados (MARINONI, 2016, p. 91-93)

Em síntese, não parece a melhor escolha classificar os sujeitos com processos pendentes como *amicus curie* para justificar o seu interesse em recorrer das decisões firmadas no IRDR.

Por outro lado, não há dúvidas que o sujeito com processo pendente ou sobrestado no tribunal em que é suscitado o IRDR pode ser um terceiro prejudicado pelas decisões lançadas nesse incidente. Ocorre que, a despeito do termo do caput do artigo 996 do CPC, o seu parágrafo único dispõe que “cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual”.

Tal exigência está ligada ao processo subjetivo, na medida em que deve haver vinculação entre o direito do terceiro e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. Essa aplicação não atende, tecnicamente, ao caso específico dos instrumentos de padronização decisória, que tratam de processos objetivos ou “dessubjetivos”, em que não há um liame direto entre o interesse do terceiro e o direito discutido no processo afetado para o julgamento molecularizado, como ocorre no IRDR (TEMER, 2017, p. 262).

Assim, é de se ressaltar a diferença entre a abordagem subjetiva tradicional do processo entre Caio e Tício e a nova realidade dos processos objetivados, que se destinam à resolução de questões unicamente de direito, controvertidas e geradoras de dispersão jurisprudencial.

Tal diferença é crucial e já foi sonogada pela jurisprudência, justamente para negar a admissão de recurso interposto por sujeito com processo pendente no tribunal que admitiu IRDR.

Com efeito, isso ocorreu no TJMG, onde não foram conhecidos recursos interpostos por sujeitos com processos pendentes e, no caso, sobrestados. As decisões mencionadas foram proferidas monocraticamente em embargos de declaração (Processos nos 1.0002.14.000220-1/005 e 1.0002.14.000220-1/006) opostos contra o acórdão do julgamento de mérito do IRDR n. 1.0002.14.000220-1/003.

Os mencionados recursos, ambos examinados pelo relator do incidente, Desembargador Renato Dresch, não foram conhecidos, sob o fundamento de

que o fato de o interessado ser parte em feito em que se discute a mesma questão de direito do IRDR não implica reconhecimento do seu interesse jurídico. Assim, como os embargantes não eram partes do processo originário e sendo o interesse deles de cunho “meramente subjetivo individual em razão de demanda suspensa”, considerou-se a impossibilidade de intervir na demanda, razão pela qual os aclaratórios sequer foram conhecidos.

Naquelas decisões, o relator, equiparando o IRDR ao processo coletivo, assinalou quais seriam os legitimados e interessados em recursos contra decisões proferidas em IRDR:

Como o IRDR é uma demanda eminentemente coletiva, que trata exclusivamente de questão de direito, a intervenção de particulares é restrita a interessados específicos cujo interesse seja de natureza coletiva, sobretudo pessoas jurídicas de direito público, grupos representantes de direitos coletivos ou representações de categorias profissionais específicas que comparecerão para trazer subsídios jurídicos de interesse da causa.

Trata-se da aplicação da exigência de comprovação de utilidade do recurso classicamente dirigida ao processo subjetivo, o que não se coaduna com os processos de cunho objetivo, como o IRDR, onde a utilidade da participação se relaciona aos efeitos da tese jurídica ou do sobrestamento que vai afetar os sujeitos com processos pendentes.

No entanto, em um terceiro embargos de declaração oposto no mesmo IRDR, o próprio relator Desembargador Renato Dresch reviu sua posição, mudando seu entendimento sobre a questão, acertadamente, como se vê nos trechos destacados do acórdão, *in verbis*:

Os terceiros que participam do IRDR podem ser pessoas jurídicas de direito público ou privado, que não sofrerão os efeitos da decisão, os quais intervirão como amicus curiae.

Além desses são legitimados para participar do processo todos aqueles que sofrerão os efeitos do julgado no IRDR, sobretudo aqueles que tiveram os processos sobrestados. Estes são verdadeiros assistentes litisconsorciais (...)

Portanto, a embargante tem legitimidade recursal em sede de embargos declaratórios, apelação, Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, porque o assistente litisconsorcial constitui verdadeiro litisconsórcio posterior. (...)

Fazendo uma nova reflexão sobre a matéria da habilitação dos terceiros que tiveram processo suspenso, não vejo problema de que isso ocorra a qualquer tempo ou grau de jurisdição. Isso é o que dispõe o art. 119, parágrafo único do CPC, contudo recebem o processo no estado em que se encontrar, podendo apresentar qualquer recurso.

Pelo que se lê, houve um importante avanço, no sentido do reconhecimento do interesse recursal dos sujeitos sobrestados ou com processos pendentes, o que se espera ser seguido pelos tribunais.

Da leitura do trecho acima reproduzido, verifica-se que o sujeito com processo pendente foi tratado como assistente litisconsorcial. Aqui, novamente há cabimento das críticas feitas anteriormente, acerca da impropriedade técnica da utilização de um instituto processual de tratamento subjetivo a um procedimento de cunho objetivo, de tratamento molecularizado de demandas (TEMER, 2017, p. 174).

De fato, o próprio artigo 119 do CPC dispõe que o interesse do terceiro se define no resultado favorável desejado a uma parte em um processo, o que é aprofundado pela redação do artigo 124, que trata da assistência litisconsorcial, onde se lê que: “Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido” – aqui novamente se vê o direcionamento do instituto a relações jurídicas subjetivas.

De todo modo, assim como se considera possível uma aproximação do sujeito com processo pendente à figura do terceiro prejudicado, elencado no artigo 996 do CPC, parece que o mesmo raciocínio se aplica à figura do assistente litisconsorcial, desde que sejam feitas as devidas ressalvas quanto a uma necessidade de entendimento sobre a nova sistemática de procedimentos com caráter objetivo, em que não é possível exigir uma relação de interesse subjetivo, mas sim um interesse na formação da tese.

Essas questões se relacionam à discussão sobre o modelo de participação no IRDR, um ponto de muita repercussão na doutrina, desde os primórdios da criação do

incidente, o que suscitou muitas críticas de diversos autores. Acusa-se, inclusive, que o IRDR violaria o direito de ação^[18], além do princípio do contraditório e da ampla defesa, pela forma que o procedimento foi pensado.

Isso estaria conjugado a um problema de representatividade adequada daqueles que se vincularão à decisão firmada no IRDR e não puderam se expressar durante o procedimento.

No entanto, acredita-se que o CPC/15 dispôs de mecanismos que permitem solucionar esses problemas, franqueando aos interessados participar das suas discussões. De fato, tal conclusão advém, por exemplo, da pela leitura do artigo 983, principalmente pelas seguintes passagens: “O relator ouvirá as partes e os *demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia*”; “em seguida, manifestar-se-á o *Ministério Público*”; e “o relator poderá designar data para, em *audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria*” (destaques nossos).

Tais trechos demonstram a amplitude da abertura do procedimento do IRDR à participação de diversos atores que possam contribuir para as discussões do tema de direito envolvido no mérito do incidente.

Nesse sentido, além das partes do processo originário e do suscitante (que logicamente participa do procedimento e tem o direito de ser ouvido), o código previu a intervenção no IRDR de “interessados”, termo não definido pelo artigo 983 ou pelos dispositivos que lhe seguem.

No entanto, a leitura do trecho que acompanha esse termo (“inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”), nos induz ao entendimento de que “interessados” seria o gênero para identificar os sujeitos que tenham ligação com o tema discutido no IRDR, seja porque poderão ser atingidos pelo teor

[18] Em síntese, alega-se que o IRDR afrontaria o princípio do direito de ação na medida em que não permite ao particular optar por prosseguir com sua ação individual em preferência ao IRDR, “o que privilegiaria e asseguraria seu direito de ação” (CAVALCANTI, 2016., p. 386), até porque o IRDR não adota o sistema de *opt-in* ou *opt out*. Por estas razões, afirma-se que a legitimação deve ser repensada no IRDR, ora se indicando a adoção do sistema *opt-in* ou *opt out*, ou conferindo-se oportunidade de ingresso no processo dos legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos, previstos na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor (MARINONI, 2016, p. 15, 48, 50).

da tese a ser fixada (sujeitos sobrestados) ou porque têm interesse indireto em contribuir para o amadurecimento dos debates (*amici curie*), além dos personagens cujo papel institucional atrai a faculdade de participar do procedimento, como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Transpondo a mesma lógica para os recursos no IRDR, parece coerente sustentar que todas as partes dos processos pendentes (sobrestados ou não) tenham interesse em recorrer (MENDES, 2017, p. 228).

Tal posicionamento se alinha, ademais, à própria previsão do artigo 982, §4º, do CPC, que versa sobre a legitimidade de qualquer parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente para requerer a suspensão nacional prevista no §3º, do mesmo artigo.

O interesse recursal decorre, portanto, da utilidade do provimento em sede desses recursos sobre a tese que irá atingir os processos pendentes, que terão a resolução conforme o teor do julgamento desses recursos.

Não é minimamente aceitável, nesse caminhar, que os tribunais não admitam recursos interpostos por sujeitos que têm algum processo pendente e que trata da mesma questão afetada para julgamento por meio do IRDR, ao argumento de que, para recorrer, é necessário ser parte ou a prévia habilitação e participação no julgamento do incidente.

O efeito vinculativo da tese jurídica formada no IRDR, por si só, já caracteriza, de um lado, o interesse de todas as partes dos processos pendentes que serão vinculados pelos seus termos^[19]; e, de outro, a legitimidade em relação ao próprio efeito vinculativo, no sentido de legitimar o procedimento pela ampla participação dos envolvidos (MENDES, 2017, p. 228).

Embora se defenda a legitimidade recursal ampliada na hipótese em cotejo, acredita-se que a admissão de vários recursos deve se balizar na novidade dos argumentos apresentados (TEMER, 2017, p. 263). Vale dizer, outro recurso da mesma espécie somente deve ser aceito se ele carrear novos elementos recursais.

[19] Nesse sentido, formulou-se o Enunciado de nº 94, do FPPC: “A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”.

Esse entendimento parece ser viável, ademais, na prática. De fato, não se tem visto a interposição de um número elevado de recursos. Além disso, como os recursos têm prazos, acredita-se que o receio de uma “enxurrada” de recursos não parece ameaçadora, pois infelizmente a realidade é que poucos sujeitos que teriam interesse no julgamento de IRDR’s acompanham os seus trâmites, ao mesmo tempo em que não há um sistema eficiente de publicidade de tais decisões.

CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, verifica-se a ausência de previsão legal quanto a vários aspectos dos recursos contra decisões proferidas no IRDR, principalmente aquelas relacionadas aos exames de admissibilidade e de mérito.

Com efeito, apesar de ter previsto o cabimento de recursos contra a decisão de mérito do incidente, o CPC/15 deixou de prever o cabimento de recurso contra a decisão de admissibilidade do IRDR, ao mesmo tempo em que não trouxe nenhum regramento sobre legitimidade e interesse no recurso contra a decisão de mérito que foi prevista no artigo 987.

Quanto à ausência de previsão legal de cabimento do recurso contra a decisão do exame de admissibilidade do incidente, parece muito nocivo à legitimação do resultado do julgamento do incidente não haver possibilidade de manejo de algum meio de impugnação contra tal decisão, principalmente porque após essa fase serão sobrestados os processos pendentes no tribunal que tratam da mesma matéria, além do inevitável encaminhamento do incidente para a fixação de teses de caráter vinculativo, que terão eficácia tanto para casos pendentes quanto para casos futuros (artigo 985 do CPC).

Assim, entende-se necessário o cabimento de algum dos recursos previstos no ordenamento (Embargos de Declaração, Agravo Interno, Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, a depender da situação), ou o manejo do Mandado de Segurança contra ato judicial, como sucedâneo recursal, caso não sejam aceitos os meios recursos disponíveis na legislação processual.

Sobre a ausência de disciplina acerca dos legitimados e sobre o aferimento do interesse recursal na espécie, parece que as mesmas razões que fundamentam as conclusões sobre a recorribilidade da decisão de admissibilidade do incidente podem ser levantadas para a solução dessa problemática.

De fato, a importância dos efeitos das decisões tomadas no IRDR, principalmente pela sua amplitude, em que se atinge a esfera de sujeitos com processos pendentes e futuros, novamente deve ser fator para considerar a legitimidade e o interesse da forma mais ampla possível.

Embora possa se extrair alguns traços da legitimidade recursal para os recursos no IRDR da regra geral do artigo 996 do CPC, destaca-se que ainda restaria controvertida a possibilidade de atuação dos sujeitos com processos pendentes no tribunal sobre a mesma questão.

Nesse ponto, considera-se possível uma cuidadosa aproximação do sujeito com processo pendente à figura do terceiro prejudicado, elencado no artigo 996 do CPC, valendo o mesmo raciocínio à figura do assistente litisconsorcial, desde que sejam feitas as devidas ressalvas quanto à necessidade de adequação destes institutos, moldados aos procedimentos de tratamento subjetivos de demandas, aos procedimentos com caráter objetivo, em que não é possível exigir uma relação de interesse subjetivo, mas sim um interesse na formação da tese.

Desse modo, quanto ao interesse recursal no IRDR, parece mais adequado repensar a sua sistemática geral, ajustando-a à disciplina dos mecanismos de padronização decisória, em que não há uma relação direta do interesse do terceiro prejudicado pela tese fixada em tal procedimento com o interesse da parte que figura no procedimento modelo ou processo piloto.

Assim, não é adequado exigir a demonstração, pelo recorrente, de representatividade frente aos interesses da coletividade de interessados atingidos pela tese fixada. Ao contrário, a mera demonstração do prejuízo subjetivo já deve ser bastante para a admissão do recurso do sujeito com processo pendente no tribunal, o que permite a ampliação dos debates, sem afrontamento ao direito de ação e ao contraditório.

Por fim, em casos de pluralidade de recursos idênticos interpostos contra a mesma decisão, parece ser razoável a filtragem da admissão destes recursos com base na novidade dos argumentos apresentados. Ou seja, o tribunal pode admitir os recursos de acordo com sua contribuição em termos de novos argumentos aptos a contribuir para o debate, evitando a apreciação de recursos idênticos com os mesmos fundamentos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Congresso Nacional**. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, 2010.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil - Lei n. 13.105, de 16.03.2015**. v. único. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. vol. 5. ed. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CAVALCANTI, Marcos Araújo de. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman/Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier/Eduardo Talamini).
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil**. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 193, p. 255-279, mar. 2011.
- DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. v. 3. 14. ed. ref. Salvador: Juspodivm, 2017.
- _____; TEMER, Sofia. **A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento do tribunal**. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 41, v. 258, p. 257-278, ago. 2016,.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Questões polêmicas da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) no microssistema dos juizados especiais**. In DIDIER JR., Fredie. *et. al.* (coord.). **Precedentes**. Coleção Repercussões do Novo CPC – vol. 3. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva: A luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: GEN/ Forense, 2017.

_____. **TEMER, Sofia**. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, v. 243, p. 283-362, mai. 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROQUE, André. **Comentários aos artigos 976 a 987 do CPC**. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *et al.* **Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. III. ed. 51. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZUFELATO, Camilo; OLIVEIRA, Fernando Antônio. **Meios de impugnação da decisão do exame de admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. **Revista de Processo**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 286, a. 43, p. 421-448, dez. 2018.

MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A ATUAÇÃO ADVOCATÍCIA: CAPACITAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DA CONSENSUALIDADE NA PRÁTICA PROFISSIONAL

Cárita Martins Pellegrini Carizzi ^[1]
Paulo Eduardo Alves da Silva ^[2]

[1] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: carita.mpc@gmail.com.

[2] Livre-docente pela Universidade de São Paulo. Professor do Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da FDRP-USP. Correio eletrônico: pauloeduardoalves@usp.br.

INTRODUÇÃO

Este artigo traz reflexões a partir de pesquisa desenvolvida em nível de mestrado junto ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Pensada a partir das experiências na prática advocatícia e de mediação, e ressignificadas por meio da análise científica, o projeto inicial da dissertação visava identificar os obstáculos ao efetivo acesso à justiça nos procedimentos de mediação e mapear fatores que prejudicariam o aproveitamento do seu potencial como meio de resolução justa de conflitos. Considerando a abrangência dessa temática, o objeto foi posteriormente delimitado para a análise especificamente do papel do advogado e da advogada na mediação e de sua atuação como representante das partes junto aos métodos consensuais de resolução de disputas.

Apesar de existir, em tese, um potencial pacificador na atividade advocatícia, nem sempre ele se concretiza, o que pode ser atribuído, em alguma medida, ao modelo predominante de ensino jurídico (WATANABE, 2005). O desconhecimento quanto às opções disponíveis em termos de meios de solução dos conflitos dificulta que o profissional viabilize seu papel na promoção do acesso à justiça e no uso dos meios consensuais.

Hipoteticamente, um padrão de formação jurídica e de atuação do advogado^[3] organizados a partir de um sistema diversificado de métodos de resolução de disputas tenderia a favorecer o efetivo acesso à justiça e uma gestão mais adequada dos conflitos, bem como a maior autonomia e ingerência das partes na construção de uma solução para seus problemas interpessoais, em última análise, maior grau de pacificação da coletividade.

Diante de tais fatores, a questão que motivou a pesquisa foi a seguinte: quais elementos são relevantes, considerando-se os diferentes perfis profissionais, para a utilização adequada dos procedimentos e instrumentos consensuais na

[3] Por uma mera questão de simplificação, este artigo utiliza a generalização da categoria profissional da advocacia pelo uso do termo no masculino, “advogado”, o que não significa desvalorização da importância e dos desafios de reconhecimento enfrentados pelas advogadas.

prática advocatícia - especialmente em face do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação^[4]?

A pesquisa abordou primeiramente as tendências contemporâneas de análise e tratamento de conflitos. Posteriormente, estudou-se os deveres, instrumentos e procedimentos pautados no diálogo e no consenso entre os envolvidos na controvérsia. Por fim, foram elaboradas considerações e propostas sobre a problemática central do trabalho, com sugestões sobre a capacitação e atuação dos juristas em face dos meios consensuais de resolução de controvérsias. Utilizou-se o método de revisão integrativa da literatura, por haver a possibilidade de contribuição sobre a forma específica de adaptação e implantação da prática consensual pelos profissionais da advocacia.

1 TRATAMENTO DE CONFLITOS E FORMAÇÃO JURÍDICA

O conflito pode ser definido como uma crise nas relações humanas, em seu sentido mais amplo (TARTUCE, 2015, p. 4).^[5] Conflitos seriam desacordos entre indivíduos acerca de seus direitos, em decorrência de necessidades, interesses, desejos e sentimentos conflitantes (BACELLAR, 2016; MUNIZ, 2014).

Mary Parker Follett, uma precursora da atual abordagem das teorias do conflito (TARTUCE, 2015, p. 149), propôs um modo de abordagem do conflito por meio da sua solução integral para os envolvidos sob o critério do efetivo alcance da paz social (MUNIZ, 2014, p. 32). Segundo ela, a solução de um conflito pode contemplar os interesses de todos os envolvidos (FOLLETT, 2003, p. 69) desde que sejam utilizadas formas criativas de resolução do conflito, baseando-se nas informações científicas e factuais detidas pelos envolvidos, independentemente dos diferentes pontos de vista sobre fatos e conhecimentos (FOLLETT, 1930, *passim*).

[4] Promulgadas, aliás, em 2015, ano de início desta pesquisa.

[5] A doutrina faz distinções entre conflito e disputa. Para Fernanda Tartuce (2015, p. 4), por exemplo, “conflito expressa a crise vivenciada em sentido amplo, enquanto disputa remete a uma unidade controvertida. Assim, um casal recém-separado pode estar em crise (vivenciando um contexto amplo de conflitos), mas viver, em certo momento, uma disputa, pontual e específica, quanto ao tempo de convivência com os filhos”.

A integração entre desejos, necessidades e interesses conflitantes envolve habilidades e atividades muito específicas, baseadas em percepção e discernimento aguçados da situação de disputa. Antes, porém, a abordagem integrativa do conflito requer uma alta capacidade de inventividade (FOLLETT, 2003, p. 82).

Outro fator de impacto na resolução de conflitos são as orientações motivacionais da parte em conflito. Morton Deutsch (1994) as classifica em três tipos diferentes: *cooperativa*, pela qual a parte se preocupa com o bem-estar da outra; *individualista*, na qual somente existe preocupação com o próprio bem-estar; e *competitiva*, se um dos envolvidos deseja obter resultados melhores que os dos demais (DEUTSCH, 1994, p. 14). Nos casos em que os envolvidos atuam conforme as mesmas orientações motivacionais, haverá estabilidade da relação. Diferentemente, orientações motivacionais distintas tendem a estimular a competição mútua. As abordagens individualistas são passíveis de reorientação para ambas as abordagens, a depender de circunstâncias externas e facilidades situacionais (DEUTSCH, 1994, p. 15).

Em terceiro, a própria condução do procedimento escolhido para administração do conflito pode gerar impactos variados na relação entre os envolvidos, influenciando tais orientações motivacionais. Os efeitos gerados podem tanto ser construtivos da relação, quanto prejudiciais - o que induz a tipificar os respectivos procedimentos como “construtivos” ou “destrutivos” (DEUTSCH, 1973, *passim*). São considerados *processos destrutivos* aqueles nos quais ocorre o enfraquecimento ou rompimento da relação entre os envolvidos, geralmente em razão do procedimento de tratamento do conflito estimular o caráter competitivo adotado pelas partes (DEUTSCH, 1973, *passim*). Os *processos construtivos*, ao contrário envolvem uma maior cooperação entre as partes, estimulando a capacidade criativa dos envolvidos na busca por soluções mais adequadas a todos e o fortalecimento da relação entre eles (DEUTSCH, 1973, *passim*).

A inadequação do procedimento poderá, portanto, causar efeitos destrutivos na relação entre partes em conflito e resultados insatisfatórios em termos de pacificação e justiça. É considerado adequado o procedimento quanto à sua escolha e também a sua condução, sejam os objetivos adjudicatórios ou consensuais. A abordagem do conflito que induz a uma escolha restrita ao processo judicial

estatal pode ocasionar a perda de oportunidades de melhor solução dos conflitos apresentados por seus clientes (RISKIN, 2002).

A perspectiva não consensual proporciona vantagens à defesa dos clientes e gestão de conflitos desde que adotada de modo criterioso e discriminado. Conforme defende Paulo Eduardo Alves da Silva (2005), “a resolução amigável minimiza os efeitos da crise da justiça, mas não é a panacéia de todos os seus males” (ALVES DA SILVA, 2005, p. 156). Portanto, mesmo a escolha por um meio consensual deve ser refletida e este deverá ser conduzido adequadamente, para que não haja o retorno “ao juízo mais cedo do que se espera, na forma de execuções de acordos não cumpridos” (ALVES DA SILVA, 2005, p. 156).

Assumindo-se que a chamada “cultura da sentença” (WATANABE, 2005) seja mais internalizada do que as políticas de “justiça consensual”, a escolha da jurisdição e do processo judicial como via ordinária de resolução de conflitos pode estar relacionada ao aconselhamento jurídico recebido pelo advogado^[6]. Elementos ligados às práticas profissionais dos advogados são constantemente identificados como óbices à institucionalização e adequada utilização dos meios consensuais (WATANABE, 2014; GANN; INTRATER, 2000; SANTOS, 2011; TARTUCE, 2015). Por isso, sua mudança seria importante para a efetiva implantação dos meios consensuais na cultura jurídica de um país.

Um dos meios de favorecer o conhecimento e a utilização crítica, racional e adequada dos procedimentos consensuais é oferecer um perfil de formação jurídica que pressuponha e explore as diversas formas de resolução de controvérsias, capacitando os juristas a buscarem a maior adequação procedimental possível ao caso concreto. Atualmente, os bacharéis em Direito, na grande maioria das instituições, são treinados a identificar qual a melhor ação judicial para solucionar o caso concreto, havendo uma formação bastante deficiente em termos de meios consensuais e suas técnicas.

[6] Nas palavras de Fernanda Tartuce, “quando o advogado revela resistências insuperáveis em relação a conversações e celebrações de acordos, acaba alimentando um preconceito incompatível com a postura esperada de um eficiente administrador de controvérsias” (TARTUCE, 2015, p. 104)

As diversas críticas efetuadas ao ensino jurídico brasileiro constituem fundamentos para a ideia de “que não mais se deve confinar o ensino jurídico aos limites estreitos e formalistas de uma estrutura curricular excessivamente dogmática”. Esse entendimento não constitui sinônimo de exclusão do “conhecimento jurídico especializado”, mas uma proposta de “conciliá-lo com um saber genético sobre a produção, a função e as condições de aplicação do direito positivo” (FARIA, 1987, p. 200).

Este trabalho parte da premissa de que uma efetiva alteração da cultura jurídica vigente está diretamente relacionada ao ensino jurídico, existindo influências recíprocas entre a abordagem de tratamentos de conflitos predominante, os aspectos educacionais da formação de juristas e a prática advocatícia.

2 NORMAS E PRÁTICAS RELEVANTES PARA INCORPORAR A CONSENSUALIDADE NA FORMAÇÃO JURÍDICA

Iniciativas legislativas podem acelerar a difusão dos meios consensuais porque desencadeiam mudanças nas grades curriculares dos cursos de direito e, assim, no padrão de formação jurídica. De forma conjugada, a Resolução n. 125/2010 do CNJ, o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), trouxeram opções mais amplas e institucionalizadas para o encaminhamento e a administração de disputas, às quais o advogado deverá obviamente estar atento.

A promulgação do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, ambos em 2015, trouxe uma regulamentação mais detalhada da utilização de meios consensuais de resolução de disputas. Procedimentos pautados no diálogo entre os envolvidos, como a conciliação e a mediação, se tornaram parte do processo judicial, independentemente do tipo e juízo no qual tenha sido proposta a ação.

Diferentes dispositivos legais e respectivos instrumentos processuais apresentam potencial de veicular a consensualidade também foram trazidos pelo Código de Processo Civil. Todos que se baseiem em cooperação entre as partes, que sirvam para a negociação entre as partes, o planejamento e utilização estratégica das ferramentas processuais, que busquem uma solução adequada para o conflito em alguma medida abrem caminho para a “justiça consensual”.

O estímulo a práticas e comportamentos cooperativos e colaborativos pelas partes envolvidas no processo foi consagrado em uma das normas fundamentais do novo Código de Processo Civil (art. 6º, *e.g.*). Apesar da variedade de definições,^[7] pode-se diferenciar cooperação e colaboração considerando, na primeira, que há relações de poder entre as partes, as quais desenvolvem suas atividades específicas e, à medida que executam suas ações, seus produtos são somados para construção conjunta de um resultado final. A colaboração, por sua vez, consiste em um esforço conjunto de todas as partes para que um problema seja resolvido (BOAVIDA; PONTE, 2002). Na atuação cooperativa existe o compartilhamento de informações e o cumprimento das tarefas que cabem a cada indivíduo. A colaboração, por sua vez, envolve flexibilidade e alinhamento de objetivos, para que seja traçado um calendário de atividades, com compartilhamento de recursos, comunicação efetiva e tomada conjunta de decisões (ASHKENAS, 2015). Ambas possuem características afins à consensualidade.

A efetividade de um princípio processual de cooperação processual é questionável, notadamente quanto à sua vinculatividade e o caráter sancionatório da norma respectiva (STRECK *et al.*, 2015, p. 345^[8]). Nesse sentido, “toda estrutura falha se um advogado agir não cooperativamente e escapar ileso” (FALECK *et al.*, 2011, p. 302). Caso se considere que constitui um princípio sem valor deontológico e com interpretação aberta sobre seu significado, poderia ser utilizado até mesmo como justificativa para transferir às partes a integral responsabilidade pela condução do processo. (STRECK *et al.*, 2015, p. 352)

Daí a relevância em distinguir cooperação de colaboração. Apesar das disposições CPC/2015 e da Lei de Mediação de 2015 claramente demonstrarem a busca por uma atuação colaborativa entre as partes, o que se exige legal, objetiva e

[7] Para aprofundamento no tema das classificações dos termos em questão, indica-se a leitura de: KEMCZINSKI, Avaniide; MAREK, Joel; HOUNSELL, Marcelo da Silva; GASPARINI, Isabela. Colaboração e cooperação – Pertinência, concorrência ou complementariedade. Revista Produção Online. v. 7, n. 3, 2007.

[8] Ausente “o caráter deontológico, o *standard* não passa de elemento que ‘ornamenta’ e fornece ‘adereços’ à argumentação” (STRECK *et al.*, 2015, p. 345).

deontologicamente é o cumprimento de certos parâmetros cooperativos, havendo uma postura de lealdade entre as partes.

A cooperação não está livre da observância do devido processo legal e isso acontece em seus mais variados aspectos - especialmente aqueles referentes à conduta dos demandantes, demandados, magistrados e outros indivíduos que integram e colaboram com o procedimento. Em outros termos, haverá boa-fé^[9], em suas acepções subjetiva e objetiva, e o reconhecimento de um dever de lealdade em juízo, sendo esta obrigação estendida a todos os agentes do processo (MITIDIERO, 2007, p. 70).

O negócio jurídico processual (art. 190) é outro instrumento do CPC/2015 que potencializa a “justiça consensual” e cujas características realçam o papel do advogado. Por ele, é possível às partes acordar sobre as formas processuais de modo a adequar o procedimento às necessidades dos envolvidos. No texto legal, “mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”, caso o processo verse sobre “direitos que admitam autocomposição” (artigo 190, *caput*).

Por fim, as práticas albergadas sob uma ideia de “advocacia colaborativa” são relevantes inquestionavelmente relevantes em termos de resolução consensual de disputas, e parecem implicar em considerável mudanças na profissão.

A “advocacia colaborativa”^[10] pode ser definida com uma prática baseada em um meio de resolução de conflitos pautado na advocacia negocial, na qual a função dos advogados é assessorar as partes, com o auxílio de profissionais de áreas específicas^[11], a fim de que os envolvidos negociem diretamente entre si as possíveis soluções para suas controvérsias. A advocacia colaborativa, negociação direta ou resolução colaborativa de conflitos consiste na busca de soluções pelas

[9] Seja qual for o papel do sujeito no processo, é exigido que as partes se comportem com observância do princípio da boa-fé (CPC, art. 5º).

[10] Em inglês, *Collaborative Law* ou *Collaborative Practice*.

[11] Psicólogos, especialistas financeiros, dentre outros, a depender das necessidades verificadas em cada caso.

próprias partes, em negociações assistidas por profissionais de diversas áreas do conhecimento. Distinta da mediação, nessa modalidade de solução de controvérsias não há um terceiro imparcial facilitando o diálogo, fazendo com que seja chamada pela doutrina de “mediação sem mediador” (CABRAL; CUNHA, 2016).

O quadro variado de opções para administração consensual de conflitos, ampliado pela legislação recente, recupera a complexa questão dos perfis de advogados mais adequados para operar esses procedimentos, bem como a questão de se definir como capacitar juristas para a atuação adequada e eficaz a partir da consensualidade.

3 A CONSENSUALIDADE E A ATUAÇÃO ADVOCATÍCIA: CAPACITAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO PROFISSIONAL

Considerando-se a formação predominantemente legalista e litigiosa dos juristas, mudanças no ensino jurídico podem se tornar um importante fator para desenvolver habilidades de planejamento estratégico de solução de controvérsias possível, consoante o sistema “multiportas” previsto na legislação federal de 2015. A capacitação é essencial para que os juristas estejam aptos a compreender e utilizar adequadamente os meios consensuais de resolução de conflitos.

Os currículos das faculdades de Direito apenas recentemente iniciaram, de forma um pouco mais bem definida, o ensino da consensualidade. A abordagem adversarial do tratamento de conflitos, com ênfase nos meios adjudicatórios judiciais, restringe a formação do jurista ao processo judicial e faz com que os outros meios sejam entendidos como secundários e menos relevantes.

De modo geral, disciplinas que abordam meios de resolução de conflitos estranhos ao processo judicial são contempladas com relativamente menos créditos e suas cargas horárias, sejam essas matérias obrigatórias ou facultativas, “são ínfimas quando comparadas à carga horária exigida para a integralização dos Cursos de Direito” (POZZATI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 87).

Ademais, é ausente ou diminuto o cuidado em relação ao ensino prático dos meios distintos do processo judicial de resolução de conflitos. Nesse sentido, “são

poucos os Cursos de Direito que procuram estabelecer mecanismos institucionais de aperfeiçoamento, de continuidade do aprendizado ou de aplicação prática dos conteúdos teóricos ministrados nas disciplinas sobre formas alternativas de resolução de conflitos”, o que confere um caráter predominantemente teórico de abordagem sobre o tema (POZZATI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 87).

As mudanças na formação jurídica necessárias à acomodação dos métodos de resolução consensual e a adequação aos instrumentos da nova legislação projetam-se em diferentes frentes, desde diretrizes dadas no respectivo projeto político pedagógico até iniciativas de ensino, pesquisa e extensão universitária. Ilustrativamente, a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP), na qual a dissertação que serviu de base a este artigo foi desenvolvida, apresenta exemplos de ambos movimentos.

O projeto político-pedagógico da FDRP, reformulado em 2016, prevê, como prática de “estágio curricular obrigatório”, a estruturação de “Escritório Experimental” para prestação de atividades de assistência jurídica gratuita em cujas incumbências está, exemplificativamente, a de “privilegiar a diversidade das espécies de ações e procedimentos, os meios alternativos de soluções e controvérsias e formas de prevenção de conflito, bem como assessoria e consultoria jurídica” (USP/FDRP, 2016, p. 47).

Esse tipo de previsão, conquanto dependente de concretização por medidas mais específicas, abre caminho para a integração dos meios consensuais às demais técnicas de administração de disputas, com a consequente capacitação dos discentes para atuarem nesse âmbito.

Paralelamente à diretriz estabelecida como política pedagógica da instituição, iniciativas em curso ganham apoio institucionalizado e da comunidade. No caso da FDRP/USP, além de pesquisas sobre o tema no âmbito de graduação e pós-graduação, a extensão comunitária ganhou dimensão com convênio para instalação de um Centro Judiciário de Resolução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) dentro da faculdade e foram criadas disciplinas específicas com módulos de “Prática de Conciliação” e de “Métodos de Resolução de Conflitos e Desenhos de Solução de Disputas”.

A integração da resolução consensual na formação jurídica padrão também pode ser estimulada por agentes externos às faculdades de direito, como os órgãos de certificação e controle das profissões jurídicas. O Conselho Nacional da Justiça (CNJ) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por exemplo, exercem um papel “muito relevante, não apenas por exercer a função de regulação e de controle do exercício profissional do advogado, mas porque goza de grande credibilidade na validação e na legitimação de pautas de mudança institucional” (FREITAS JR, 2016, p. 200).

A partir da formação e capacitação em diferentes meios e formas de resolução de controvérsias, a tendência seria que os serviços de análise para definição de estratégias da advocacia se centrassem nos próprios clientes e seus conflitos, com menor protagonismo das formas jurídicas e idiosincrasias dos tribunais. O maior protagonismo aos clientes permitiria que os advogados atuassem de modo a instruí-los sobre seus direitos e as características dos procedimentos disponíveis, conferindo-lhes capacidade e autonomia de participarem da decisão sobre qual seria o procedimento mais adequado ao caso.

Especialmente nos casos em que o cliente não possui familiaridade com as opções procedimentais disponíveis, a orientação jurídica constitui um fator essencial para uma escolha consciente e adequada do meio a ser utilizado. Para que os benefícios dos meios de resolução de conflitos sejam percebidos, sejam eles consensuais ou adjudicatórios, além de ser imprescindível considerar a melhor opção para o caso concreto na escolha do procedimento, é necessário que as técnicas utilizadas sejam também adequadas^[12].

Em resumo, a integração das práticas consensuais na atuação profissional constitui mudança substancial no próprio conceito de advocacia. Uma conceituação

[12] Nesse sentido, Paulo Eduardo Alves da Silva leciona que: “Determinadas partes e certos tipos de conflitos são mais eficazmente tratados por intervenções mais propositivas e incisivas; outras(os) preferem assumir a condução da resolução e demandam de terceiros intervenções tênues e meramente sugestivas. Isso não é definido, *a priori*, como uma regra de cada modalidade, mas a partir da conjuntura ocasional: o conflito, as partes e o próprio terceiro interferem no desenho aplicável ao caso concreto. Daí ser difícil pensar em regras de procedimento, competência e requisitos formais em geral para os mecanismos consensuais de resolução de conflitos. E mais importante ainda a compreensão clara dos objetivos, limites e possibilidades de cada método a partir das peculiaridades e necessidades do caso concreto”. (ALVES DA SILVA, 2014, p. 43)

compatível com a proposta e os dados do presente artigo é a de que o papel do advogado seria o de traçar problemas e soluções, ou seja, identificar as questões e encontrar um modo de resolvê-las (COOLEY, 1996, p. xv). A atuação do advogado, nessa proposta, partiria da investigação dos reais interesses das partes e de outros detalhes dos fatos, para que a estratégia possa ser traçada com base no maior levantamento possível de informações e, posteriormente, informar e definir quais os possíveis procedimentos aplicáveis^[13].

4 TRÊS POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO ADVOCATÍCIA EM FUNÇÃO DA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE DISPUTAS

A partir do panorama das carências e mudanças no padrão de formação profissional jurídica para a integração da resolução consensual de disputas, a dissertação em que se baseia este artigo propôs três possibilidades de atuação do advogado para a escolha e condução do procedimento de solução de controvérsias^[14].

A primeira forma de atuação do advogado é como 1) ***assessor neutro*** de seus clientes. Após o levantamento de informações sobre o caso, o advogado apresentaria os procedimentos de resolução de conflitos possíveis (TARTUCE, 2015, p. 103), explicando e informando sobre as características e consequências da utilização de cada um deles. Conhecendo as alternativas, o cliente escolheria qual seria utilizada, pois teria uma melhor noção dos meandros jurídicos e de tratamento de conflitos. O trabalho do advogado, em suma, seria o de apresentar todas as possibilidades de meios de resolução de conflitos para seu contratante, concedendo

[13] No mesmo sentido, Fernanda Tartuce defende que: “Por se tratar de um dever, percebe-se claramente que a prevenção de litígios é inerente à atividade profissional do advogado, a quem incumbe conhecer os procedimentos aptos a responder aos melhores interesses dos clientes assessorando-o não somente sobre a via contenciosa, mas também sobre outros meios”. (TARTUCE, 2015, p. 104)

[14] Evidentemente, tais opções não resumem todas as possibilidades fáticas e nem que sejam compartimentadas, sendo possível uma atuação que se enquadre em mais de uma categoria. Tal classificação considera a obrigatoriedade de informação dos clientes sobre os meios disponíveis, inclusive os consensuais, explicando a eles as vantagens e desvantagens de cada um dos possíveis procedimentos elencados como opções para resolução do conflito.

explicações suficientes para possibilitar que o cliente decida de modo informado sobre sua representação (COCHRAN JR., 1999, p. 187-188).

O advogado poderia, também, atuar como 2) **conselheiro da parte**, informando o cliente sobre as alternativas disponíveis e, também, indicando os procedimentos e soluções que lhe parecessem mais vantajosos, assumindo o protagonismo da decisão sobre as escolhas a serem realizadas, sendo esta a conduta primordialmente adotada atualmente. Cabendo ao advogado a escolha e condução do meio de resolução de controvérsias escolhido, para adequar-se à utilização dos meios consensuais, o profissional teria somente que ampliar suas percepções sobre estratégias negociais, mantendo-se o protagonismo decisório do defensor.

A terceira possibilidade de atuação do advogado seria como 3) **cocriador do projeto de sistemas de disputas**, na qual as possibilidades procedimentais e estratégicas seriam analisadas conjuntamente entre o advogado e seu cliente, os quais decidiriam por meio de consenso entre eles qual seria o meio de solução de conflitos e qual a forma de condução.

O fator determinante para definição da abordagem é o perfil do cliente que buscou o serviço. O ideal seria que, possuindo o advogado condições técnicas e temporais para instrução de seu cliente, e este a possibilidade de compreender as opções disponíveis, a forma de atuação por cocriação parece ser a mais completa e adequada em termos de tratamento de conflitos.

A abordagem do advogado como assessor neutro seria uma melhor alternativa caso o cliente deseje mais autonomia e possua conhecimentos aprofundados sobre o objeto litigioso, além de noções suficientes sobre o procedimento escolhido para resolução do conflito.

Nos casos em que o cliente possua capacidade reduzida de compreensão do panorama jurídico-legal que permeia a situação fática, do meio de resolução de controvérsias a ser utilizado ou havendo um curto período de tempo para que sejam concedidas explicações mais aprofundadas sobre esses aspectos, a atuação do advogado como conselheiro, apesar da menor autonomia da parte, seria a melhor maneira de atuar na defesa dos interesses dos clientes.

Quanto maior o conhecimento e a capacidade cognitiva do cliente, menor a necessidade de interferência do advogado nas decisões a serem tomadas e maior a autonomia para optar por quaisquer das três abordagens descritas, podendo pautar sua escolha nas necessidades e preferências do cliente. Por outro lado, se a capacidade de compreensão do cliente é reduzida, o ideal é que haja uma atuação mais ativa do defensor no que se refere às escolhas a serem feitas.

Portanto, para que se adeque à multiplicidade de meios de resolução de conflitos existentes, o advogado precisa conhecer as possibilidades à sua disposição e desenvolver as habilidades requeridas para atuação, adaptando sua prática a essa realidade. Para isso, deverá evoluir quanto à sua forma de investigação e compreensão do conflito, estudar os meios disponíveis, melhorar a qualidade da coleta de informações de seus clientes e atuar adequadamente no procedimento eleito.

CONCLUSÃO

O advogado tem como uma de suas funções primordiais informar seus contratantes sobre os panoramas materiais e procedimentais possíveis, ampliando a capacidade resolutiva daquele que procura seus serviços. Por isso, a percepção dos conflitos e meios de resolução é, muitas vezes, determinante na escolha do cliente sobre como irá lidar com as controvérsias que vivencia.

A legislação processual e de mediação brasileiras de 2015 ampliaram a utilização de técnicas consensuais, inclusive no âmbito do processo judicial. Para que se adeque a essa realidade, o advogado precisa se capacitar e desenvolver habilidades que não são tradicionalmente aprofundadas nas faculdades de Direito no Brasil.

A qualidade dos serviços de advocacia demanda um planejamento atento às necessidades e demandas do mercado. Por isso, a atualização e capacitação para atuar conforme as tendências é um importante diferencial para a prática profissional.

Sendo assim, a legislação vigente e os novos paradigmas do direito processual civil sugerem que o advogado e a advogada, independentemente de seu perfil e área

de atuação, estejam aptos a atuar de forma consensual e a utilizar os diversos meios de resolução de conflitos, já que a consensualidade permeia até mesmo o processo judicial, apesar de seu cunho predominantemente adjudicatório.

Admitindo-se que o papel do advogado é o de buscar soluções viáveis e efetivas para os conflitos que lhes são apresentados, pacificando e restabelecendo, tanto quanto seja possível, as relações entre os envolvidos, o conceito do que é uma prestação profissional de qualidade passa a compreender a capacidade de perceber nuances existentes no discurso de seu cliente, identificando as causas do conflito e os desejos de seu cliente.

Independentemente do procedimento escolhido, o advogado e a advogada poderão pautar sua atuação conforme três categorias:

1. *assessor neutro*, informando seus clientes sobre aspectos técnicos e permitindo que eles escolham a forma de atuação;
2. *conselheiro de seu cliente*, com o protagonismo decisório do advogado quanto aos meios de resolução, estratégias e possíveis soluções; e
3. *cocriador do projeto de sistemas de disputas*, somando o conhecimento técnico-jurídico à vivência fática da parte, atuando conjuntamente ao cliente.

A escolha definirá o funcionamento da relação advogado-cliente, delineando o protagonismo decisório na atuação em resolução de conflitos, seja qual for o procedimento escolhido. Nesse sentido, a análise estratégica do advogado deverá considerar o melhor meio disponível e a forma mais adequada de atuação no procedimento.

Contudo, a capacitação profissional é decorrência da educação e, por isso, o desenvolvimento de habilidades negociais, a busca por adequação procedimental e a mudança de paradigmas depende de que os métodos e conteúdos de ensino sejam reformulados. Em suma, no ensino jurídico estaria a base para que o potencial dos meios consensuais seja desenvolvido no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. **Condução planejada dos processos judiciais – a racionalidade do exercício jurisdicional entre o tempo e a forma do processo.** Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2005.

_____. **Gerenciamento de processos judiciais.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Mediação e conciliação, produtividade e qualidade.** In: **Revista do Advogado/Associação dos Advogados de São Paulo (AASP)**, v. 34, n. 123, São Paulo, AASP, ago. 2014.

_____. **As normas fundamentais do novo Código de Processo Civil (ou “As doze tábuas do Processo Civil brasileiro”).** In: BONATO, Giovanni (coord.). **O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas.** São Paulo: Atlas, 2015.

ASHKENAS, Ron. **There’s a difference between cooperation and collaboration.** **Harvard Business Review.** 2015.

BACELLAR, Roberto Portugal. **A mediação, as necessidades humanas e o conflito.** In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (coord.). **Conciliação e mediação – ensino em construção.** 1. ed. São Paulo: IPAM/ENFAM, 2016a.

_____. **Integração de competências e mudança de cultura para o desempenho das atividades de conciliador e mediador.** In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (coord.). **Conciliação e mediação – ensino em construção.** 1. ed. São Paulo: IPAM/ENFAM, 2016b.

BOAVIDA, Ana Maria; PONTE, João Pedro da. **Investigação colaborativa: potencialidades e problemas. Reflectir e investigar sobre a prática profissional.** Pp. 43-55. Lisboa: APM, 2002.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”**. *Revista de Processo – Revista dos Tribunais Online*. vol. 259/2016, pp. 471-489. Setembro de 2016.

CNJ. **Direito da USP é premiado por incluir disciplinas sobre mediação**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84434-direito-da-usp-e-premiado-por-incluir-disciplinas-sobre-mediacao-de-conflitos-2>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

COCHRAN JR. **Robert F.** *ADR, the ABA, and client control: a proposal that the model rules require lawyers to present ADR options to clientes*. In: **South Texas Law Review**. vol. 41, n. 183. 1999.

COOLEY, John W. **Mediation Advocacy**. South Bend, Indiana: National Institute for Trial Advocacy, 1996.

DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven: Yale University Press, 1973.

DEUTSCH, Morton. *Constructive conflict resolution: principles, training, and research*. **Journal of Social Issues**. Vol. 50, n. 1, p. 12-32, 1994.

FALECK, Diego; FONTES, Marcus; FONTES, Max; ARROW, Kenneth J. **Cooperação e competição em ações judiciais: advogados podem amenizar conflitos?** In: ARROW, Kenneth J. (coord.). **Negociação: barreiras para resolução de conflitos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, José Eduardo. **A realidade política e o ensino jurídico**. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. n. 82. 1987.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1994.

FOLLETT, Mary Parker. **Creative experience**. New York: Longmans, Green and Co., 1930.

FOLLETT, Mary Parker. *Constructive conflict*. In: GRAHAM, Pauline (org.). **Mary Parker Follett prophet of management: a celebration of writings from the 1920s**. Washington/DC: Beard Books, 2003.

FREITAS JR, Antonio Rodrigues de. **Nova perspectiva na advocacia**. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (coord.). **Conciliação e mediação – ensino em construção**. 1. ed. São Paulo: IPAM/ENFAM, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC**. In: BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação, as necessidades humanas e o conflito*. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (coord.). **Conciliação e mediação – ensino em construção**. 1. ed. São Paulo: IPAM/ENFAM, 2016.

KEMCZINSKI, Avaniilde; MAREK, Joel; HOUNSELL, Marcelo da Silva; GASPARINI, Isabela. **Colaboração e cooperação – Pertinência, concorrência ou complementariedade**. *Revista Produção Online*. v. 7, n. 3, 2007.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço Levy. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalism-valorativo**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

MUNIZ, Tânia Lobo. **O conflito, os modelos de solução, o acesso à justiça e a estrutura oficial de solução de conflitos**. In: MUNIZ, Tânia Lobo; ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger (org.). **Estudos em direito negocial e os mecanismos contemporâneos de resolução de conflitos**. 1. ed. Birigüi: Boreal Editora, 2014.

POZZATI JUNIOR, Ademar; MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Reflexões sobre o ensino dos meios alternativos de resolução de conflitos nos cursos de direito**. In: MUNIZ, Tânia Lobo; ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger (org.). **Estudos em direito negocial e os mecanismos contemporâneos de resolução de conflitos**. 1. ed. Birigüi: Boreal Editora, 2014.

RISKIN, Leonard L. *The contemplative lawyer: on the potential contributions of mindfulness meditation to law students, lawyers, and their clients.* **Harvard Negotiation Law Review.** v. 7, p. 1-66, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. **O “bom litigante” – Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC.** *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro.* Ano 23, n. 90, pp. 339-354. Belo Horizonte, 2015.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

USP/FDRP. **Projeto Político-Pedagógico. Curso de graduação em Direito.** 2016. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/03/Projeto-Pol%C3%ADtico-Pedag%C3%B3gico-2017-1.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação.** In: MORAES, Mauricio Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ Ed., 2005.

WATANABE, Kazuo. **Mediação como política pública social e judiciária.** *Revista do Advogado/Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).* v. 34, n. 123, São Paulo, AASP, ago. 2014.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses.** In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (coord.). **Conciliação e mediação – Ensino em construção.** 1. ed. São Paulo: IPAM/ENFAM, 2016.

CRISE IMOBILIÁRIA BRASILEIRA: A TRANSFERÊNCIA DE RENDA PELOS “DISTRATOS” E CRÉDITOS PODRES^[1]

Maria Paula Costa Bertran^[2]
Iara Pereira Ribeiro^[3]

*“Antes eu era só pobre.
Agora sou pobre e cheio de dívidas”.*

Frase anônima brasileira

INTRODUÇÃO

De cada dois imóveis financiados vendidos no Brasil, um foi “devolvido” às incorporadoras entre os anos de 2015 e 2016. (PASQUALIN, 2016, p. 66).

[1] Artigo originalmente publicado na Revista Eletrônica Direito e Sociedade - REDES, v. 7, n. 1, Canoas-RS: Universidade La Salle Editora, 2019, p. 139-157.

[2] Livre-docente em Sociologia Jurídica pela FDRP-USP. Professora do Departamento de Filosofia do Direito e Disciplinas Básicas da FDRP-USP. Correio eletrônico: bertran@usp.br.

[3] Doutora em Direito Civil pela PUC-SP. Professora do Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da FDRP-USP. Correio eletrônico: iararibeiro@usp.br.

Paralelamente às quebras de contratos com as incorporadoras, houve um significativo aumento da tomada dos imóveis dados em garantia pelos bancos. Estima-se que os cinco maiores bancos brasileiros tenham hoje mais imóveis (equivalente a R\$ 10 bilhões) que o estoque da maior incorporadora brasileira (equivalente a R\$ 6,4 bilhões) (MANDI; PINHEIRO, 2017).

Fatalidade econômica, desemprego, diminuição de renda da população, expansão das políticas públicas de financiamento habitacional e recessão são fatores naturalmente responsáveis por esse cenário. O artigo soma a esses fatores a falta de rigor na análise do crédito como critério determinante dos altos índices de quebras de contrato e execução dos imóveis alienados fiduciariamente. Muitos indivíduos não poderiam, pelos critérios tradicionalmente esperados, ter iniciado um financiamento imobiliário de longo prazo. Mas entre os anos de 2004 a 2014, no mínimo três razões motivaram uma oferta de crédito pouco rigorosa: promessas aos investidores dos mercados de capitais, aumento dos preços futuros dos imóveis e recrudescimento do interesse sobre as comissões de corretagem.

A oferta de crédito imobiliário pouco rigorosa estruturou um mecanismo de transferência da poupança (e parte da renda) dos indivíduos para as incorporadoras ou para os bancos. Esse mecanismo sofre uma ruptura em 2014, momento em que a população deixa de ter poupança e renda a serem transferidas, pois expressivo volume de adquirentes perdeu renda (e/ou emprego). Sem renda, vários financiamentos imobiliários deixaram de ser pagos. As incorporadoras e os bancos também se prejudicaram. As incorporadoras tiveram que arcar com as despesas de ressarcimento envolvendo a ruptura dos contratos e lidar com o aumento de seus estoques. Os bancos tiveram que criar mecanismos para gerir o grande volume de imóveis retomados. O notável prejuízo para as pessoas, porém, é o enfoque privilegiado deste trabalho.

Do ponto de vista da população, houve duas consequências: a perda da pretensão aquisitiva sobre os imóveis e a impossibilidade de recuperação dos valores já pagos. Vejamos: quando o adquirente do bem imóvel não paga as parcelas de seu financiamento imobiliário para a incorporadora, o contrato se resolve e é devolvida ao adquirente apenas uma porcentagem do valor desembolsado. Esta é a primeira forma de transferência de renda. A outra forma ocorre quando o banco

vende um imóvel alienado fiduciariamente por preço menor que o originalmente contratado, restituindo ao adquirente original valor menor do que o montante que já pagou.

Estas formas de transferência de renda não são um fenômeno desprezível, considerando o volume de rescisões^[4] com as incorporadoras e de execuções da garantia com os bancos.

Este artigo se organiza em três partes. A primeira trata do contexto de financiamento imobiliário no Brasil a partir da criação sistematizada das linhas de acesso ao crédito. O enfoque é avaliar os padrões clássicos de análise de risco.

A segunda parte explica a peculiar engenharia financeira e contratual adotada pelo setor de construção civil no período que compreende o início da bonança brasileira (2004, aproximadamente) até 2014. Destacam-se, de um lado, as motivações para uma oferta de crédito que nomeamos de *meticulosamente incauta*. De outro, os motivos para a ruptura desse modelo. Elaboramos a ideia de que o crédito imobiliário era concedido fora dos parâmetros classicamente esperados porque a grande garantia do adimplemento era a riqueza dos tomadores como um todo, pois naquele momento a prosperidade econômica bastava como análise de crédito.

A terceira parte explicita o mecanismo de transferência de renda. Depois de mais de uma década de crescimento econômico e relativa distribuição de renda, perguntamos: o que sobrou da era de bonança? Como a vida das pessoas melhorou? O que os brasileiros têm agora, que não tinham no início dos anos 2000? Acreditamos que a epígrafe do trabalho sugere uma resposta.

1 CONTEXTO DO FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO BRASILEIRO

Os imóveis podem ser adquiridos à vista, situação em que o comprador possui o dinheiro antecipadamente, ou de maneira parcelada. Como o Brasil é um país com má distribuição de renda, as compras de imóveis à vista não são incomuns, mas normalmente se destinam às moradias para as pessoas ricas.

[4] O termo “distrato” se tornou célebre nos últimos anos para a ruptura dos contratos de financiamento imobiliário, mas preferimos o termo “rescisão”, por maior representatividade na nomenclatura jurídica.

Há duas formas de aquisição parcelada, pelo Sistema Financeiro da Habitação ou pelo Sistema Financeiro Imobiliário.

O chamado Sistema Financeiro da Habitação (SFH), criado em 1964, é caracterizado pela regulamentação estatal das condições de financiamento imobiliário, incluindo taxa de juros e prazos. Os recursos que o abastecem são originados de duas fontes: do montante dos investimentos individuais depositados na “caderneta de poupança” e do fundo composto compulsoriamente pelos empregadores, para proteger os empregados em caso de demissão, chamado de “Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS”^[5]. Nesse sistema os bancos privados podem ter acesso a esses recursos (caderneta de poupança e FGTS) para intermediar financiamentos imobiliários, bem como têm autonomia sobre alguns aspectos dos contratos (especialmente sobre a quem oferecer ou recusar o crédito). Todavia, não estão autorizados a determinar livremente todas as cláusulas desses financiamentos. Em termos práticos, a regulamentação do governo federal faz com que esse modelo seja uma espécie subsidiada de financiamento, cujos juros máximo e mínimo variam conforme a renda das famílias e do valor dos imóveis. Por isso, doravante, as referências ao SFH serão feitas pela expressão “sistema com custeio popular”. Nesse sistema estão incluídas as operações contratadas com recursos públicos que subsidiam os contratos, de acordo com a renda da família, como por exemplo, o famoso Programa Minha Casa Minha Vida (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, 2017, p.3).

Já o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), por sua vez, permite a livre negociação entre as partes, sem regulamentação das condições de financiamento. Neste sistema de mercado, o financiamento pode ser concedido exclusivamente pelos bancos ou por um modelo de financiamento conjunto, concedido parcialmente, em um momento pela construtora e depois pelo banco (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, 2017, p.3). O chamaremos de “sistema com custeio financeiro”.

[5] Com a liberação dos recursos inativos do FGTS no ano de 2017, pelo Presidente Michel Temer, a disponibilidade desta modalidade de financiamento tende a diminuir muito. Formalmente, porém, ainda é uma das formas de acesso ao financiamento imobiliário.

A lógica do financiamento por qualquer dos sistemas, de custeio popular ou de custeio financeiro, implicaria, por premissas econômicas clássicas, atendimento às seguintes condições: i) que a família possuísse capacidade de pagamento mensal regular para habitação ao longo de anos; ii) que essa capacidade fosse, no mínimo, equivalente à prestação do financiamento; iii) que a família possuísse poupança prévia suficiente, equivalente à diferença entre o preço da habitação e o valor disponibilizado pelo agente financeiro para o crédito, conforme a quota máxima de financiamento que o agente define (ELOY, 2013, p. 52). Este valor de poupança prévia normalmente atinge 30% do valor total do imóvel (PASQUALIN, 2016, p. 17). Em termos ideais, a capacidade real de cada família de contrair um financiamento habitacional seria definida pelos agentes financeiros, que, para tanto, deveriam considerar o perfil de gastos da família com despesas mensais habituais e demais compromissos financeiros de médio e longo prazo já assumidos, além da estabilidade dessa renda.

As despesas mensais familiares são geralmente declaradas pela própria família, mas são aferidas por checagem de documentos e simuladas por modelos financeiros. Essa estimativa não é tarefa trivial do ponto de vista metodológico, posto que a capacidade financeira muda conforme a composição familiar e a consequente renda *per capita*, o custo de vida em cada região, as condições em que o crédito é ofertado e os preços dos imóveis (ELOY, 2013, p. 55). Esse processo individualizado de análise resulta na definição do comprometimento de renda com a prestação que pode ser suportado pela família. Resulta também, conseqüentemente, na qualificação (ou não) para um determinado financiamento. Esse processo integra a inteligência de risco de crédito de cada agente e segue modelos próprios.

A lei determina, para os financiamentos pelo sistema de custeio popular, comprometimento compatível com a renda. Diz o texto legal: “O nível de comprometimento de renda familiar dos adquirentes em operações no âmbito do SFH e as condições de sua comprovação serão fixados pelo agente financeiro

[... e...] os limites de financiamento serão estabelecidos pelos agentes financeiros em função de análise de capacidade de pagamento” [6].

Idealmente, o desenho da política de crédito para financiamento de moradias, quer no modelo subsidiado, quer no modelo de mercado, deveria requerer que se estimasse a capacidade das famílias de arcar com despesas habitacionais e de contrair financiamento habitacional. Da mesma forma, idealmente deveria haver uma segmentação da população para os diversos graus de subsídios e os juros de diferentes patamares.

Apesar da racionalidade esperada dos mecanismos de análise de crédito, entendemos que parte significativa da crise dos contratos no setor imobiliário decorreu de usos meticulosamente incautos do processo de avaliar as pessoas elegíveis para obtenção do crédito[7].

2 ESTRUTURA DO PROJETO FINANCEIRO DAS HABITAÇÕES

A estrutura de venda de imóveis nos últimos anos no Brasil teve duas características importantes. Uma foi que o *boom* imobiliário se deu com imóveis novos, construídos simultaneamente aos contratos de financiamento. A outra, que os projetos financeiros normalmente envolveram uma fase de financiamento diretamente com as construtoras, durante a construção das moradias, e uma fase de financiamento diretamente com os bancos, quando as moradias já estavam prontas para serem habitadas.

Nesse modelo, na primeira fase, os bancos financiam diretamente as incorporadoras, para que estas tenham recursos para erguer as edificações. Paralelamente, as incorporadoras começam a receber as parcelas dos adquirentes. Essa fase dura

[6] BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1980. Art. 11 da Resolução do Banco Central do Brasil 1980/1993. CONSELHO CURADOR DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO, 2012. Resolução CCFGTS 702/2012.

[7] Para aprofundamento do tema: tese de livre-docência “Caros enganados: entre o discurso da confiança e a intenção de inadimplência” de Maria Paula Bertran-Muñoz, 2015.

em média 36 meses e coincide com o tempo necessário para que os adquirentes paguem cerca de 30% do valor das habitações.

Considera-se que o período de 36 meses para “levantar as paredes” não é um prazo tecnicamente necessário, em termos de engenharia. Na verdade, o período de 36 meses para concluir as edificações corresponde ao tempo médio necessário para que o consumidor pague o mínimo de cerca 30% do valor final da unidade habitacional (ABRAINC, 2015)^[8].

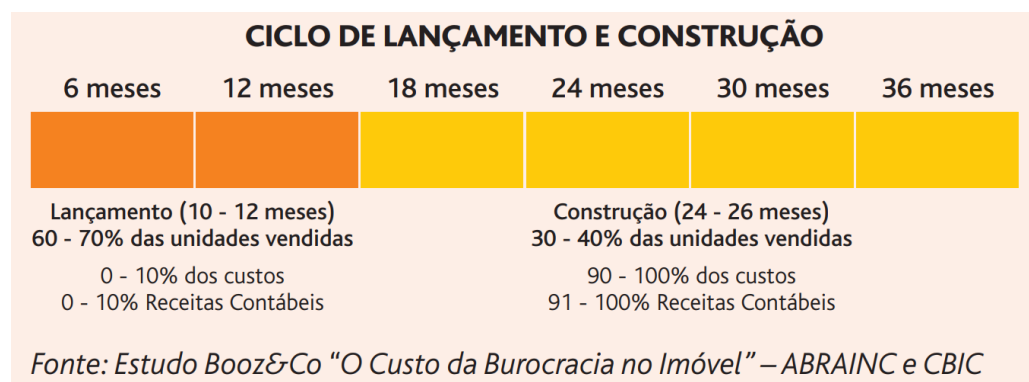
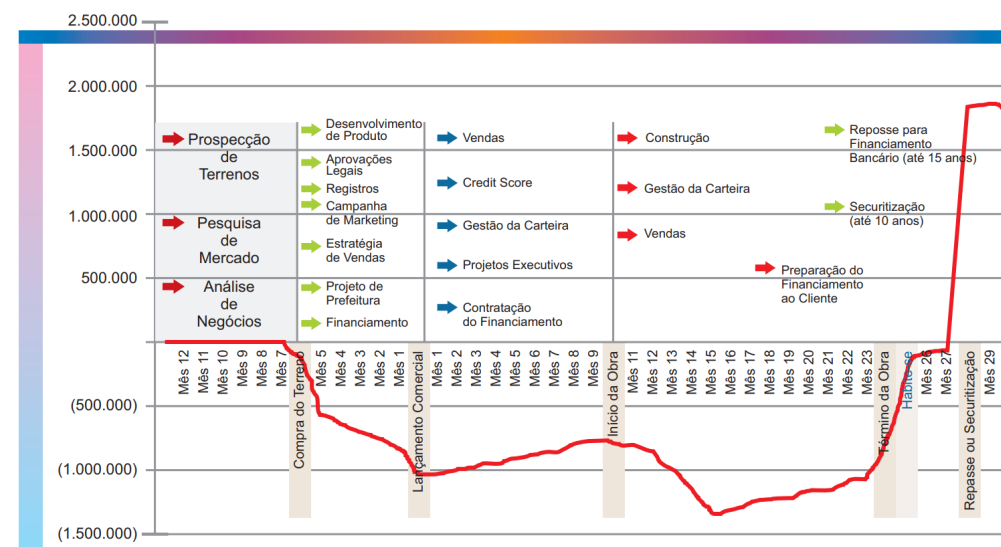


Figura 1: Ciclo de lançamento e construção (ABRAINC)
FONTE: ABRAINC, 2015, p. 11.

A segunda fase tem início quando as habitações ficam prontas e as chaves são entregues. Neste momento, por meio de um novo contrato, os bancos pagam o valor total da habitação às incorporadoras, que realizam os lucros sobre a habitação e se retiram da relação contratual, que se mantém apenas entre bancos e adquirentes. Após a retirada da incorporadora, a propriedade da habitação é transferida para o banco, sem posse, no mecanismo da alienação fiduciária. O adquirente perde a posse caso atrase as parcelas do empréstimo. Espera-se que os compradores sejam capazes de pagar o restante do imóvel (em média 70%), ao longo de um período longo, que pode variar de 15 a 35 anos (ABRAINC, 2015, p. 26).

[8] ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS – ABRAINC. Guia - O Ciclo da Incorporação imobiliária, 2015. Disponível em: http://abrainc.org.br/wp-content/uploads/2015/08/cartilha_guia_incorporacoes_rev_08_07.pdf. Acesso em 22 de julho de 2017.

Etapas do negócio e fluxo de investimentos



Fonte: Estudo Booz&Co “O Custo da Burocracia no Imóvel” – ABRAINC e CBIC

Figura 2: Etapas do negócio e fluxo de investimentos (ABRAINC)
Fonte: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS – ABRAINC, 2015, p. 12.

3 TRÊS MOTIVOS PARA A FALTA DE AUSTERIDADE NA ANÁLISE DE CRÉDITO: CORRETAGEM, IMAGEM AO MERCADO DE CAPITAIS E AUMENTO DE PREÇOS FUTUROS

Os problemas que geram as quebras de contrato começam logo na primeira fase do projeto financeiro. A comercialização de um empreendimento pode ser iniciada após o registro notarial, momento em que a incorporadora imobiliária firma publicamente o tipo e as características do imóvel que pretende construir. A partir do registro notarial, a incorporadora faz o lançamento do seu produto e inicia a comercialização das unidades através de ações de marketing. Entre elas, podemos citar a exposição do produto em diversas mídias, a utilização de material promocional, a apresentação de maquetes e plantas baixas em stand de vendas e a construção de espaços que simulam os apartamentos depois de

prontos, ricamente decorados, com o intuito de suscitar ao cliente o desejo de aquisição do imóvel e de tudo o que ele representa.

A condução do processo de venda dos apartamentos de um prédio pode acontecer por intermédio de dois tipos de agentes: equipe própria de vendas e equipe terceirizada de vendas. A equipe da própria sociedade empresária normalmente reflete um treinamento específico em negociação e conhece particularidades dos apartamentos que estão vendendo. Equipes terceirizadas têm um panorama do setor imobiliário como um todo, pois tentam vender apartamentos de diversas incorporadoras. Trazem aos clientes informações sobre o que é oferecido pelas concorrentes e sobre como os imóveis das concorrentes se comportam em preços e vendas.

Os serviços de venda recebem qualificação jurídica própria no Brasil (corretagem) e dão ensejo a uma comissão de cerca de 6% do valor final do imóvel. O profissional responsável pelas vendas aproxima, estimula, convence, afasta dúvidas e dificuldades. A motivação para a venda dos apartamentos não está vinculada ao sucesso final do negócio. A comissão é devida, mesmo que o adquirente nunca venha a morar no imóvel, ou não consiga pagar o financiamento até o final (PASQUALIN, 2016, p. 35).

Os corretores não podem decidir sozinhos sobre as vendas, pois as incorporadoras precisam avaliar a capacidade de crédito dos interessados. As incorporadoras deveriam, teoricamente, avaliar se os interessados teriam condições financeiras para um contrato de longo prazo com segurança. Idealmente, as incorporadoras deveriam avaliar a viabilidade dos interessados para a segurança dos valores que: i) vão diretamente para si (os custos da construção, ao longo de cerca de três anos, representando em média 30% do valor final do imóvel) e; ii) serão, em segundo momento, destinados aos bancos (os custos de financiamento, ao longo de 15 ou 30 anos, representando cerca de 70% do valor final do imóvel).

Além da corretagem, ou de outro modo, do interesse imediato sobre os 6% da comissão no momento da venda, até 2014, havia mais dois incentivos para que a análise dos cadastros de crédito fosse displicente.

O primeiro desses incentivos era “cumprir metas anunciadas ao mercado de capitais, para fazer resultados artificiais de balanço” (LIMA JR., 2014, p. 24). Segundo um dos maiores especialistas em finanças imobiliárias brasileiro, Professor Lima Jr. da Escola Politécnica da USP, “(...) restou flagrante a identificação da presença de capitais de especulação no mercado residencial de São Paulo, sem que as empresas tenham exercitado poder moderador de buscar vendas para o mercado final e não para investidores (especuladores)” (2014, p. 24).

Fato relevante destinado aos investidores de uma das maiores construtoras brasileiras, em 2009, ilustra o argumento. Nota-se que no ano de 2009 a companhia já fazia projeções para 2012:

“A Cyrela Brazil Realty (...) comunica aos seus acionistas e ao mercado em geral sua projeção de lançamentos e vendas contratadas para os anos de 2011 e 2012 e ratifica as projeções de lançamentos e vendas contratadas para os anos de 2009 e 2010(...)”.

GUIDANCE	2009	2010	2011	2012
Lançamentos (R\$ bilhões)	4,6 a 5,1	6,9 a 7,7	8,3 a 9,1	10,5 a 11,5
Vendas (R\$ bilhões)	4,6 a 5,1	6,2 a 6,9	7,6 a 8,4	9,7 a 10,7

“(...) Adicionalmente, a Companhia comunica suas projeções de margem bruta, margem de Lucro antes de Juros, Impostos, Depreciação e Amortização (EBITDA) e margem líquida, em termos consolidados, para os exercícios de 2009, 2010, 2011 e 2012, segundo os padrões contábeis vigentes.”

Margem bruta	33% a 37%
Lucro EBITDA	20% a 24%
Margem líquida	14% a 16%

Figura 3: Anúncio da Cyrela Figura 3Brazil Realty S.A. Fonte: MARTINS, 2010, p. 36.

A sociedade empresária autora desse fato relevante não é destinatária de acusações de qualquer natureza. Sua comunicação ao mercado de capitais apenas ilustra

um fenômeno que a literatura aponta como generalizado nas incorporadoras e que motivaram a necessidade de contínuo crescimento da venda dos imóveis.

Aparentemente, as vendas irresponsáveis, baseadas em análises de crédito que não asseguravam a certeza do adimplemento, eram estimuladas para criar uma falsa e sedutora imagem sobre a construção civil brasileira. Os altos números de vendas deveriam ser uma vitrine, atraente o bastante para manter o interesse dos investidores nas empresas do setor de construção civil. A venda dos imóveis deveria responder à produção de valor do capital adiantado, de forma sempre ampliada. Era preciso pensar i) nos lucros presentes das empresas imobiliárias, ii) na renda do capital adiantado pelos detentores dos recursos, que investiram nas empresas imobiliárias e iii) na atração de mais investimentos para o setor. Para dar conta da valorização e da remuneração de rendas, a lógica instaurada em todas as etapas do negócio imobiliário, dos canteiros de obras aos gerentes, do *marketing* às vendas, era a lógica da produção em escala e da necessidade de sua contínua expansão (MARTINS, 2010, p. 55). A efetiva capacidade de pagamento dos financiamentos em longo prazo era um elemento secundário no cenário. Esta afirmação é coerente com os atuais números de distrato e de imóveis tomados pelos bancos.

O último incentivo para realizar vendas com análises pouco rigorosas da capacidade financeira dos adquirentes a ser abordada neste trabalho era o fato de que o alto número de vendas viabilizava o aumento do preço médio das habitações.

Preços especulativos são definidos como aqueles que têm margem de resultado sensivelmente acima daquela que pode ser inferida quando é possível medir o preço justo, em uma determinada conjuntura de mercado (LIMA JR, 2014, p. 02).

O diagnóstico que se pode fazer para o Brasil é que a conjuntura de mercado possibilitou praticar preços acima do preço justo. Isto foi provocado por uma demanda reprimida, vários anos de marasmo econômico no Brasil, com ausência de acesso da população a mecanismos sistemáticos de financiamento de moradia. Mas isto também foi provocado pela dispersão de percepções equivocadas sobre os preços futuros das habitações.

Os desequilíbrios de demanda aconteceram com a venda de grandes volumes de habitações a indivíduos que, pelos padrões de diligência média, jamais poderiam ser aprovados na fase de análise de concessão de crédito. Enquanto o Brasil crescia, as rescisões (distrato) se mantinham em um número controlado. A expansão da economia escondia a falta de capacidade econômica das famílias em longo prazo. Após 2014, o número de distrato se multiplicou porque, entre outros fatores, a grande demanda pelos imóveis se deu em bases artificiais quanto à capacidade de quitação desses contratos.

A dispersão de percepções equivocadas sobre os preços futuros das habitações decorreu da aceitação, pelo mercado, de preços cada vez maiores.

O gráfico abaixo mostra o crescimento, em valores nominais, de 04 índices^[9]: Índices de preços Fipe-Zap, IVG-R e renda familiar (em valores nominais em Reais) e índice de inflação IPCA-IBGE (valores ajustados para a mesma base – 100 em janeiro de 2005).

[9] a) FIPE-ZAP - Índice que compila os preços de oferta de imóveis em 11 regiões metropolitanas brasileiras.

b) IVG-R, do Banco Central - Índice de Valores de Garantia de Imóveis Residenciais Financiados. Mensura os valores dos imóveis residenciais no Brasil, em tendência de longo prazo. Para cálculo do índice, utilizam-se os valores de avaliação dos imóveis vinculados a contratos de financiamento imobiliário, entre instituições financeiras e pessoas físicas, com hipoteca ou alienação fiduciária, nas principais regiões metropolitanas.

c) CURVA DE RENDA FAMILIAR. Apresenta-se acima da curva de inflação, mas muito abaixo das curvas de preços dos imóveis residenciais.

d) IPCA, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Índice que mede a inflação dos produtos que suprem as necessidades básicas dos consumidores brasileiros, incluindo gastos com alimentação, transporte, habitação, saúde e cuidados pessoais, vestuário, comunicação, educação etc.

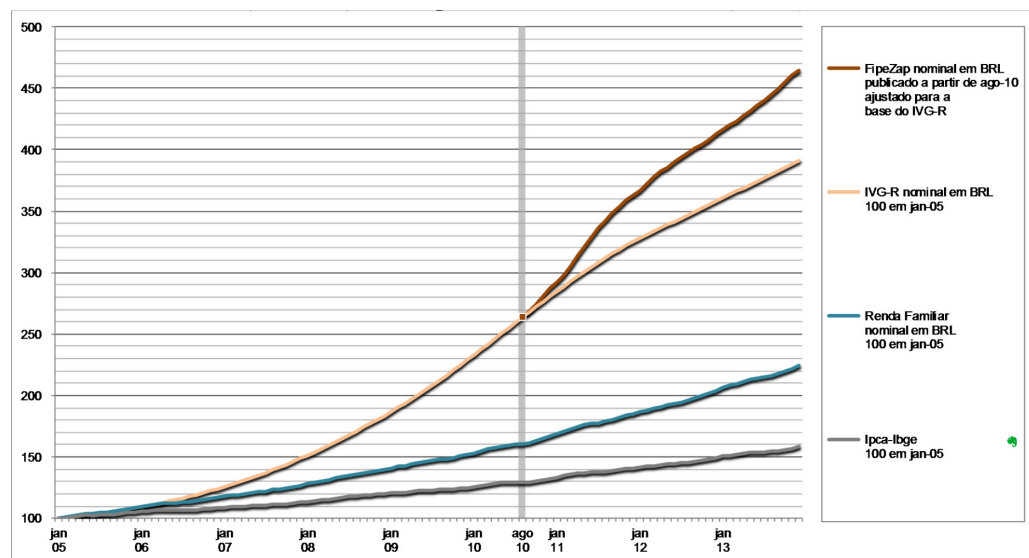


Figura 4: Índices de preços Fipe-Zap, IVG-R e renda familiar e inflação IPCA-IBGE

Fonte: LIMA JR. Movimentos de preços de imóveis residenciais no Brasil: crônica da bolha anunciada e os preços adiante.

Lima Jr. inicia o gráfico em janeiro de 2005 porque, segundo ele, a partir deste momento é que o panorama de oferta imobiliária se altera no Brasil. É o momento de ingresso dos expressivos montantes de capital estrangeiro nas empresas imobiliárias brasileiras (2014, p. 05).

Pode ser visto um grande desajuste entre as duas primeiras curvas e as duas últimas curvas.

As duas primeiras curvas cresceram juntas até agosto de 2010. A partir de 2010, a primeira curva (Fipe-Zap) cresceu mais que a curva (IVG-R). Isto significa que os preços pedidos pelos proprietários e pelas incorporadoras aumentaram muito. O valor pretendido não indica o efetivo valor de venda, mas demonstra que as pessoas queriam vender os imóveis por valores cada vez maiores. A curva do índice Fipe-Zap claramente mostra a dispersão de percepções erradas sobre o mercado imobiliário. A curva do IVG-R mostra os efetivos preços de venda.

Salta aos olhos a comparação das duas curvas superiores com as duas curvas inferiores. A renda das pessoas (terceira curva) cresceu acima da inflação dos

produtos básicos de consumo, mas ambas estão muito abaixo dos preços pedidos (Fipe-zap) e dos preços pelos quais os imóveis foram de fato vendidos (IVG-R).

O diagnóstico de que os imóveis tinham se valorizado acima inflação dos produtos básicos de consumo e da renda das pessoas é evidente. Mas afirmar que os preços dos imóveis eram irrealistas ou artificiais, por sua disparidade com o comportamento da inflação e do aumento de renda, foi algo rejeitado pela literatura especializada.

O principal argumento para rejeitar a irrealidade dos preços era apontar que os índices de inflação específicos do setor imobiliário eram muito mais altos que os índices de inflação dos produtos básicos de consumo. Os itens medidos para determinar a inflação específica dos produtos imobiliários (cimento, ferro, terrenos, mão-de-obra da construção civil etc.) são muito diferentes dos itens medidos para determinar a inflação do consumo médio das famílias (baseada nos preços da alimentação, transporte, habitação, saúde e cuidados pessoais, vestuário, comunicação, educação etc.). Esse argumento foi difundido no Brasil, com o objetivo de negar a existência de uma bolha imobiliária (LIMA JR, 2014, p. 17).

Passados alguns anos da negação da bolha de preços, pode-se deduzir que toda a cadeia produtiva da construção civil esteve contaminada por preços especulativos. Não apenas as incorporadoras cobravam mais do que seus apartamentos valiam, mas os trabalhadores pediam salários maiores que o “salário justo”. Os donos de terrenos pediam preços maiores que o “preço justo”. Os fabricantes de insumos pediam mais que o “preço justo”. Até 2014, a lógica vigente era aquela do preço que se aumenta pela mera expectativa de aumento da demanda. Vender muitos apartamentos aumentou o preço dos apartamentos. E vender muitos apartamentos aumentou o preço de se construir apartamentos. A efetiva quitação dos apartamentos nos contratos que previam o pagamento em prazos longos era ponto que, à época, ainda não interferia nessas espirais inflacionárias.

Instalada a crise econômica, a espiral de preços dos imóveis parou. E retrocedeu. Em 2018, os preços praticados no Brasil eram os mesmos praticados em 2009. No período entre junho de 2014 e junho de 2016 houve queda real de 29% no preço dos imóveis, que voltaram aos patamares do ano de 2009 (ALMEIDA, 2016, p. 22), como se pode visualizar no gráfico abaixo.

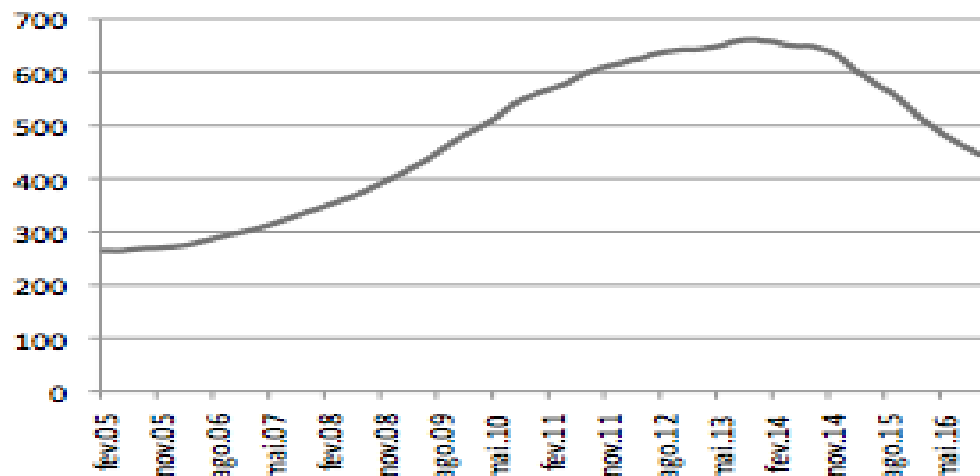


Figura 5: IVG-R DE 2005 a 2016

Fonte: Elaboração das autoras, com dados do Sindicato da Construção – SINDUSCON.

São muitas as justificativas para a redução dos preços dos imóveis. Um primeiro conjunto de explicações, autônomo em relação às práticas do mercado, agrupa: i) a redução de renda das pessoas, ii) a diminuição da confiança das pessoas para assumirem compromissos de longo prazo, iii) o medo do desemprego. Um segundo conjunto de explicações decorre das marcas que o comportamento do mercado imobiliário imprimiu até antes da crise: iv) o elevado número de distrato (e conseqüente devolução de imóveis) aumentou o número de estoques das empresas, v) a sensação de que os preços praticados, mesmo chegando aos níveis de 2009, ainda se compõem de fatores especulativos.

4 UM MOTIVO PARA PARAR DE EMPRESTAR: GANHAR MAIS EM OUTRO NEGÓCIO (COM MENOS RISCOS)

A segunda fase do projeto financeiro imobiliário do Brasil é determinante, hoje, de grande parte das quebras de contrato. A segunda fase da estrutura contratual típica tem início, como já mencionado, quando as habitações ficam prontas e as chaves são entregues. Nesse momento, a incorporadora recebe do banco o valor

ainda devido e se retira da estrutura contratual. O adquirente não tem mais a possibilidade de devolver o imóvel à incorporadora.

A propriedade do imóvel é transferida para o banco, em alienação fiduciária. O adquirente se vincula aos valores contratados com o banco. O banco passa a ser o credor do imóvel por vários anos. Caso o devedor atrase o pagamento de uma parcela em 30 dias (o mercado costuma tolerar atrasos de 60 dias), o imóvel é imediatamente retomado pelo banco. Após o banco recuperar a posse do imóvel, ele o vende em leilões.

Nos últimos anos, tem sido comum que o adquirente pague 30% do valor do imóvel para a construtora, nutra a expectativa de se mudar para a nova habitação (escolhida até três anos antes), prepare a mudança e se apresente para receber as chaves. Na iminência do recebimento das chaves, porém, descobre que o crédito bancário foi rejeitado, ou aprovado em valores menores que os necessários para financiar o imóvel.

Um diagnóstico da literatura indica que: i) os documentos solicitados não oferecem todas as informações necessárias para dar suporte à decisão da incorporadora e ii) a avaliação feita pela incorporadora (que aprovou o cliente) não usou os mesmos critérios dos bancos (que negou crédito ao cliente) (PASQUALIN, 2016, p. 45). Acharmos que esse diagnóstico é insuficiente, por um lado, e errado, por outro.

Acerca da hipótese dos documentos não oferecerem as informações necessária para suporte à decisão da incorporadora, é preciso apontar que a análise de documentos retrata uma situação estática, do momento de solicitação do crédito. Compromissos vinculantes por mais de 30 anos não poderiam ser determinados pelo retrato estático de um curto período de bonança (2004 até 2014). Esse não é um conhecimento refinado. Pelo contrário, faz parte das reflexões elementares sobre o setor imobiliário brasileiro^[10].

Sobre a hipótese de que os bancos usariam critérios diferentes dos das incorporadoras, é preciso lembrar que o problema da falta de financiamento pelos

[10] O tema é desenvolvido por Claudia Eloy na tese de doutorado em “O papel do Sistema Financeiro da Habitação diante do desafio de universalizar o acesso à moradia digna no Brasil”, em 2013.

bancos só começa a partir de 2014. Antes, com situação de pleno emprego e renda crescente, o encadeamento entre os financiamentos (primeiro com a incorporadora e depois com o banco) era praticamente automático. Esses argumentos atestam a insuficiência do diagnóstico da literatura. Ainda que documentos tenham sido falhos e os sistemas de análise de crédito tenham sido divergentes, esses fatores não justificam sozinho o enorme número de contratos rescindidos.

Ao invés de insuficientes, temos como hipótese que o diagnóstico da literatura seja mesmo errado. Acreditamos que, no afã de formalizarem muitas vendas, as incorporadoras tenham estabelecido critérios de análise de crédito conscientemente irresponsáveis, orientados pelo crescimento econômico do país como um todo, mas não pelas características individuais dos tomadores. Os bancos acompanharam esse procedimento de alargamento de concessão de crédito desleixada (acerca das características dos indivíduos), mas meticulosa acerca da situação macroeconômica do país^[11]. Ambos, incorporadoras e bancos, apostaram que a expansão da renda dos brasileiros seria capaz de garantir o fluxo da maior parte dos financiamentos. O problema apareceu apenas quando a riqueza parou de fluir (PAULA, 2017a).

Alguns dados contextualizam o momento em que a riqueza parou de fluir. Entre 2009 e 2014 houve pleno emprego no Brasil (IBGE, 2017). Em 2017, o desemprego ultrapassou os 13%, com mais de 14 milhões de pessoas procurando trabalho (AMORIM, 2014). A quantificação de desemprego consulta indivíduos que se declaram procurando emprego há mais de 30 dias. As pessoas que já desistiram de procurar emprego, categoria nomeada de “desalentados” pelo IBGE, não são contabilizadas. A soma dos desempregados com os desalentados, massa da população que deixou de ter renda para pagamento de crédito, somava 21,1% em janeiro de 2017 (MOTA, 2017).

Além do aumento do desemprego, as notícias indicam que o rendimento dos indivíduos caiu 9,1%, em 2017, em comparação a 2014 (VETTORAZZO; PERRIN, 2017). A oportunidade de sair do processo de concessão de crédito meticuloso desleixado foi mais fácil para os bancos que para as incorporadoras. Os bancos

[11] Tema desenvolvido por BERTRAN-MUÑOZ em 2015 na tese “Caros enganos: entre o discurso da confiança e a intenção de inadimplência”.

contaram com o lapso temporal de três anos, tempo médio de construção das moradias e, principalmente, com melhores oportunidades de ganho no tradicional (e extremamente rentável) sistema de compra de títulos da dívida pública brasileira.

Assim, em 2014, 2015 e 2016, enquanto as incorporadoras lutavam pela manutenção das metas de vendas (e se aprofundavam nos métodos de concessão de crédito metulosamente incauto), os bancos reconheceram o tamanho da crise econômica e se reposicionaram. Paralelamente, os juros pagos pelos títulos da dívida pública brasileira foram de 7,5% ao ano (em 2013) para 14,25% ao ano (em 2015). O aumento dos juros pagos pelos títulos da dívida pública tornou novamente atrativo uma tradicional, segura e passiva forma de ganho para as instituições financeiras brasileiras (UQBAR, 2017, p. 22).

No momento em que o cenário de ganhos de escala pela impontualidade se alterou, a concessão maciça de crédito à população se encerrou. As garantias dos empréstimos não eram a capacidade econômica dos adquirentes no momento de assinatura do contrato de financiamento, mas o pertencimento ao contexto de crescimento econômico. Já não era seguro ganhar pela expectativa de ganhos de escala (muitos contratos) com uma impontualidade controlada (baixo rigor de análise de crédito). Neste novo contexto, a impontualidade seria cada vez menos controlável, implicando reais riscos sistêmicos. A partir desse momento, o crédito dado pelos bancos se tornou escasso e mais caro, seja no sistema de custeio financeiro ou no sistema de custeio popular, que apesar de regulamentado pelo setor público, ainda tinha espaço para aumento da margem (QUINTÃO, 2017a).

Nesse sentido, “observa-se uma combinação entre aguda retração na oferta de crédito (...) acompanhada de maior seletividade (...) e forte aumento no *spread* bancário (...)” (PAULA, 2017b, p. 92) “o comprometimento de renda das famílias com o serviço da dívida cresceu de (...) 2005 para (...) 2015, no contexto de um vigoroso ciclo de crédito, vindo a declinar a partir de final de 2015 (...), o que evidencia um gradual processo de desalavancagem em curso, em que famílias e empresas adiam gastos com consumo e investimento.” (PAULA, 2017b, p. 91).

Os dados indicam “(...) a permanência de um circuito de *‘overnight’* na economia brasileira (...) para onde são canalizadas as aplicações de alta liquidez dos agentes

econômicos (...), que compensam, ao menos parcialmente, as perdas nas suas receitas. De fato, (...) o crescimento dos saldos de LFTs (títulos públicos indexados à taxa Selic) somada às operações compromissadas do Banco Central do Brasil – BCB (operações de compra ou venda de títulos públicos com compromisso de revenda ou recompra em uma data futura) foi de 54,1% em termos reais de junho de 2014 a dezembro de 2016. Acrescente-se ainda que a dívida pública bruta — conceito que exclui dívida mobiliária na carteira do BCB e inclui suas operações compromissadas — cresceu de 52% do PIB em abril de 2014 para 69,6% em dezembro de 2016” (PAULA, 2017b, p. 91). Assim, os grandes bancos — que respondem por cerca de 90% do total dos ativos do setor — mantiveram sua lucratividade elevada em meio à crise econômica.

Os recursos antes destinados aos empréstimos geraram um excesso de liquidez para os bancos. Esse excesso de liquidez foi redirecionado para aplicações em títulos públicos, cujos altos juros renderam desde o início da crise aproximadamente 14% ao ano e sendo também redirecionado para distribuição de lucros entre os acionistas. “A explicação para o aumento do pagamento de dividendos é simples: com a retração do crédito e lucros vultosos mesmo em contexto de crise, os bancos passaram a trabalhar com ‘capacidade ociosa’ no balanço. Como não veem oportunidades para usar esses recursos adicionais na concessão de financiamentos, ou em alguma grande aquisição, as instituições optaram por distribuir esse dinheiro aos acionistas” (PINHEIRO, 2017). Vale lembrar que a estrutura societária dos bancos brasileiros é bastante singular. Os acionistas majoritários dos principais bancos privados brasileiros são membros das famílias fundadoras dos bancos. A redução da oferta do crédito à população para este tipo de distribuição de lucro é algo notável em termos de alocação de recursos na sociedade.

5 A TRANSFERÊNCIA DE RENDA PELO FINANCIAMENTO

IMOBILIÁRIO POUCO RIGOROSO

A estrutura de financiamento imobiliário fez com que muitas famílias transferissem poupança e renda (enquanto tinham renda, no período de crescimento econômico) para incorporadoras e bancos. Várias destas famílias não terão um imóvel, nem recuperarão suas poupanças e rendas. Esta situação ilustra um mecanismo de transferência de recursos da população para o setor imobiliário e, principalmente, para o setor bancário. Considerando-se os grandes números de famílias e valores envolvidos, é possível falar que se trata de uma distorção importante.

Pessoas quebram os contratos com as incorporadoras porque: i) perderam emprego ou renda; ii) não conseguiram crédito com os bancos; ou iii) suas dívidas imobiliárias são maiores que os atuais valores dos imóveis.

Durante a fase de construção dos imóveis, indicamos no mínimo três motivos para concessão pouco rigorosa de crédito: i) ganho das comissões por vendas; ii) promessas ao mercado de capitais e iii) aumento dos preços dos próprios imóveis.

Na fase de financiamento com as incorporadoras, a transferência de renda da população ocorre i) na perda dos valores pagos como comissão e ii) na perda parcial dos valores de entrada e prestações iniciais (cerca 30% do valor do imóvel, baseados em preços de imóveis, às vezes, artificialmente altos).

Quando acionadas judicialmente (ou mesmo amigavelmente) as incorporadoras são obrigadas a devolver uma parte significativa do valor pago. Há variações a depender da localidade, mas há consenso de que as determinações judiciais obrigam as incorporadoras a devolver entre 75% e 90% dos valores pagos. Jamais são devolvidos os 6% da corretagem (PASQUALIN, 2016, p. 18).

Na visão das incorporadoras, a retenção de valores (10% a 25% do total pago, mais os 6% da corretagem) é muito pequena. Isto geraria, segundo as incorporadoras, oportunismo dos adquirentes (PASQUALIN, 2016, p. 18). O oportunismo se configuraria na decisão de romper com o financiamento, mesmo sofrendo as perdas de retenção, porque os imóveis passaram a valer menos do que quando foram contratados, meses ou anos antes (QUINTÃO, 2017b). Projetos de lei tentam estabelecer valores diferenciados de retenção a depender do valor do

imóvel, com vistas a diminuir o comportamento oportunista de especuladores e, ao mesmo tempo, preservar uma retenção mínima para adquirentes de imóveis populares (QUINTÃO; GRANER, 2017). A retenção de valores pelas incorporadoras é normalmente autorizada apenas para suprir as despesas administrativas do período em que o contrato foi vigente. Em regra, não funciona como multa, que poderia inibir condutas oportunistas.

O grande volume de distrato, associado à manutenção dos contratos de financiamento entre as incorporadoras e os bancos (para execução das obras de engenharia), aparentemente deixaram todas as incorporadoras brasileiras em situação vulnerável (QUINTÃO, 2017c). Mas relativamente poucas incorporadoras chegaram a pedir recuperação judicial, a partir de 2014. Entre elas, destacam-se as famosas PDG e Viver.

Na visão dos consumidores, a retenção é muito grande, pois os contratos de financiamento imobiliário no Brasil exigem uma entrada inicial de 30% do valor total do imóvel, o que na maior parte das vezes é toda a poupança das famílias. Além disso, 30% do valor de um imóvel antes de 2014 pode representar algo entre 50% ou 60% do valor do mesmo imóvel hoje (vide Figura 4: IVG-R de 2005 a 2016).

Os bancos têm uma regulamentação diferente. Enquanto as incorporadoras questionam frações de retenção, os bancos aproximam-se de um jogo de tudo ou nada. Não há possibilidade de desistência do financiamento, com devolução dos valores pagos. Os adquirentes dos imóveis pagam as parcelas pelo preço contratado ou perdem o imóvel dado em garantia. Os bancos devem vender o imóvel que foi dado em garantia e com o dinheiro da venda satisfazerem seu crédito. Se o valor desta venda exceder o valor do débito, os bancos são obrigados a devolver os valores pagos a maior.

Mas não há garantia de que haja qualquer devolução do valor pago ao banco. Lembremos que os devedores já pagaram no mínimo 30% do valor do imóvel à incorporadora para alcançarem o financiamento bancário. O banco pode vender o imóvel por um preço bem abaixo do valor originalmente avaliado. E, considerando que os preços de 2017 regrediram aos valores de 2009, os bancos certamente venderão os imóveis por um valor abaixo de sua avaliação original. Faltam pesquisas

que quantifiquem as perdas financeiras nos processos de satisfação do contrato bancário pela garantia imobiliária. Uma louvável, mas insuficiente, exceção são os estudos conduzidos por Flávia Elaine da Silva Martins, da Universidade Federal Fluminense. Mesmo sem fontes de dados públicas, é intuitivo crer que o adquirente original terá prejuízo, pois o banco será remunerado pelo valor do imóvel da época de contratação, mas o imóvel será vendido pelo atual valor de mercado.

Fornecemos um exemplo: o contrato de aquisição de um imóvel no valor de 180. O adquirente ao longo do tempo e das parcelas paga o montante de 100. Ao, perder o emprego, deixa de pagar. O preço máximo que o banco consegue vender o imóvel é 140. O banco satisfaz seu crédito de 180, com a retenção dos 100 já pagos pelo adquirente original e mais 80 da venda do imóvel alienado. Ao adquirente original são devolvidos 60. Sem exclusão do risco de não haver nada a devolver.

Entre 2014 e 2015, os bancos praticamente interromperam as linhas de crédito para aquisição de imóveis. A concessão de crédito a indivíduos no Brasil é historicamente determinada pela ausência ou presença de melhores oportunidades de negócio. Enquanto as instituições financeiras lucravam mais com a inflação, na década de 80, por exemplo, quase não havia financiamento imobiliário no país. Atualmente, quando as instituições financeiras lucram mais com títulos da dívida pública do que com a oferta de crédito, vê-se também diminuição dos volumes de crédito para financiamento imobiliário. O diagnóstico das instituições bancárias no Brasil de hoje, portanto, passa pela singular situação de ausência de oferta crédito, *credit crunch*, sem que haja prejuízo aos bancos (PAULA, 2017b, p. 92). Mas haverá prejuízo ao Estado e seus nacionais, que pagam os juros.

Apresentado o contexto, podemos resumir a situação dos atores que participaram da bolha imobiliária brasileira da seguinte forma:

INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS

- Expressivo crescimento até 2014.
- Alta rentabilidade até 2014.
- Quebras de contratos a partir de 2014, incluindo:
 - Aumento dos estoques de imóveis (tanto pela devolução nos distratos, quanto pela diminuição no ritmo das vendas);
 - Diminuição do preço dos imóveis;
 - Perda do valor das empresas no mercado imobiliário.
- Diminuição do crescimento a partir de 2014.
- Retirada de investimentos internacionais a partir de 2014.
- Pedidos de recuperação judicial de algumas incorporadoras.

INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

- Expressivo crescimento até 2014.
- Manutenção do crescimento, mas em ritmo mais lento, a partir de 2014.
- Redução das linhas de crédito imobiliário X o aumento de aplicação de recursos em títulos da dívida pública, enquanto os juros de títulos da dívida pública se mostram altos.
- Aumento do estoque de imóveis dados em garantia.
- Necessidade de administração ou venda dos imóveis dados em garantia.

CONSUMIDORES

- Acesso fácil ao crédito até 2014.
- Aumento de renda até 2014.
- Endividamento acima da capacidade da renda.
- Incapacidade de pagar dívidas a partir de 2014.
- Desvalorização dos imóveis a partir de 2014.
- Quebra unilateral de contratos na fase de financiamento com incorporadoras.
- Inadimplência com bancos e perda dos bens dados em garantia.

GOVERNO FEDERAL

- Incentivo ao endividamento da população até 2014.
- Políticas de distribuição de renda até 2014 (algumas mantidas até hoje).
- Ausência de limites máximos para os juros do sistema de custeio financeiro.
- Ausência de regulamentação expressa sobre as quebras de contrato.
- Passividade perante a transferência de renda decorrente do endividamento.
- Uso de custeio popular para imóveis de alta renda, como forma de diminuir o desemprego no setor da construção civil.

CONCLUSÃO

A epígrafe deste trabalho *"Antes eu era só pobre. Agora, sou pobre e endividado,"* diz muito sobre o melancólico fim do sonho brasileiro de crescimento, distribuição de renda e obtenção de moradias dignas. A grande oportunidade de melhoria de vida da última década e meia foi perdida em um enredo que inclui notável senso de oportunidade dos bancos e empresas do setor de construção civil, falta de racionalidade da população e uma mistura de apatia e conivência governamental.

A desigualdade que se estabelece, neste sentido, é aquela que estratifica as pessoas quanto ao acesso, ou não, ao direito de moradia. As estratifica também quanto ao acesso, ou não, à reserva de valor representada pela propriedade de um imóvel. Muitos dos brasileiros que não tinham onde morar se mantiveram neste estado. Muitos dos brasileiros que pela primeira vez poderiam investir o fruto de seus salários em algo que lhes desse a segurança da reserva de valor imobilizada, perderam parte da poupança que conseguiram fazer nos anos de pleno emprego e aumento real dos salários.

As empresas do setor imobiliário não mediram esforços para atrair os recursos que transformaram o Brasil em um canteiro de obras. A expansão imobiliária demandava contínuo aporte de recursos, que foram atraídos pela venda de imóveis cujos preços irrealistas determinaram financiamentos que talvez nunca

venham a ser quitados. Os preços dos imóveis eram determinados pelo delírio do crescimento econômico permanente. Os financiamentos capturaram a inédita riqueza da população. Isto aconteceu não apenas pelo financiamento imobiliário, mas em várias outras linhas de crédito para consumo.

No momento em que a oportunidade de ganho com o endividamento da população se encerrou, porque acabou a riqueza da população, dois fenômenos tomaram grandes proporções: as empresas do setor imobiliário se depararam com resoluções em massa e os bancos retomaram a posse de muitos imóveis alienados fiduciariamente. As incorporadoras tentam readaptar suas grandes estruturas aos novos tempos. Os bancos pararam de oferecer crédito e, com o invejável problema de excesso de liquidez, distribuem lucros e compram mais títulos da dívida pública.

Milhares de pessoas deram todas as suas economias para moradias que jamais serão suas. Outras tantas possuem hoje uma casa, mas sofrem as consequências de um padrão construtivo de baixa qualidade, com uso de materiais inadequados para o clima e cuja localização as faz perder tempo de vida e dinheiro para o transporte. Este tema não foi abordado neste trabalho, mas faz parte do enredo da história imobiliária brasileira dos últimos anos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Natália Soares de Matos Almeida. **Riscos relacionados ao real estate residencial e o processo de investimento adotado pelos parceiros-investidores como resposta.** Monografia de final de curso. MBA *Real Estate* da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2016.

AMORIM, Daniela. **País tem 14 milhões de desempregados.** O Estado de São Paulo, 2014, p. B9.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS – ABRAINC. **Guia - O Ciclo da Incorporação imobiliária, 2015.** Disponível em: http://abrainc.org.br/wp-content/uploads/2015/08/cartilha_guia_incorporacoes_rev_08_07.pdf. Acesso em: 22 de julho de 2017.

BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1980. **Art. 11** da Resolução do Banco Central do Brasil 1980/1993. CONSELHO CURADOR DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO, 2012. Resolução CCFGTS 702/2012.

BERTRAN-MUÑOZ, Maria Paula. **Caros enganos: entre o discurso da confiança e a intenção da inadimplência.** Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2015.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Cartilha do Crédito Imobiliário.** 2017. Disponível em: http://www.caixa.gov.br/Downloads/habitacao-documentos-gerais/Cartilha_Credito_Imobiliario.pdf. Acesso em: 15 nov. 2018.

ELOY, Claudia. **O papel do Sistema Financeiro da Habitação diante do desafio de universalizar o acesso à moradia digna no Brasil.** Tese de Doutorado. Defendida na Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. 2013.

IBGE. **Instituto Nacional de Geografia e Estatística.** Tabela da pesquisa mensal de emprego. 2017. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/. Acesso em: 21 jul. 2017.

LIMA JR. **Movimentos de preços de imóveis residenciais no Brasil: crônica da bolha anunciada e os preços adiante.** Anais do Congresso Latin America Real Estate Society (LARES). 2014. Disponível em: http://lares.org.br/Anais2014/artigos/RochaLima_Cronica.pdf. Acesso em: 24 jul. 2017.

MANDI, Carolina e PINHEIRO, Vinícius. **Bancos têm 10 bilhões em imóveis retomados.** Valor Econômico. 06 mar. 2017.

MARTINS, Flávia Elaine da Silva. **A (re)produção social da escala metropolitana: um estudo sobre a abertura de capitais nas incorporadoras e sobre o endividamento imobiliário urbano em São Paulo.** Tese de Doutorado em Geografia. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas na Universidade de São Paulo, 2010.

MOTA, Camila Veras. **Desemprego na Grande São Paulo bate recorde e atinge 16,8%.** Valor Econômico. 27 jan. 2017.

PASQUALIN, Luciana Lopes Bertier. **Os distratos no mercado imobiliário de empreendimentos residenciais de São Paulo: uma discussão sobre as situações que favorecem a interrupção de contratos.** Monografia de final de curso. MBA *Real Estate* da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. 2016.

PAULA, Luiz Fernando. **Porque a grande crise não aconteceu.** Valor Econômico. 10 jan. 2017.

PAULA, Luiz Fernando. **Equilíbrio distante nota sobre a instabilidade financeira-nacional.** Insight Inteligência, Ano XX, n.. 78, p. 86-94, junho-set. 2017. Disponível em: <http://www.luizfernandodepaula.com.br/ups/equilibrio-distante-nota-sobre-a-instabilidade-financeira-nacional-insight-inteligencia-78.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019.

PINHEIRO, Vinícius. **Bancos privados elevam pagamento de dividendos.** Valor Econômico. 13 mar. 2017.

QUINTÃO, Chiara. **Comprador tem de perder tudo em distrato, diz Cyrela.** Valor Econômico. 03 fev. 2017.

QUINTÃO, Chiara. **CBCI afirma que, sem regras para distratos, obras podem atrasar.** Valor Econômico. 10 fev. 2017.

QUINTÃO, Chiara. **Custo de distratos correspondeu a R\$ 1,1 bi em 2016.** Valor Econômico. 26 abr. 2017.

QUINTÃO, Chiara; GRANER, Fabio. **Setor quer regras para distratos no dia 11.** Valor Econômico. 07 jun. 2017.

ROYER, L. **Financeirização da Política Habitacional: limites e perspectivas.** Tese de Doutorado em Arquitetura e Urbanismo. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VETTORAZZO, Lucas e PERRIN, Fernanda. **População brasileira empobrece 9,1% com recessão econômica no país.** Folha de São Paulo, 2017.

UQBAR. **Anuário 2017: Securitização e financiamento imobiliário.** Disponível em: <http://www.uqbar.com.br/institucional/oque/anuarios.jsp>. Acesso em: 01 jun. 2017.

Lista de Figuras

Figura 1: Ciclo de lançamento e construção (ABRAINC, 2015)

Figura 2: Etapas do negócio e fluxo de investimentos (ABRAINC)

Figura 3: Anúncio da Cyrela Figura 3Brazil Realty S.A.

Figura 4: Índices de preços Fipe-Zap, IVG-R e renda familiar e inflação IPCA-IBGE

Figura 5: IVG-R DE 2005 a 2016

MIGRAÇÃO INTERNACIONAL E DIREITO AO TRABALHO NO BRASIL

Letícia Ferrão Zapolla^[1]
Maria Hemília Fonseca^[2]

INTRODUÇÃO

A migração internacional se trata de uma realidade. De acordo com a OIT, estima-se que existam 150 milhões de trabalhadores migrantes no mundo e, mesmo que os países precisem dessa mão de obra, ainda exercem o controle migratório de forma repressiva, tendo em vista o exercício de sua soberania.

Via de consequência, há uma restrição ao direito ao trabalho desses sujeitos que, muitas vezes, trabalham em situação irregular, ficando destituídos de qualquer proteção social por parte do Estado.

A pesquisa aponta a seguinte problematização: é possível restringir o acesso ao trabalho do migrante, no Brasil?

Assim, tendo em vista a controvérsia acerca do tema, o artigo objetiva estudar o direito ao trabalho do migrante, no Brasil, tendo por objetivos específicos: *i)* estudar alguns aspectos da migração internacional; *ii)* analisar os direitos trabalhistas do

[1] Mestra em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: leticia.zapolla@hotmail.com.

[2] Livre-docente em Direito do Trabalho pela FDRP-USP. Professora do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da FDRP-USP. Correio eletrônico: mariahemiliafonseca@hotmail.com.

migrante, no Brasil; *iii)* estudar o direito ao trabalho na vertente acesso ao trabalho do migrante, no Brasil; *iv)* identificar a situação migratória brasileira.

Para tanto, foi realizada pesquisa dogmática, com foco no estudo bibliográfico e documental, com a leitura de artigos e materiais de organismos oficiais e institutos de pesquisa, assim como normas nacionais e internacionais sobre o tema.

Com isso, busca solucionar o problema, tendo-se em vista soluções pautadas nos direitos humanos da pessoa migrante.

1 MIGRAÇÃO INTERNACIONAL

O conceito de centralidade estatal vem sofrendo modificações com o processo de globalização, já que o Estado vem perdendo, paulatinamente, a capacidade normativa e o poder de coerção outrora exercidos. Assim, há uma “redução de fronteiras” e, com o desenvolvimento dos meios de comunicação e transporte, cada vez mais pessoas deixam o país natal com intuito de melhorar de vida, sendo que, de acordo com estimativa da OIT, existem 150 milhões de trabalhadores migrantes no mundo (OIT, 2016).

Ocorre que, mesmo em face dessa realidade e mesmo que haja necessidade de mão de obra nos países de destino (MARTINE, 2005, p. 14), a migração de pessoas não é facilitada por estes, os quais impõem barreiras físicas e simbólicas para o ingresso de migrantes que não sejam necessários no momento histórico-político específico. Isso se dá tendo em vista o fato de que os países ainda têm conseguido exercer sua soberania na política migratória (por meio do controle de fronteiras, por exemplo), ao contrário do que ocorre com a livre circulação de capitais (SALADINI, 2011, p. 98). Dito de outra forma, os Estados seguem como importantes atores políticos, já que continuam produzindo leis e regulamentos, ou seja, continuam como proeminentes fontes de produção de direito^[3] (CRIVELLI, 2010, p. 151-152), em especial no que tange ao controle de fronteiras.

[3] Batista (1994) citado por Nour (2004, p. 127) “critica a formação de um discurso ideológico que defende a falência do Estado e a conveniência de se transferir a formulação de políticas a organismos internacionais ‘independentes’ e ‘desinteressados’, aos quais o Estado recorrerá como sócio: ‘passou-

Isso também ocorre com a proteção do mercado de trabalho nacional, já que é comum que os Estados regulamentem direito ao trabalho do migrante em seus ordenamentos.

A seguir serão estudados os aspectos do direito ao trabalho do migrante, no país, iniciando-se a abordagem dos direitos trabalhistas e passando ao acesso ao trabalho desse indivíduo.

2 DIREITOS TRABALHISTAS DOS MIGRANTES QUE INGRESSAM NO BRASIL

Apesar do acesso ao trabalho ser tema controvertido na doutrina, não há controvérsias no que tange aos direitos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho daquele que efetivamente prestou os serviços, mesmo que esteja irregularmente no país.

O tema é amplamente discutido na Opinião Consultiva n. 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que decorreu da controvérsia acerca da ausência de pagamento de verbas trabalhistas a um trabalhador mexicano, o qual ingressou junto aos tribunais americanos para reaver tais direitos. Entretanto, a Suprema Corte deste país determinou que um empregador pode violar direitos trabalhistas de um migrante em situação irregular, não adimplindo com suas obrigações devidas. Ou seja, no caso submetido à consulta, o trabalhador prestou seu serviço, mas não recebeu o que lhe era devido, o que foi ratificado pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

A CIDH, então, rechaçou o posicionamento adotado pela Suprema Corte e defendeu ser devido o pagamento das verbas a que o trabalhador migrante fazia jus, dando destaque, especialmente, ao princípio da igualdade e da não discriminação.

se simplesmente a admitir como premissa que o Estado não estaria mais em condição de exercer um atributo essencial da soberania, o de fazer política monetária e fiscal. Começou-se a pôr em dúvida se teria o Estado competência até para administrar responsavelmente recursos naturais em seu território (...).

Segundo esse princípio, não seria admitido tratamento discriminatório em detrimento de nenhuma pessoa, seja em razão de raça, cor, origem nacional, ou qualquer outra condição. Na atual etapa da evolução do direito, o princípio da igualdade e não discriminação faria parte, inclusive do *jus cogens*, integrando o direito internacional geral (CIDH, 2003, 117).

No Brasil, o entendimento adotado pela OC n. 18 é consolidado pelo art. 9º, XI da Lei n. 13.445/2017. Ademais, as leis trabalhistas não fazem distinção entre brasileiros e estrangeiros e a Constituição Federal estabelece igualdade de tratamento a esses sujeitos. Os trabalhadores indocumentados têm direito de receberem salário e benefícios sociais pelo trabalho realizado e não há previsão de restrição de acesso à justiça em razão da nacionalidade^[4] (CIDH, 2003, p. 49).

Isso significa que, caso haja rescisão do contrato de trabalho entre empregador e migrante indocumentado, a este serão devidas as restituições pecuniárias e terá direito ao reconhecimento da relação de emprego, com as garantias que lhes são correspondentes (NICOLI, 2011, p. 142). Ou seja, caso prestado por trabalhador irregular, haveria a configuração de trabalho proibido, sendo o contrato considerado nulo e não ilícito, atraindo a incidência da teoria trabalhista das nulidades. Assim, até que seja declarada a nulidade, o contrato produziria todos os efeitos legais (BARBOSA; CARVALHO; ALMEIDA, 2014, p. 87) (FELICIANO, 2006 apud NICOLI 2011, p. 148).

Ademais, as sanções impostas pela legislação migratória se restringem à condição da migração, não podendo se admitir a privação de direitos trabalhistas como punição à irregularidade ou como política inibitória (NICOLI, 2011, p. 125).

Não seria coerente entender de forma diversa. Privar o trabalhador de direitos apenas em razão de sua situação irregular, aumentaria sua vulnerabilidade e

[4] Apesar disso, na OC nº 18 (CIDH, 2003, p. 49) é dito que: “En la práctica, los trabajadores irregulares en el Brasil experimentan muchas dificultades, incluyendo largas horas de trabajo y salarios inferiores al mínimo. Muchos migrantes irregulares nunca denuncian los abusos por temor a ser deportados. Este temor también causa que los migrantes irregulares no envíen a sus niños a la escuela, no soliciten una licencia de manejar, no adquieran bienes ni visiten sus países de origen. Además, estos trabajadores tienen poca información sobre sus derechos y sólo pueden hacerlos valer cuando obtienen ayuda de las organizaciones no gubernamentales que trabajan con migrantes”.

“beneficiária” aqueles que se utilizam dessa mão de obra apenas para se absterem do pagamento de verbas trabalhistas. Ademais, esse posicionamento é o que melhor se adequa a uma noção de efetivação de direitos humanos e de garantia ao princípio da igualdade e não discriminação sustentado na OC n. 18 da CIDH, a qual é plenamente aplicável ao Brasil^[5]. O direito ao trabalho do migrante, entretanto, traz maiores discussões na doutrina.

3 DIREITO AO TRABALHO DO MIGRANTE

O direito ao trabalho é considerado um direito econômico-social, com autonomia própria e diversa da liberdade de trabalho ou profissional (CARACUEL apud FONSECA, 2009, p. 110). Envolve, nesse sentido, o livre exercício de qualquer trabalho e o direito social ao trabalho, assim como o direito à relação de emprego e o seguro-desemprego, que visam proporcionar uma melhoria nas condições de trabalho, com ampla previsão constitucional (Art. 1º, III e V; art. 7º, I; art. 170 e art. 193) (SILVA, 2011, p. 290).

Nesse sentido, o direito ao trabalho não se confunde com a liberdade de trabalho, a qual compreende a liberdade de exercício do trabalho, ressalvados os casos em que este exercício se encontra regulamentado pelo Estado (FONSECA, 2009, p. 108).

Além disso, o direito ao trabalho não se confunde com o dever de trabalhar, o qual é visto como dever genérico para com a sociedade, que se manifesta na parcela de contribuição que compete a cada cidadão para a melhoria de uma coletividade (CARACUEL apud FONSECA, 2009, P. 109).

O direito ao trabalho, é encarado como um princípio e “deve ser realizado na maior medida do possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes, ou seja, deve ser otimizado” (FONSECA, 2009, p. 146). Além disso, é composto por duas vertentes: a individual e a coletiva.

[5] A Corte Interamericana, conforme definido no art. 64, I da Convenção Americana de Direitos Humanos, é dotada de função consultiva, sendo relevante destacar que os pareceres emitidos pela Corte Interamericana “deverão ser respeitados por todos os Estados, sob pena de responsabilização internacional” (COELHO, 2008, p. 69-70).

Na dimensão individual, o direito ao trabalho se relaciona com o princípio de liberdade de empresa – que abrange a livre iniciativa econômica e a liberdade de contratação, assim como o acesso ao trabalho. No caso do migrante, para que haja acesso ao trabalho, deve existir autorização de residência para fins laborais ou concessão de visto temporário por parte do Ministério da Justiça e Segurança Pública Trabalho, por meio da Coordenação Geral de Imigração (BRASIL, 2017) (BRASIL, 2019). Já na dimensão coletiva, o direito ao trabalho está integrado ao campo da política do pleno emprego (FONSECA, 2009, p. 144-150).

Em tal sentido, a Constituição Federal/1988 traz como alguns de seus objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – expostos no art. 3º: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). Ademais, a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (BRASIL, 1988). Entretanto, apesar da previsão constitucional, o país encontra dificuldades para a efetivação de direitos mínimos trabalhistas, assim como a fundamentalidade do direito ao trabalho (BARBOSA; CARVALHO; ALMEIDA, 2014, p. 83).

Até a Lei n. 13.445/2017, a condição para a regularidade do migrante era que este tivesse um trabalho formal, o que dificultava sua inserção do mercado de trabalho brasileiro e, conseqüentemente o acesso ao trabalho, tendo em vista a impossibilidade, a priori, do exercício de atividade formal.

3.1 ACESSO AO TRABALHO PELO MIGRANTE

Tendo em vista que não se pretende realizar revisão bibliográfica acerca do tema em questão, serão apresentados dois posicionamentos no que tange ao assunto, assim como o posicionamento adotado no presente artigo.

O acesso ao trabalho pelo trabalhador migrante, segundo Lopes (2009) e Fonseca (2009) é passível de limitação pelo Estado. Lopes (2009, p. 467), filiando-se à interpretação consagrada na Espanha, entende que este país não fere o princípio da igualdade ao restringir o acesso ao trabalho para os estrangeiros, os quais seriam considerados, nas palavras da autora, “ausentes”.

Nesse sentido, a autora explica que, no ano de 1984, o Supremo Tribunal Constitucional entendeu que a desigualdade entre espanhóis e estrangeiros não seria inconstitucional, porque a matéria nada exige para que haja igualdade de tratamento (LOPES, 2009, p. 464). Tal interpretação foi temperada por outras sentenças, mas se manteve o entendimento de que o acesso ao trabalho não constaria no “rol” de direitos imprescindíveis para a dignidade humana.

Isso porque, nas palavras de Marín y Gallego (2005) citados por Lopes (2009), segundo o Direito Espanhol, não é exigível, em âmbito constitucional, a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros no que tange ao acesso ao trabalho, mesmo que a igualdade seja garantida uma vez realizada a contratação, partindo da caracterização do direito ao trabalho como um direito de configuração legal, a depender do que, em cada caso, estabeleçam as leis que disciplinam a matéria.

Importa ressaltar que a discussão sobre a controvérsia da extensão de direitos aos estrangeiros, no direito espanhol, advém de artigo constitucional, segundo o qual “os espanhóis são iguais perante a lei, sem que possa prevalecer discriminação alguma por razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social^[6]” (LOPES, 2009, p. 465, tradução livre). Tal proposição, deve-se ressaltar, assemelha-se ao disposto no art. 5º, da Constituição Federal/1988.

No mesmo sentido do exposto por Lopes (2009), Fonseca (2009, p. 168) aponta que os direitos fundamentais estão sujeitos a restrições, desde que respeitado seu núcleo fundamental. Além disso, aponta que a restrição quanto ao direito ao trabalho vem sendo aplicada por diversos países em razão, principalmente, da inserção descontrolada de mão de obra e a saturação do mercado de trabalho.

No caso brasileiro, além de ser assegurada preferência ocupacional ao nacional, há inúmeras restrições legais no âmbito trabalhista e de exercício de atividade profissional ao migrante. Ou seja, para que o estrangeiro possa trabalhar (legalmente) no Brasil, é necessário que lhe seja concedida autorização de residência

[6] Art. 14 da CE, no original: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (LOPES, 2009, p. 465).

para fins laborais ou visto temporário, observando-se o Decreto n. 9.199/2017 e as Resoluções do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) sobre o tema.

Por fim, nota-se que os fundamentos autorizadores de restrição ao direito ao trabalho adotados pelas doutrinadoras são distintos. Enquanto Lopes (2009) entende não se tratar o acesso ao trabalho de direito fundamental, Fonseca (2009) se posiciona no sentido de sua limitação por outro direito fundamental, no caso, a proteção ao mercado de trabalho nacional.

Ao contrário do posicionamento acima exposto, entende-se que o acesso ao trabalho pelo migrante apenas pode ser restringido em casos excepcionais, desde que estes sejam devidamente justificados pelo país receptor.

A forma de concessão de visto e a impossibilidade, muitas vezes, de sua conversão, inobstante as garantias constitucionais existentes no país, impedem que o trabalhador migrante tenha acesso ao mercado de trabalho regular, no Brasil.

Como consequência disso, estes trabalhadores irregulares são explorados, e permanecem trabalhando destituídos de qualquer tipo de proteção legal, não sendo incomum encontrar casos de trabalho análogo ao escravo e tráfico de pessoas (SILVA; BRITO, 2016, p. 317). Como exemplo de trabalho em condições análogas à escravidão, pode-se citar o caso dos bolivianos que trabalhavam em indústrias têxteis em São Paulo, que tiveram seus passaportes apreendidos e liberdade cerceada (BARBOSA; CARVALHO; ALMEIDA, 2014, p. 84-86).

Cria-se, assim, um círculo vicioso: o trabalhador migrante “se deixa” explorar, pois se encontra em situação irregular no país, e o empregador promove a exploração pois se sente resguardado do medo de deportação do trabalhador explorado (SALADINI, 2011, p. 243).

Entende-se que seria desarrazoado impor uma restrição com base em conceitos extremamente abertos tais quais “defesa do trabalhador nacional”, condicionando a emissão de vistos aos “interesses nacionais”, limitando, conseqüentemente, a inserção do migrante no mercado de trabalho formal.

O Estado, segundo Lopes (2009, p. 466) não pode se limitar a fundamentar suas decisões com base na soberania, pois, com isso, pretende se abster de

questionamentos quanto a possíveis abusos, evadindo-se do controle por parte da comunidade internacional e dos padrões de direitos humanos.

Entretanto, não há, por parte do governo brasileiro, qualquer decisão que justifique a restrição e a discriminação de acesso do migrante e do nacional ao mercado de trabalho no país, não sendo possível admitir que haja uma “superpopulação” de trabalhadores migrantes no país, já que esta corresponde a 0,3% da população, conforme pesquisa censitária realizada no ano de 2010 (IBGE, 2010).

Ademais, a condição segundo a qual, no Brasil, só é possível trabalhar (de forma regular), caso seja concedida autorização ao migrante, pode acarretar em piores condições de trabalho a este indivíduo. Isso porque, ao não ser concedida, o migrante permanecerá em situação irregular no território brasileiro. Com isso, será, eventualmente, contratado por uma empresa e não será registrado, o que acarreta em prejuízos ao trabalhador migrante, que se vê destituído de qualquer proteção social.

Pensa-se que a possibilidade, nesse caso, de o contratante descumprir normas trabalhistas é muito maior do que nos casos em que o migrante se encontre de forma regular no país, pois este poderá exigir o cumprimento dos seus direitos sem que corra o risco de ser deportado. Nesse sentido, pode-se citar o entendimento de Saladini (2011, p. 228), que, apesar de fazer referência ao projeto de Lei n. 5.655/2009, é válido para o estudo em questão:

Logo, embora o projeto estabeleça que a questão migratória deva ser norteadada pela questão dos direitos humanos, escancara a política de proteção do mercado de trabalho para o nacional, e ao mesmo tempo não demonstra grande preocupação com a integração do trabalhador imigrante de baixa renda e não documentado.

Perpetua-se, assim, o ciclo de exclusão desses trabalhadores da proteção do princípio da legalidade, em razão de viverem à margem da cidadania, sem direito a ter direitos no país com o qual não mantêm vínculo de nacionalidade nem de permanência legal, embora sejam economicamente dependentes do trabalho que não conseguiram obter em seu país de origem.

Além disso, pode-se justificar a possibilidade de acesso ao trabalho do migrante tendo em vista o princípio de uma moral universalista, segundo o qual “não se pode

negar a existência de um direito ao pertencimento a um imigrante que se radicou a uma nação que não é a própria” (BANHABIB, 2005 apud LOPES, 2009, p. 466). Segundo Sayad (1998, p. 60), nesses termos, “a única política possível em termos de imigração é precisamente uma ausência de política”. Logo, a política migratória deveria ser, segundo este mesmo autor, apolítica, já que baseada na moral.

Dessa maneira, não é possível considerar, tal como feito por Lopes (2009, p. 467), o migrante como “ausente” para que assim se justifique a imposição de restrições ao acesso ao trabalho pelo migrante. Pensar dessa forma implicaria maiores problemas a esse sujeito e poderia justificar a restrição de direitos outros que não apenas o direito ao trabalho.

A impossibilidade de discriminação entre nacional e estrangeiro, por fim, é corroborada por disposições expressas em normas nacionais e internacionais, dentre as quais se pode citar a Constituição Federal/1988 em seus artigos 5º e 12, §2º, a Lei n. 9.029/1995, a Convenção n. 111 e 117 da OIT, o que faz com que eventuais conflitos de normas devam ser solucionados por critérios específicos de direito internacional.

3.2 ACESSO AO TRABALHO E SITUAÇÃO MIGRATÓRIA NO BRASIL

Em pesquisa efetuada no site do Ministério da Justiça e Segurança Pública, observa-se que existem relatórios sobre autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros a partir do ano de 2015^[7] (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2016), sendo que, o número de autorizações para o trabalho veio decrescendo desde o ano de 2011, quando se concederam 68.693 autorizações em detrimento de 30.327 autorizações no ano de 2016.

[7] Segundo Moraes (2016, p. 190) “existem, basicamente, dois tipos de registros para o estudo da migração internacional: aqueles provenientes de pesquisas domiciliares (a exemplo dos ‘censos’) e aqueles dados levantados com base em registros administrativos que envolvem desde informações sobre a entrada e a saída de estrangeiros e nacionais de portos e aeroportos, assim como sobre pedidos de visto ou refúgio solicitados”. O resultado encontrado no site do MTE, portanto, trata-se de registro administrativo.

Já no ano de 2017 foram concedidas 25.937 autorizações de trabalho no país, podendo ser destacadas as seguintes características: i) maioria possuía entre 20 a 49 anos (80,3%); ii) maioria do sexo masculino (22.537 em detrimento de 3.399 autorizações para mulheres); iii) maioria com ensino médio completo (10.724) e superior completo (13.448); iv) maioria das autorizações para profissionais das ciências e das artes (12.285) e técnicos de nível médio (6.641) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2018).

Em suma, os profissionais que ingressam no país de forma regular possuem perfil majoritariamente jovem, do sexo masculino e qualificado, sendo que o número de migrantes regulares no país é ínfimo se comparado ao número de trabalhadores com registro no mesmo ano, de cerca de 33 milhões de pessoas.

Ou seja, não há que se falar de uma superpopulação de migrantes no país para que se restrinja o acesso ao trabalho, de modo que a imposição de restrições poderá causar prejuízos não só ao trabalhador como para a sociedade, já que a probabilidade de ser contratado sem as formalidades legais é maior, daí decorrendo a preferência por uma mão de obra mais barata pelo empregador.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, verificou-se que a globalização facilita a circulação de capitais, o que não ocorre com o fluxo de mão de obra, sendo que, nesse caso, os Estados exercem sua soberania de forma proeminente.

Ademais, a proteção ao mercado de trabalho nacional também é feita pelos Estados, o que, de certa forma, afeta o acesso ao trabalho pelo migrante. Apesar do acesso ao trabalho ser tema controvertido na doutrina, não há controvérsias no que tange aos direitos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho daquele que efetivamente prestou os serviços, mesmo que esteja irregularmente no país, já que nesse caso, são devidos como punição ou como política inibitória ao contratante, tema que foi objeto de amplo debate na OC n. 18 da CIDH.

Por sua vez, no que tange ao direito ao trabalho, há maiores controvérsias, havendo posicionamento que defenda a possibilidade de sua restrição, ao se afirmar que não

se trata de direito fundamental ou que, apesar de se tratar de direito fundamental, sua limitação é possível, desde que esbarre em outro direito fundamental.

No trabalho, adotou-se a ideia de que o acesso ao trabalho se trata de direito fundamental e que sua restrição, no caso brasileiro, não é possível, tendo em vista a ausência de justificativa para sua restrição.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Anderson Luiz; CARVALHO, Fabiano; ALMEIDA, Victor Hugo de. **O trabalho reduzido à condição análoga à de escravo no setor da indústria têxtil e da construção civil: um desafio para o Direito do Trabalho na atualidade.** *Revista Trabalhista (Rio de Janeiro)*, v. 48, p. 80-96, 2014.

CIDH. **Opinión Consultiva OC -18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 24 jun. 2019.

CRIVELLI, Ericson. **Direito Internacional do Trabalho Contemporâneo.** São Paulo: LTR, 2010.

IBGE. **Censo 2010.** 2010. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/apps/mapa/>.

Acesso em 29 nov. 2016.

FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao Trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: LTR, 2009.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de Imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos.** Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris. 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas.** *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 12, p.71-99, jan-mar. 2003.

MARTINE, George. **A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21.** São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 19, n. 3, p.3-22, jul/set, 2005. Semestral. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392005000300001. Acesso em: 15 jun. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA. **Informações gerais.** Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/informacoes-gerais>. Acesso em 24 jun. 2019.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A Condição Jurídica do Trabalhador Imigrante no Direito Brasileiro.** São Paulo: LTR, 2011.

OIT. **OIT: Quase 30% dos trabalhadores migrantes do mundo estão no continente americano.** 2016. Disponível em: [http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_461050/lang-](http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_461050/lang-pt/index.htm)

[-pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_461050/lang-pt/index.htm). Acesso em 23 mar. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SALADINI, Ana Paula Seffrin. **Trabalho e imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos humanos.** 2011. 285 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2011. Disponível em: http://uenp.edu.br/index.php/editais-prograd-pibid/doc_view/1964-ana-paula-seffrin-saladini. Acesso em: 10 jul. 2016.

SAYAD, Abdekmalék. **A imigração ou os paradoxos da alteridade.** Tradução: Cristina

Murachco. **São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.**

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da; BRITO, Henrique Magno Oliveira de. **A promoção do desenvolvimento sustentável por intermédio do trabalho decente e da economia verde. Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 2, p.152-169, dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/746/412>. Acesso em: 07 jul. 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. Brasília. 1998.

RELAÇÕES DE TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS: DESAFIOS AO DIREITO DO TRABALHO A PARTIR DO ESTUDO DE CASO DA UBER NOS TRIBUNAIS REGIONAIS TRABALHISTAS BRASILEIROS

Natalia Marques Abramides-Brasil^[1]
Jair Aparecido Cardoso^[2]

INTRODUÇÃO

A evolução das relações de trabalho caminha em paralelo com o desenrolar da própria história da humanidade, uma vez que o trabalho humano é moldado pelo sistema produtivo em que se insere, conforme as demandas de cada época e sociedade. A partir do final do século XX e início do século XXI, observa-se a passagem da estrutura produtiva centrada na produção de bens industriais para a de prestação de serviços e, como consequência, a geração de reflexos no mundo do trabalho. As discussões acerca da interpretação do conceito de subordinação diante das inovações trazidas pela informatização do processo produtivo têm se tornado cada vez mais presentes no meio acadêmico, assim como nas decisões judiciais que enfrentam tal questão.

No presente estudo, buscou-se observar um cenário específico, a saber, o dos trabalhadores em plataformas digitais, que prestam serviços sob demanda por meio de aplicativos. A contratação e prestação de serviços sob tal modalidade trouxe oportunidade de ganhos econômicos para inúmeros trabalhadores, conectando de forma eficaz clientes e prestadores de serviços, por meio da plataforma digital. De outro lado, a relação entre o prestador e a plataforma, definida no contrato de serviços como de natureza autônoma, passa a ser questionada pelos próprios trabalhadores, que buscam na Justiça do Trabalho o reconhecimento da relação empregatícia, inexistindo por ora um tratamento uniforme para o tema.

Diante dessa nova realidade, questiona-se: o ordenamento em vigência deve abranger as novas modalidades de interação laboral ou a realidade estudada deve ser considerada como algo novo e não compatível com a atual legislação?

[1] Mestra em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: nabramides@gmail.com.

[2] Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da FDRP-USP. Correio eletrônico: jaircardoso@usp.br.

Quais os principais desafios ao modelo tradicional do Direito do Trabalho, fundado no conceito clássico de subordinação, no contexto de novas formas de relação do trabalho, com enfoque nos serviços prestados sob demanda por meio de plataformas digitais?

Partindo da análise da evolução interpretativa da subordinação e da natureza jurídica do trabalho prestado em plataformas, a pesquisa foi realizada por meio de coleta de dados em decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho das 2ª e 3ª Regiões (São Paulo capital e Minas Gerais, respectivamente), por se tratar dos tribunais com maior número de processos julgados em ações envolvendo pedido de reconhecimento de vínculo de motoristas com a empresa Uber, até a data da pesquisa. A Uber, fundada nos Estados Unidos em 2010, é pioneira do modelo de negócio que explora e iniciou suas operações no Brasil em 2014, primeiramente na cidade do Rio de Janeiro, e posteriormente em outras capitais, como Belo Horizonte e São Paulo. De acordo com informações de seu site, a plataforma, que se auto intitula como indústria de tecnologia, está presente em 78 países e mais de 600 cidades pelo mundo, sendo 100 apenas no Brasil, onde possui mais de 500 mil motoristas cadastrados; no mundo, esse número atinge o patamar de mais de 3 milhões de cadastros ativos (UBER, 2018). Diante dessa abrangência e expressividade no setor em que atua, foi eleita como paradigma para realização da pesquisa.

A sistematização das informações coletadas foi realizada pela técnica da análise de conteúdo, estabelecendo-se dez categorias, identificadas como fundamentação das decisões sobre a existência ou não de vínculo empregatício, a fim de possibilitar a análise dos critérios utilizados pelos julgadores. Também foi utilizado o método comparativo, para verificação das tendências sobre o tema no Direito Comparado e sua possível aproximação com o cenário brasileiro, por meio de verificação de decisões representativas proferidas em três diferentes ordenamentos (Estados Unidos, União Europeia e Reino Unido). A análise das decisões, tanto nacionais quanto estrangeiras, foi realizada pela abordagem qualitativa, visando à compreensão da natureza do fenômeno social em detrimento da apuração estatística.

A interpretação dos dados em confronto com o referencial teórico estudado, possibilitou a identificação dos principais desafios encontrados pelo ordenamento

em vigor, com enfoque na necessária reconstrução dos critérios identificadores da subordinação e alargamento do campo de incidência do Direito do Trabalho.

1 RELAÇÕES DE TRABALHO POR MEIO DE PLATAFORMAS DIGITAIS

O trabalho prestado por meio de plataformas digitais é um fenômeno típico do século XXI, fruto das condições materiais propiciadas pelo percurso histórico da automação e da utilização de tecnologias para maximizar a produtividade.

A primeira Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra entre 1760 e 1850, deu-se, dentre outros fatores, em razão da mecanização do trabalho humano, com o surgimento da máquina a vapor e de matrizes energéticas mais eficientes. A segunda Revolução iniciou-se a partir de 1850, com a expansão e consolidação da sociedade industrial, a utilização de aço, energia elétrica, combustíveis fósseis e o surgimento das locomotivas a vapor e do motor a explosão, sendo desse período os modelos tayloristas e fordistas de sistematização e racionalização da produção, originando linhas de montagens e produção em massa.

Hobsbawm (2014) afirma que a partir da década de 60 a economia tornou-se cada vez mais internacional, com a expansão das empresas multinacionais, a divisão internacional do trabalho e o aumento do financiamento externo. Em um dado momento da década de 1970, a economia se tornou transnacional, com força global efetiva e minimização das fronteiras estatais, resultante da revolução no transporte e na comunicação, tornando possível a globalização dos processos produtivos, preparando terreno para a revolução seguinte.

Conforme se nota, o período entre a segunda e a terceira Revolução é bem menor que o compreendido entre a primeira e a segunda, o que demonstra que o avanço tecnológico possui efeito exponencial, capaz de introduzir novos sistemas produtivos e de acelerar os processos de ruptura entre estes. Dessa forma, apenas algumas décadas após o marco inicial da terceira Revolução, fala-se já na quarta Revolução Industrial, forjada na estrutura produtiva do início do século XXI.

De acordo com Schwab (2016), a quarta Revolução se caracteriza pela convergência de tecnologias digitais, físicas e biológicas, com reflexos na maneira do ser humano

viver, se relacionar e trabalhar. Trata-se de um novo sistema construído sobre a infraestrutura digital criada pela etapa anterior, com reflexos em todos os setores da indústria em velocidade sem precedentes. Diante desse novo cenário, as previsões projetam que a revolução em curso poderá representar a extinção de cerca de 5 milhões de vagas de trabalho nos 15 países mais industrializados. Para o autor, existe uma tendência de o trabalho se deslocar do paradigma da relação duradoura para o de uma série de transações, de maneira que os prestadores de serviço deixam de ser empregados no sentido tradicional, e passam a ser trabalhadores independentes para a realização de tarefas específicas.

Castells (2016) afirma que a interação entre tecnologia e trabalho se trata de um movimento constante, um padrão, ao invés de uma ruptura absoluta. Freitas Junior e Silva (2017) destacam como tendência o declínio do emprego típico como principal forma remunerada de ocupação, o surgimento de novas formas de trabalho sob bases precárias e a consequente necessidade de se criar uma nova abordagem para a proteção do trabalho em um cenário de crescente instabilidade. De outro lado, Baker (2013) afirma que tal situação decorre, em maior medida, de problemas relacionados ao contexto político, social e econômico (tais como distribuição de renda, falta de representatividade dos sindicatos e a desregulação no setor financeiro), do que do mero desenvolvimento tecnológico em si, não podendo este ser apontado como fator determinante para a precarização e, até mesmo, eliminação dos postos de trabalho típicos.

É inegável, todavia, o processo de mudanças em curso no mundo do trabalho, observando-se alterações nas estruturas produtivas e a mitigação da ideia de subordinação jurídica, que passa de uma disciplina vertical e hierarquizada para uma estrutura mais flexível e horizontal, caracterizada pelo trabalho “colaborativo”, assalariados de alta qualificação e *free lancers*, impondo a necessidade de releitura das concepções atuais acerca da subordinação e do contrato de trabalho, sob pena de esvaziamento do sentido do ramo juslaboral.

Não é crível, assim, que se fale no fim do trabalho subordinado, mesmo diante das alterações tecnológicas experimentadas, haja vista ser a sua existência que legitima todo o sistema de produção capitalista, permitindo ao detentor do capital a utilização do trabalho assalariado para criar mercados consumidores. Assim,

enquanto se mantiver tal sistema produtivo, será pouco provável que desapareça o trabalho subordinado (FERREIRA, 2017).

Outrossim, Tomassetti (2017) defende que a narrativa da uberização das relações de trabalho serviços prestados sob o paradigma apenas aparentemente disruptivo da economia compartilhada) nada mais representa do que aparato ideológico de sustentação para o desenvolvimento de uma nova era do capitalismo, em direção à liberalização e abstração do capital.

O objeto desse estudo refere-se ao labor prestado sob demanda, via aplicativo, com finalidade lucrativa / orientação monetizada, modelo de fornecimento *peer-to-peer* (SCHOR, 2014), e cujo elemento predominante consiste na prestação de serviços baseados na propriedade (TIPPETT, 2017). Sobre as peculiaridades apresentadas pelos trabalhadores que prestam serviços por meio da Uber, Martins e Almeida (2017, p. 63) destacam que “os motoristas na empresa não são simplesmente autônomos, podem até ser, contudo possuem características especiais, como a dependência da empresa à atuação dos motoristas, e a dependência dos motoristas aos serviços fornecidos pela empresa”. Tal dependência é revelada, dentre outros fatores, pelo reduzido grau de autonomia, não sendo permitido aos motoristas deliberar sobre o percentual a ser recebido a cada corrida, sobre a forma de pagamento e à própria dependência da estrutura do aplicativo para oferecimento do serviço, o que caracterizaria subordinação em sua modalidade integrativa.

Outro ponto se refere ao fato de que o lucro gerado à empresa advém do trabalho prestado por seus motoristas, e não do desenvolvimento de novas tecnologias, o que se verifica pelo investimento da empresa em carros autônomos, com operação estimada para iniciar em 2019 em algumas cidades dos Estados Unidos (GIBBS, 2017). Apesar de aparentar que a presente discussão se tornará obsoleta em um futuro próximo, há de se observar que a Uber é utilizada aqui apenas como um paradigma desse modelo de negócio, de forma que diversos serviços poderão continuar a ser oferecidos aos consumidores sob essa mesma dinâmica.

A classificação estritamente binária entre empregados e autônomos gera uma fragmentação do poder de mobilização dos trabalhadores em geral em torno

da luta pela melhoria das condições laborais, refletindo uma tendência cultural e política de valorização do pequeno empreendedor, muitas vezes submetidos a condições que pouca ou quase nenhuma autonomia possuem; isso porque os trabalhos considerados precários e ocupados por pequenos empreendedores autônomos acabam por atrair trabalhadores com menores chances de inserção no mercado formal, como imigrantes e minorias raciais, levando à defesa e valorização de tais situações pelo próprio trabalhador (DUBAL, 2017).

Prassl e Risak (2016) defendem que o critério a ser utilizado para o enquadramento da relação não deve se focar na figura do empregado, mas, sim, do empregador, com base no reconhecimento de cinco funções típicas, a saber: a) poder de determinar o início e o término da relação de trabalho; b) recebimento primário dos frutos gerados, ou seja, os valores pagos pelos usuários são destinados diretamente à plataforma que, somente após, realiza o pagamento ao prestador dos serviços; c) fornecimento do trabalho e respectiva remuneração, por meio de processo realizado por algoritmos, responsáveis por combinar possíveis clientes e prestadores de serviços disponíveis em determinado momento; d) controle da gestão interna do empreendimento, inclusive por meio de avaliação de performance dos trabalhadores, aplicação de punições e determinação das condições objetivas da prestação de serviço; e) por fim, gerenciamento do mercado externo, o que significa a responsabilidade por promover a atividade, bem como a assunção dos riscos do negócio, captação e retenção de clientes.

Para Davidov (2017), deve-se utilizar uma abordagem intencional, para se buscar o propósito da norma, verificando-se cada caso concreto, e, se após a aferição dos critérios usuais para confirmação da existência ou não da relação de emprego, não se tenha chegado a uma conclusão adequada, deve-se analisar se o propósito da norma justifica a inclusão do trabalhador vulnerável na relação em concreto, na esfera protetiva das leis trabalhistas.

Diante disso, mais adequado do que se questionar se a existência do Direito do Trabalho estaria ameaçada no cenário do século XXI, é buscar compreender de qual maneira o mesmo continuará a existir, como o conceito de subordinação deve ser reinterpretado e verificar os desafios a serem enfrentados.

2 EXPOSIÇÃO DOS DADOS COLETADOS

Os dados coletados para exame no presente estudo consistiram em decisões proferidas por varas e tribunais brasileiros em reclamações trabalhistas individuais movidas por motoristas da Uber, com pedido de reconhecimento de vínculo empregatício, bem como por tribunais estrangeiros (Estados Unidos, Reino Unido e União Europeia) sobre o tema. Por meio da análise de conteúdo, buscou-se determinar os critérios adotados por cada uma das decisões como fundamento para o reconhecimento ou não da existência de eventual relação de emprego.

Foram eleitas dez categorias de análise, passíveis de fundamentar a decisão sobre a existência de vínculo empregatício e trabalho subordinado, seja em sua dimensão clássica, objetiva ou estrutural, a saber: a) possibilidade de controle da jornada realizada pelo trabalhador e predeterminação de jornada mínima ou máxima, bem como obrigatoriedade de observância de intervalos; b) propriedade dos meios de produção; c) assunção dos riscos do empreendimento e organização empresarial própria; d) destinação imediata dos frutos do trabalho; e) gerenciamento do mercado externo, captação e retenção de clientes; f) pessoalidade na prestação dos serviços; g) dependência econômica; h) possibilidade de vigilância dos atos praticados pelos trabalhadores; i) poder diretivo em potencial (poder de iniciar e terminar a relação de forma unilateral, aplicação de punições, avaliações de desempenho); j) grau de integração do trabalhador na estrutura da empresa do tomador e identidade dos serviços prestados pelo trabalhador com o objeto do tomador. Referidas categorias buscaram refletir de maneira sintética a ideia central dos fundamentos da decisão, tendo em vista a necessidade de criar classes abstratas para a análise.

2.2 ANÁLISE DE CONTEÚDO DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS BRASILEIROS

Inicialmente, foi realizada busca de processos por meio de Certidão de Ajuizamento de Feitos Trabalhistas, nos quais figurasse como reclamada a empresa UBER do Brasil Tecnologia Ltda, CNPJ 17.895.646/0001-87, junto aos sites dos 24 Tribunais

Regionais do Trabalho do país, visando a mapear o número de processos em cada região e áreas de predominância.

Os dados obtidos possibilitaram verificar a existência de concentração expressiva de processos nos tribunais de São Paulo Capital (TRT2) e Minas Gerais (TRT3), com 146 e 92 processos, respectivamente, enquanto os tribunais das demais regiões que contam com emissão de certidão *online* apresentaram no máximo 10 feitos cada. Verificou-se também que grande parte deles tramitava em fase inicial, portanto sem decisão que envolvesse o mérito da demanda.

Além disso, uma vez que a totalidade dos ajuizamentos dos feitos ocorreu a partir do ano de 2016, considerando que a empresa iniciou suas atividades no país em 2014, inexistiam até a data da conclusão da pesquisa (maio/2018) recursos para julgamento no Tribunal Superior do Trabalho (TST), razão pela qual a pesquisa se limitou à decisão dos regionais.

A obtenção das certidões informando a quantidade de processos acima ocorreu em 03 de março de 2018 e se refere à totalidade de processos trabalhistas em relação à Uber, envolvendo ações que discutem o reconhecimento de vínculo empregatício (objeto da pesquisa) e, também, aquelas em que a empresa figura na qualidade de terceirizadora e, portanto, responsável subsidiária. Foram selecionadas para análise unicamente as decisões (sentenças e acórdãos) proferidas que tivessem por objeto o exame da existência de vínculo empregatício.

2.2.1 DECISÕES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

O número de decisões proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região em processos ajuizados por motoristas da Uber, pleiteando o reconhecimento da relação de emprego, é de 22 sentenças e 11 acórdãos, até o momento da coleta de dados. Das sentenças, 4 decidiram pela procedência / parcial procedência da demanda, com reconhecimento do vínculo de emprego e condenação ao pagamento de verbas trabalhistas contratuais e rescisórias, enquanto 18 julgaram pela improcedência da ação. Em relação aos acórdãos, os mesmos se posicionaram no sentido de afastar o reconhecimento do vínculo pretendido, seja por meio da manutenção da sentença de improcedência ou por reforma da decisão de procedência.

A decisão pioneira sobre o tema envolvendo a empresa Uber do Brasil Tecnologia Ltda no Brasil foi proferida no processo n. 0011359-34.2016.5.03.0112, que tramitou perante a 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, em 13 de fevereiro de 2017. A sentença analisou de forma minuciosa diversos pontos dos serviços prestados pelo reclamante como motorista da Uber, julgando a ação parcialmente procedente para reconhecer o vínculo empregatício e condenar a reclamada ao pagamento de verbas rescisórias além de horas extras, adicional noturno, remuneração em dobro pelos feriados laborados, reembolso de despesas e aplicação da multa prevista no parágrafo 8º do art. 477, da Consolidação das Leis de Trabalho, e ainda obrigação de anotação da Carteira de Trabalho (CTPS).

O julgador, ao fundamentar sua decisão, levou em consideração critérios além dos utilizados para verificação estrita da subordinação clássica, justificando a análise feita diante da natureza potencialmente metaindividual da demanda, ressaltando que a despeito das mudanças tecnológicas, a ontologia do ramo juslaboral permanece, com o objetivo de se manter um patamar civilizatório mínimo, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da primazia da realidade sobre a forma, princípio orientador de todo o ordenamento trabalhista. A reclamada Uber ingressou com Recurso Ordinário da sentença e obteve a reversão do julgado, com a decretação de improcedência da demanda e o não reconhecimento de vínculo empregatício pela 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

A fundamentação do acórdão, que se deteve grande parte em questões preliminares e processuais, baseou-se, quanto ao mérito (relação de emprego), nos seguintes entendimentos: a) inexistência de pessoalidade, uma vez que o motorista pode se fazer substituir por outro, desde que cadastrado na plataforma, pois a exigência de cadastramento e incomunicabilidade entre contas derivaria mais da necessidade de segurança do aplicativo que do caráter personalíssimo do prestador de serviço; b) inexistência de não-eventualidade, eis não haver escolha por veículo ou seu condutor, de maneira que a Uber aciona quaisquer motoristas disponíveis próximos ao local do chamado; c) ausência de subordinação, dado que o motorista teria conveniência em definir quando ligar e desligar o aplicativo, recusar passageiros, e, ainda, diante da não comprovação de aplicação de penalidades da responsabilidade

dos motoristas quanto aos gastos para manutenção do veículo; d) quanto à onerosidade, a bilateralidade das obrigações é inerente a grande maioria dos contratos de prestação de serviços e não pode, de forma isolada, caracterizar a existência de relação de emprego. Além disso, observa que o percentual retido pela plataforma (20%) não é compatível com os rendimentos obtidos por empregados em posição semelhante. Com isso, afasta a presença dos requisitos do art. 3º, CLT, bem como a alegação de fraude na contratação do motorista reclamante.

Houve interposição de Recurso de Revista por parte do reclamante, com seguimento denegado, com amparo na Súmula n. 126 do Tribunal Superior do Trabalho; de tal decisão, foi interposto ainda Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, o qual se encontra pendente de julgamento.

Conforme se verifica, o acórdão analisado utilizou critérios orientados, de forma predominante, à verificação da subordinação em sua matriz clássica, a saber, possibilidade de controle da jornada pelo trabalhador; predeterminação de jornada mínima ou máxima, bem como obrigatoriedade de observância de intervalos; propriedade dos meios de produção; assunção dos riscos do empreendimento; quanto a este último identificou como sendo do trabalhador, uma vez que seria o responsável por despesas, consertos e seguro de seu veículo.

Sem prejuízo, foi realizada ainda a análise do conteúdo da totalidade das 4 sentenças de procedência (incluindo a acima comentada, a saber, processos n. 0011201-24.2017.5.03.0021, 0010289-17.2017.5.03.0186, 0010570-88.2017.5.03.0180 e 0011359-34.2016.5.03.0112), bem como de 7 sentenças de improcedência (processos n. 0010586-27.2017.5.03.0185, 0010774-87.2017.5.03.0001, 0010419-17.2017.5.03.0021, 0010716-21.2017.5.03.0022, 0010950-11.2017.5.03.0181, 0011354-30.2015.5.03.0182 e 0010659-96.2017.5.03.0185) escolhidas dentre aquelas que já haviam sido objeto de julgamento em segunda instância, totalizando 11 decisões estudadas, bem como a análise de conteúdo dos 11 acórdãos respectivos.

No tocante às decisões de improcedências, verificou-se a prevalência da utilização de critérios referentes à inexistência dos seguintes aspectos relacionados à caracterização da relação de emprego: a) poder diretivo (em especial considerando que as diretrizes passadas pela reclamada aos motoristas se tratariam de mera

sugestão de conduta, sem acarretar em qualquer consequência ao motorista); b) possibilidade de controle da jornada realizada pelo trabalhador, tendo em vista a utilização do aplicativo de acordo com a conveniência do trabalhador; c) assunção dos riscos do empreendimento e organização empresarial própria, com base no fato de serem os motoristas os responsáveis por arcar com todas as despesas do veículo. Verifica-se que as três categorias de maior prevalência estão relacionadas ao conceito clássico da subordinação, sobretudo no controle de jornada.

Outros critérios também foram considerados nas decisões mencionadas, porém de forma menos prevalente, a saber, pessoalidade; destinação direta dos frutos do trabalho; grau de integração do trabalhador na estrutura da empresa do tomador e identidade dos serviços prestados pelo trabalhador com o objeto do tomador; propriedade dos meios de produção; possibilidade de vigilância dos atos praticados pelos trabalhadores. Duas categorias não foram mencionadas em quaisquer decisões: gerenciamento do mercado externo, captação e retenção de clientes; dependência econômica.

Em relação às 4 sentenças de procedência verificou-se que a possibilidade de controle de jornada foi mencionada apenas duas vezes, o que demonstra a diminuição da importância desse critério no contexto observado. A categoria de análise que recebeu maior atenção foi do poder diretivo em potencial (poder de iniciar e terminar a relação de forma unilateral, aplicação de punições, avaliações de desempenho), presente em treze trechos distintos das 4 decisões verificadas.

Porém, diferentemente das sentenças de improcedência, as decisões de procedência identificaram de forma expressa elementos caracterizadores do poder diretivo nos casos concretos. Mereceu destaque também, em seis ocasiões, a consideração do grau de integração do trabalhador na estrutura da empresa tomadora e identidade dos serviços prestados com o objeto do tomador, tendo a reclamada sido considerada como prestadora de serviços de transporte, e não mera empresa de tecnologia. A possibilidade de vigilância dos atos praticados pelos trabalhadores, o caráter personalíssimo da relação estabelecida entre as partes e o gerenciamento do mercado externo também foram categorias relevantes. Sobre esse aspecto, foi considerado o controle da conduta dos motoristas por meio da avaliação dos

consumidores e algoritmos programados para atender aos critérios estabelecidos conforme a conveniência da tomadora dos serviços.

De tal modo, as decisões de procedência analisadas buscaram utilizar critérios compatíveis com o contexto apresentado, sem necessidade de se distanciar da própria ideia de subordinação clássica. Os acórdãos respectivos, porém, negaram o reconhecimento da relação de emprego, de forma que até o momento da coleta final de dados o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região é pelo não reconhecimento do vínculo empregatício entre o motorista e a plataforma digital.

2.2.2 DECISÕES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

Nas varas trabalhistas vinculadas ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, foram proferidas até a data da obtenção da certidão de distribuição de feitos trabalhistas 9 sentenças em processos ajuizados por motoristas da Uber pleiteando o reconhecimento da relação de emprego, sendo apenas uma delas de procedência (processo n. 1001492-33-2016-5-02-0013) e, as demais, de improcedência do pedido (processos n. 1000900-86-2017-5-02-0034, 1000909-26.2017.5.02.0009, 1002101-88.2016.5.02.0086, 1000899-88.2017.5.02.0006, 1001240-51.2017.5.02.0027, 1001574-25.2016.5.02.0026, 1001733-24.2016.5.02.0072 e 1000903-50.2017.5.02.0613).

Ainda, apenas um acórdão foi proferido pelo Tribunal em referência, o qual negou provimento ao Recurso Ordinário do reclamante para manutenção da decisão de origem de improcedência. Em relação à sentença de procedência, o Recurso Ordinário da reclamada se encontra pendente de julgamento.

Foi possível verificar que as sentenças de improcedência proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região tiveram como principal fundamento a impossibilidade de controle da jornada dos motoristas do Uber, sobretudo por inexistir qualquer fiscalização, punição ou consequência quanto ao cumprimento regular de jornada, até mesmo nas ocasiões em que o motorista resolve deixar de se conectar ao aplicativo por longo período. O critério do controle da jornada foi identificado em sete trechos das decisões examinadas.

Outras categorias de destaque para a fundamentação da improcedência foram o poder diretivo em potencial (no caso, entendido como ausente) e a assunção dos riscos da atividade pelo trabalhador. A ausência de pessoalidade, de integração à estrutura da empresa e de possibilidade de vigilância quanto aos atos praticados pelos motoristas também foram levados em consideração, com menor frequência. No mesmo sentido se deu a fundamentação do acórdão que manteve a improcedência da decisão de primeira instância.

Já a única sentença de procedência proferida considerou a existência de integração à estrutura da empresa a partir do entendimento de que a reclamada se constitui em empresa de transporte, sendo os motoristas vinculados à sua atividade principal. Além disso, considerou a existência de pessoalidade, gerenciamento do mercado externo pela Uber (definição do preço, captação e relacionamento com os clientes usuários) e possibilidade de controle da jornada realizada pelo trabalhador.

Nesse ponto, trouxe à luz o argumento de que embora a Uber não fiscalize a jornada dos motoristas de forma individual, isso é desnecessário no âmbito da atividade explorada uma vez que a plataforma tem plena capacidade de apontar a jornada cumprida por cada um dos motoristas diante do arsenal tecnológico utilizado. Quando verifica não haver número suficiente de motoristas conectados para o atendimento da demanda, a empresa é capaz de detectar a ocorrência e, por meio de incentivos econômicos, fazer com que os motoristas se conectem ao aplicativo, controlando assim, de forma indireta, porém com alto grau de precisão, a prestação de serviços e respectivas jornadas.

2.3 DECISÕES NO DIREITO COMPARADO

A discussão sobre a natureza jurídica da relação entre motoristas e a empresa Uber e aplicativos similares, assim como sobre o próprio objeto da plataforma, é recorrente em todo o mundo, por desafiar a aplicação dos critérios tradicionais de reconhecimento do vínculo empregatício.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em 20 de dezembro de 2017, proferiu acórdão nos autos do processo C-434/15, envolvendo disputa entre a *Asociación Profesional Elite Taxi* (associação de motoristas de taxi profissionais em Barcelona)

contra *Uber Systems Spain*. A ação foi intentada inicialmente junto ao Tribunal de Comércio n. 3 de Barcelona, em 2015, todavia, foi suspensa e submetida ao TJUE para apreciação de questões prejudiciais, relacionadas à definição da natureza jurídica das atividades exploradas da Uber.

O objeto da ação foi a interpretação de normas contidas nas Diretivas do Parlamento Europeu e Conselho, relacionadas a regulamentações técnicas e serviços da sociedade da informação e, por consequência, a declaração de que as atividades da Uber Systems Spain violam a legislação em vigor e constituem concorrência desleal, uma vez que não seguem as normas obrigatórias para as demais empresas que atuam na área de transportes, que se sujeitam à obtenção prévia de licença. O TJUE concluiu que a Uber Systems Spain é uma empresa de transportes e, por tal motivo, deve se submeter à legislação local quanto à exigência de autorização prévia para o exercício de sua atividade. Essa decisão é relevante por situar a Uber não como empresa de tecnologia, mas sim como uma empresa de transporte, que se utiliza de aparato tecnológico para o desenvolvimento de suas atividades, colocando motoristas como trabalhadores inseridos no objeto de sua prestação e, portanto, não eventuais.

Em Londres, o Tribunal de Apelação Trabalhista julgou o recurso n. UAEAT/0056/17/DA, em 10 de novembro de 2017, envolvendo pedido de reconhecimento de vínculo entre um grupo de motoristas contra a Uber BV, Uber London Ltd e Uber Britannia Ltd (*Uber BV & Ors vs Y Aslam*). O órgão julgador colocou como ponto controverso a verificação da existência, no caso concreto, de trabalho autônomo, subordinado ou, ainda, nenhum dos dois (UNITED KINGDOM, 2017). Para o tribunal inglês, que confirmou o posicionamento da decisão recorrida, os motoristas que prestam serviços por meio do aplicativo Uber não podem ser considerados como trabalhadores autônomos, e devem receber ao menos o salário mínimo nacional, além de outros benefícios garantidos pela legislação do país, como férias, pausa para descanso e proteção contra discriminação.

Dentre os fatos levados em conta para se chegar a essa posição no julgamento, destacam-se: a seleção e recrutamento dos motoristas pela Uber, não sendo possível àqueles subcontratar outros indivíduos sem avaliação e cadastro direto pela empresa; além disso, a Uber é responsável por controlar as principais

informações sobre os passageiros e fixar os preços; a partir do momento em que estão conectados, os motoristas têm a obrigação de aceitar o trabalho de determinada região onde se encontram; avaliação de desempenho e aplicação de sanções disciplinares para os motoristas que cancelaram e recusaram viagens; os motoristas não estão autorizados a contatar seus passageiros após a viagem.

Já nos Estados Unidos, houve a propositura de diversas ações coletivas na Califórnia, com o fito de questionar a natureza dos serviços prestados pelos motoristas da Uber, destacando-se o caso *O'Connor et al. contra Uber Technologies Inc. et al.* (caso n. 3:13-cv-03826) junto ao Tribunal do Distrito do Norte da Califórnia.

A decisão preliminar proferida em 11 de março de 2015 considerou que a aplicação do teste tradicional para verificação do vínculo empregatício utilizado na Califórnia, denominado de teste de Borello, foi inconsistente frente ao novo modelo de negócios. Referido teste enumera uma série de indícios da existência de relação de emprego e, de acordo com a Suprema Corte norte-americana, a questão crucial a ser respondida não é o quanto de controle o tomador de serviços efetivamente exerce, mas o quanto ele possui o direito de exercer.

Ocorre que, diante da existência de cláusula de arbitragem nos contratos firmados entre a Uber e motoristas, a discussão passou a se concentrar na validade ou não desta, gerando a suspensão das ações até que a Suprema Corte decida sobre tal incidente. Existem, ainda, ações em outros estados norte-americanos, como Massachusetts, Carolina do Norte e Flórida; neste último, houve decisão divergente, tendo o Tribunal considerado os motoristas como trabalhadores independentes. Todavia, a decisão foi tida como isolada em relação ao entendimento que se vinha adotando nos demais estados até a suspensão das ações coletivas (STREITFELD, 2017).

3 DESAFIOS AO MODELO TRADICIONAL DO DIREITO DO TRABALHO

Os dados apresentados no tópico precedente revelam a existência de posições divergentes sobre a natureza do trabalho realizado por meio de plataformas digitais. De um lado, aqueles que vislumbram o atual momento como de total

mudança de paradigmas, tornando inviável a aplicação do modelo tradicional de direito do trabalho, sobretudo com relação à subordinação. Para estes, aplicar as normas trabalhistas vigentes às novas espécies de relação de trabalho significaria utilizar uma fôrma com contornos que não se amoldam ao objeto; por esse motivo, defendem, quando não a ocorrência de autêntico trabalho autônomo, a criação e aplicação de normas específicas à nova realidade. De outro lado, há aqueles que vislumbram nas relações de trabalho por meio de plataformas digitais apenas um novo formato para o mesmo e já conhecido conteúdo, qual seja, o trabalho subordinado; desse modo, entendem ser possível identificar todos os aspectos relacionados à caracterização do vínculo empregatício, desde que se considere a evolução dos critérios ao atual contexto.

Convém mencionar que a Lei n. 13.640/2018, ao alterar a redação da Lei n. 12.587/2012 para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros, em especial por meio de aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede, exigiu, dentre outras condições, a inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos termos da alínea *h* do inciso V do art. 11 da Lei n. 8.213/1991 (art. 11-A, III), evidenciando a opção do legislador em enquadrar o trabalhador em comento como autônomo. O posicionamento legal, todavia, não implica em presunção absoluta da existência de autonomia, diante do possível confronto com o princípio da primazia da realidade.

Ocorre que, além da discussão acerca da natureza do vínculo mantido entre as partes, aspectos não vinculados diretamente a fatores econômicos merecem atenção, por se relacionarem a questões de segurança, saúde e dignidade do trabalhador, repercutindo indistintamente sobre este, qualquer que seja o enquadramento adotado, seja autônomo, subordinado ou até mesmo situado em zona intermediária, conforme apresentado a seguir.

3.1 PONTOS SENSÍVEIS PARA REGULAÇÃO: LIMITAÇÃO DE JORNADA, DISCRIMINAÇÃO E SEGURANÇA DO TRABALHO

A limitação da jornada de trabalho está prevista na Constituição Federal, que estabelece em seu art. 7º, inciso XIII, como direito dos trabalhadores urbanos e

rurais a duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, além de, em seu inciso XV, repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos. A jornada diária limitada a 8 horas, desde que não fixado expressamente outro limite, também está garantida pelo art. 58 da CLT.

A Lei 12.619/2012 – posteriormente modificada pela Lei 13.103/2015 – alterou a CLT na disciplina sobre o exercício da profissão de motorista, em específico a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional, trazendo diversas limitações. Com relação aos trabalhadores autônomos, inexistem qualquer disposição nesse sentido, uma vez que o prestador exerce a atividade por sua conta e risco.

A relevância do direito à limitação de jornada decorre do fato de se tratar de norma relacionada à saúde do trabalhador, haja vista o corpo humano necessitar de períodos de repouso para sua recuperação e manutenção de seu estado de higidez física e mental, seja durante a jornada de trabalho ou entre estas. De acordo com Cassar (2016), a limitação se baseia em três aspectos: além do biológico, já mencionado, também o social (o trabalhador deve gozar de tempo livre para conviver com sua família e amigos, evitando-se a exclusão social) e o econômico (decorrente da menor produtividade do trabalhador em situação de estresse, de forma que o aspecto biológico acaba por interferir na produtividade e rendimento econômico).

De acordo com Narciso e Melo (2017), cerca de 7% a 30% das mortes fatais no trânsito, no mundo inteiro, são decorrentes da sonolência e da fadiga; no Brasil, a pesquisa realizada com caminhoneiros revelou que 68,6% dos motoristas viajam mais de 10 horas sem pausa para descanso e 26,5% relataram acidente causado por sonolência ao volante.

Nos Estados Unidos, a própria Uber determinou períodos em que os motoristas poderão dirigir, enviando alertas assim que se atinja a limitação. Caso o motorista não a observe, o aplicativo automaticamente se desconecta ao atingir 12 horas de atividade, permanecendo desativado pelas próximas 6 horas. A

limitação não decorre de regulação imposta pelas autoridades, mas unicamente da adoção de medidas para aumentar a segurança no transporte. Ainda, o tempo é medido a partir dos deslocamentos do veículo detectados pelo sistema de GPS, de forma que esperas longas, assim consideradas excedentes a 5 minutos, não são computadas como tempo em atividade, podendo, todavia, haver situações em que o aplicativo determine a realização de descanso ainda que não se acumulem 12 horas consecutivas (SIDDIQUI, 2018).

Na cidade de Nova York, especificamente, o limite é de 10 horas, em razão de regra local da Comissão de Taxistas e motoristas de Limusines – *New York City Taxi and Limousine Commission* (TLC), aplicável a todos os motoristas, inclusive da Uber. A mesma limitação foi imposta aos motoristas do Reino Unido, que também deverão respeitar o limite de 10 horas em atividade e 6 horas de descanso, sendo enviados alertas a partir das duas últimas horas para que o trabalhador possa administrar o tempo restante. No Brasil, não existe ainda nenhum tipo de controle determinado pelo próprio aplicativo, tampouco previsão legislativa sobre o assunto.

No que diz respeito às normas de segurança, relacionadas a medicina e higiene do trabalho, trata-se de obrigação do empregador, a fim de neutralizar ou, ao menos, minimizar, o efeito de agentes nocivos à saúde do trabalhador, e, dessa forma, evitar a ocorrência de acidentes. No Brasil, o tema se encontra previsto na Portaria n. 3.214, de 08 de junho de 1978, do Ministério do Trabalho e Emprego, em regulamentação ao art. 200 da CLT. Referida Portaria aprova as Normas Regulamentadoras, no total de 28, que dispõem sobre atividades e operações perigosas, insalubres, ergonomia, condições sanitárias do local de trabalho, dentre outros. De maneira geral, os principais aspectos relacionados à segurança do trabalho no segmento de transporte dizem respeito à capacitação adequada para atividade de motorista, condições e manutenção do veículo, com a finalidade de, aliados ao controle de jornada, evitar a ocorrência de acidentes automobilísticos.

No caso dos trabalhadores da Uber, verifica-se que os mesmos são cobrados quanto à segurança e condições de higiene de seu veículo sempre que ocorre a reclamação de um passageiro. Nesses casos, o acesso ao aplicativo pode ser bloqueado até que o motorista se apresente à sede da empresa para inspeção do veículo ou apresente justificativa. A empresa também possui o poder de fiscalizar a

velocidade dos veículos, enviando alertas sempre que detectada a movimentação de automóvel com velocidade acima da permitida. É preciso observar que a adoção dessas medidas ocorre por mera liberalidade da empresa, e não em razão da imposição por parte de qualquer legislação, o que torna prejudicada a possibilidade de fiscalização e imposição de penalidades à empresa em caso de descumprimento.

O tema da discriminação no trabalho goza de especial proteção no ordenamento jurídico, encontrando amparo na Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada por meio do Decreto 62.150/1968; na Lei 9.029/1995, que determina a proibição da adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho; e, em última instância, no princípio da igualdade, insculpido na própria Constituição Federal, que veda o tratamento desigual, quando este importar em ato discriminatório.

Conforme relatado por Das Acevedo (2017), em pesquisa realizada com trabalhadores de plataformas digitais diversas, foi apontado pelos próprios, como aspecto positivo, a inexistência de superior hierárquico direto e, por consequência, maior liberdade de trabalho. Constatou-se que aqueles que laboravam em tais atividades muitas vezes provêm de camadas desfavorecidas econômica e socialmente, tais como imigrantes, de forma que dificilmente gozariam, em uma relação de emprego típica, da liberdade de escolha propiciada pelo trabalho via plataforma. Ocorre que não se pode afastar a obrigatoriedade da observância do patamar mínimo de tratamento digno do trabalhador, sob alegação de que a inclusão de camadas desfavorecidas já representaria um avanço de direitos.

Ademais, deve ser levada em conta a possibilidade de programação dos algoritmos dos aplicativos conforme a conveniência da demanda do mercado, avaliação do público consumidor e perfil empresarial, capaz de propiciar a disseminação de condutas discriminatórias independentemente da intervenção humana direta, sob a aparente neutralidade das escolhas determinadas pelas próprias plataformas digitais. Destarte, a proteção contra tais condutas no âmbito das relações de trabalho, seja qual for a sua natureza, deve ser reforçada, diante da posição de vulnerabilidade do trabalhador na relação contratual.

3.2 PROTEÇÃO LEGAL DOS TRABALHADORES EM PLATAFORMAS DIGITAIS

O ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da maioria dos demais países ocidentais, classifica o trabalho de forma binária, como autônomo ou subordinado, diante da intensidade de ingerência do tomador de serviços nas condições do trabalho desenvolvido pelo prestador, dentre outros aspectos.

A adoção da teoria da parasubordinação foi o caminho encontrado por alguns países – como a Itália e a Espanha – para solucionar o enquadramento legal de obreiros em zonas fronteiriças da classificação tradicional. Com isso, buscou-se garantir um patamar mínimo de direitos a trabalhadores relegados à tutela do direito comum, por não preencherem de forma integral os requisitos à tutela da legislação trabalhista. Todavia, a análise histórica revelou que a utilização de tal modelo correspondeu mais ao atendimento da necessidade de criação ou manutenção do número de postos de trabalho em momentos de crise econômica do que à efetiva conquista de direito pela classe trabalhadora. No Brasil, não se admite a parasubordinação como um modelo de tutela dos trabalhadores.

No que diz respeito ao modelo de trabalho autônomo, trata-se, ao menos em um primeiro momento, da configuração aparentemente mais próxima da realidade apresentada pelas novas dinâmicas das relações de trabalho: liberdade de escolha quanto aos horários e dias a serem trabalhados; propriedade dos meios de produção e, a depender do ponto de vista, até mesmo organização e estrutura empresarial própria; aparente inexistência de controle por parte de um chefe ou superior hierárquico. Conforme visto, a possibilidade de controle da jornada pelo trabalhador e a predeterminação de jornada mínima ou máxima foi utilizada de forma reiterada para fundamentar tal posicionamento. Ocorre que embora esse controle revele forte indício da existência de autonomia, tal presunção não é absoluta.

Tanto assim que o contrato de trabalho intermitente, inserido na CLT pela Lei 13.467/2017, traz a possibilidade de o empregado permanecer por longos períodos sem prestar serviços ao empregador, podendo até mesmo se recusar à convocação, independentemente de justificativa, sem que isso descaracterize a relação de

subordinação. Diante disso, a possibilidade de controle de jornada se trata de critério que, aos poucos, vem perdendo força como determinante de uma linha divisória clara entre o trabalho autônomo e o subordinado.

Outro critério prevalente para sustentar o posicionamento no sentido de ser autônomo o trabalho em plataforma digital foi o da inexistência de poder diretivo nas relações analisadas. De acordo com os dados analisados, porém, não há como se falar em maior ou menor relevância de tal critério em si mesmo, mas sim quanto à definição de seu conteúdo, de acordo com o contexto em que se encontra.

Se, de um lado, o aplicativo não realiza fiscalização direta e contínua quanto ao cumprimento de suas recomendações, caso tal inobservância resulte insatisfação do consumidor, gerará uma má-avaliação, possibilitando, assim, controle indireto da plataforma às condições do serviço. Neste caso, a autonomia fica, no mínimo, mitigada, não havendo liberdade ampla para o prestador de serviços determinar as condições de oferta ao público, seja em relação ao preço, ao equipamento utilizado, suas condições, padrões mínimos, dentre outros. Além disso, o trabalhador não se reporta ao usuário consumidor em caso de reclamação, mas, sim, ao aplicativo, que mantém o contato direto com o cliente e fiscaliza as condições dos serviços prestados quando acionada para esse fim.

Ainda que o trabalho verdadeiramente autônomo também seja limitado por cláusulas de imposição de deveres – incluindo a possibilidade de rescisão contratual em caso de descumprimento – tais limitações são estabelecidas anteriormente ao início das atividades, não podendo ser objeto de fiscalização contínua, sob pena de configurar-se vínculo empregatício.

Por derradeiro, a constatação de que a propriedade dos meios de produção conduz necessariamente ao enquadramento de trabalho autônomo tampouco parece adequada. Desde há muito tal critério, por si só, não é suficiente para a distinção da autonomia e subordinação. Até mesmo, por ser próprio da definição da ideia de subordinação a sua natureza jurídica, e não técnica, poderá o empregado ser o detentor do aparato técnico necessário ao desenvolvimento de seu trabalho sem que isso desconfigure sua posição na relação.

Ademais, a mera propriedade do veículo não implica na capacidade de influenciar os processos comandados exclusivamente pela plataforma. O motorista, embora assumira os riscos nesse ponto, não possui quaisquer condições de bancar a estrutura geral de funcionamento do aplicativo. De acordo com o conceito de estabelecimento comercial trazido pelo art. 1.142 do Código Civil brasileiro, “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”; é evidente, pois, que o trabalhador não detém controle sobre todo o complexo de bens, mas, unicamente sobre o veículo que, de forma, isolada, não representa atividade empresarial.

No mesmo sentido, a assunção dos riscos da atividade é da plataforma, e não do motorista, pois não se pode considerar a simples existência de despesas com veículo como risco essencial do negócio. De outro lado, entrada de novos concorrentes no mercado, queda de faturamento, descontentamento de clientes, e outros fatores que possam acarretar em prejuízos, são situações cuja gestão compete ao aplicativo, que sequer permite qualquer espécie de contato do motorista de maneira direta com os usuários ou com tais informações.

Assim, constatada a inexistência de autonomia plena do trabalhador, passa-se, em tese, ao enquadramento de tais relações como de natureza subordinada. É preciso observar que o trabalho em comento não se trata de um fenômeno isolado, mas, pelo contrário, de um produto gerado a partir de um cenário mais abrangente e em curso há décadas, de alterações no modo de prestação do próprio trabalho; portanto, o que se chama de crise do direito do trabalho é um reflexo das transformações fáticas do objeto do direito, e não crise do direito em si.

O enquadramento de tal espécie de trabalho como subordinado enfrenta críticas e resistência, tendo em vista a ainda predominante análise sob o enfoque tradicional, pelo qual de fato não se pode chegar a uma conclusão segura da subsunção completa do modelo de trabalho em plataformas digitais à norma trabalhista.

Porém, os dados coletados demonstram a existência de uma evolução interpretativa em curso, no sentido de alargar o campo de incidência do direito do trabalho a partir da adoção de novos critérios de identificação da subordinação no contexto

apresentado, em detrimento da necessidade de criação de novas regras jurídicas ou modelos intermediários. É possível observar essa tendência também em outros países, no sentido de superação de padrões tradicionais quanto ao elemento da subordinação.

Por derradeiro, é preciso considerar que também a tendência de utilização cada vez maior de sistemas geridos por algoritmos e inteligência artificial para substituição do trabalho humano, de maneira que mesmo os trabalhos tidos como tradicionais convergem para esse tipo de situação. Diante disso, inadmitir a possibilidade de evolução interpretativa proposta poderia representar a própria extinção do direito do trabalho, que estaria de tal modo propício a perder o seu objeto. Assim, torna-se possível que o Direito do Trabalho passe a abranger um maior número de relações jurídicas que envolvem o labor humano e, por consequência, cumpra sua finalidade protetiva do trabalhador.

Tome-se, como exemplo, a discussão envolvendo a definição da natureza do teletrabalho (autônoma x subordinada), hoje inserido de forma pacífica no art. 6º e seu parágrafo único, da CLT. Até mesmo o trabalho intermitente, que admite prestação de forma descontínua e a recusa do empregado à convocação realizada pelo empregador, passou ser inserido dentre as formas de trabalho subordinado.

O desenvolvimento e transformações do trabalho é uma constante; com isso, a necessidade de tutela específica a cada nova forma de relação surgida conduziria à fragmentação do ordenamento, e, por consequência, à insegurança jurídica, em efeito paradoxal à intenção inicial de se criar um modelo específico para maior segurança. Destarte, a interpretação ampliativa dos modelos já existentes acarreta, passado o momento inicial de indefinição, a uma maior segurança jurídica, uma vez que já se sabe, de antemão, as possibilidades de enquadramento e seus respectivos efeitos.

CONCLUSÃO

O atual ordenamento justaltrabalhista se encontra ainda fortemente ligado aos conceitos clássicos de seus principais institutos, como a subordinação, embora

seja possível vislumbrar na doutrina e, aos poucos, nas próprias decisões judiciais, uma tendência à adoção de novos critérios interpretativos. A superação de antigos paradigmas é um movimento lento, uma vez que decorre da necessária maturação social de novos modelos, para, enfim, serem aceitos como legítimos e até mesmo necessários.

No caso do trabalho sob demanda por meio de plataformas digitais, o principal desafio é o de definir sua natureza – se subordinado ou autônomo. Em um primeiro momento, essa nova espécie de trabalho se autodefine como autônoma, em uma interpretação literal e tradicional dos critérios de subordinação. Todavia, passado algum tempo de maturação e discussão sobre o tema, surgem os primeiros entendimentos e decisões, no sentido de que a relação que se denomina novidade não passa de típica subordinação em sua essência, apenas em um novo formato. A necessidade da reconstrução dos critérios identificadores da subordinação e, por consequência, do vínculo de emprego, é discussão anterior à realidade das plataformas digitais, a exemplo do teletrabalho, que desde o seu surgimento tem impulsionado a adoção de novas formas de interpretação dos conceitos clássicos do Direito do Trabalho.

O tema em estudo não representa, assim, uma ruptura com o paradigma anterior, mas, antes, a continuidade de um movimento já em curso. Por consequência, as relações de trabalho em plataformas digitais não apresentam características que tornam absolutamente incompatíveis o seu enquadramento como objeto de tutela do Direito Laboral, mas demandam, sobretudo a partir dos processos decisórios, a superação dos critérios de identificação de seus requisitos segundo uma visão mais tradicional em direção a uma interpretação que leve em conta as novas formas e instrumentos de atuação do poder diretivo do empregador.

Contudo, o tema se encontra longe de estar definido e pacificado, cabendo aos intérpretes e operadores do Direito a constante observação e discussão sobre o fenômeno. Durante esse processo, que poderá ocorrer de forma breve ou perdurar por anos, bem como ser interceptado bruscamente por escolhas política e legislativa contrárias ao posicionamento majoritário dos juristas e das próprias decisões judiciais sobre o assunto, outros desafios devem ser levados em consideração. Trata-se de pontos sensíveis e presentes no cotidiano do

trabalhador, capazes de afetar sua personalidade e integridade física e mental, bem como terceiros envolvidos na relação. Questões como limitação da jornada de trabalho, segurança e discriminação afetam todos os indivíduos e desafiam a aplicação restrita das normas trabalhistas exclusivamente aos trabalhadores empregados, assim definidos nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho.

O próprio fundamento protetivo do Direito do Trabalho, de início vinculado à ideia de hipossuficiência e debilidade do empregado (inclusive financeira e educacional), considerando a sociedade industrial incipiente em que surgem tais conceitos), deve evoluir para a realidade atual e se ampliar para a ideia de proteção do ser humano e sua dignidade como trabalhador. De outro modo, restará caracterizada imposição de ônus a toda a sociedade, que passará a arcar de forma solidária com os riscos de atividade particular desenvolvida pelas empresas que atuam por meio de plataformas digitais, eximindo-as de forma indevida das regras de responsabilidade vigentes no ordenamento jurídico brasileiro em relação aos seus trabalhadores.

REFERÊNCIAS

- BAKER, Dean. **Technology didn't kill middle class jobs, public policy did. The Guardian**, 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/25/technology-middle-class-jobs-policy>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Método, 2016.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2016.
- DAS ACEVEDO, Deepa. **Unbundling Freedom in the Sharing Economy. SSRN Electronic Journal**, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3018211. Acesso em: 10 jan. 2018. DOI: 10.2139/ssrn.3018211
- DAVIDOV, Guy. **The status of uber drivers: a purposive approach. Spanish Labour Law and Employment Relations Journal**, 2017. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2877134>. Acesso em: 30 mai. 2017.
- DUBAL, Veena. **Wage slave or entrepreneur? Contesting the dualism of legal worker identities. UC Hastings Research Paper**, n. 176, 2017b. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2796728>. Acesso em: 8 set. 2017.
- ESPANHA. **Ley 20/2007, de 11 de julio**. Estatuto del trabajo autónomo. **Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-13409-consolidado.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- FERREIRA, Letícia Mara Pinto. **Parassubordinação: a dialética das metamorfoses justralhistas para uma nova era colaborativa**. São Paulo: LTr, 2017.
- FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues; SILVA, Victor Raduan da. **The uberization of work and the legal regulation: the challenge of labor protection in semi-peripheral economies. Labour Law Research Network**, 2017. Disponível em: <http://www.labourlawresearch.net/papers/uberization-work-and-legal-regulation-challenge-labor-protection-semi-peripheral-economies>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- GIBBS, Samuel. **Uber plans to buy 24,000 autonomous Volvo SUVs in race for driverless future. The Guardian**, 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/nov/20/uber-volvo-suv-self-driving-future-business-ride-hailing-lyft-waymo>. Acesso em: 18 jan. 2018.
- HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- MARTINS, Murilo; ALMEIDA, Victor Hugo de. **Análise juslaboral da relação de trabalho entre motoristas por aplicativo e a empresa Uber: aspectos e consequências sociojurídicos, Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho, Brasília, v. 3, n. 1, p. 55-75, jan./jun. 2017.**
- NARCISO, Fernanda Veruska; MELLO, Marco Túlio de. **Segurança e saúde dos motoristas profissionais que trafegam nas rodovias do Brasil. Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 51, 26, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102017000100604&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 abr. 2018.
- PRASSL, Jeremias; RISAK, Martin. **Uber, Taskrabbit, & co: platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork, Oxford Legal Studies**, Research Paper n. 8/2016, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2733003>. Acesso em: 30 mai. 2017.
- SCHOR, Juliet. **Debating the Sharing Economy. Great transition initiative**, 2014. Disponível em: <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>. Acesso em: 20 mai. 2017.
- SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.
- SIDDIQUI, Faiz. **Uber mandates a six-hour rest period for frequent drivers, Washington Post**, 2018. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/news/dr-gridlock/wp/2018/02/12/uber-mandates-a-six-hour-rest-period-for-frequent-drivers/?noredirect=on&utm_term=.de3d5b5bb1d0. Acesso em: 21 mar. 2018.

STREITFELD, David. **Uber Drivers win preliminar class-action status in labor case.** *New York Times*, 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/07/12/business/uber-drivers-class-action.html>. Acesso em: 16 set. 2017.

TIPPET, Elizabeth Chika. **Employee Classification in the Sharing Economy.** *Cambridge Handbook of Law and Regulation of the sharing economy*, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009943. Acesso em: 29 ago. 2017.

TOMASSETTI, Julia. **Does Uber redefine the firm?** The postindustrial corporation and advanced information technology. *Indiana Legal Studies Research*, paper n. 345, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2763797>. Acesso em: 15 jan. 2018.

UBER NEWSROOM. **Fatos e dados sobre a Uber, 2018.** Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber>. Acesso em: 15 jan. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Justiça da União Europeia.** Acórdão em reenvio prejudicial, processo C-434/15. Recorrente: Asociación Profesional Elite Taxi. Recorrida: Uber Systems Spain,SL. Julgador:K. Lenaerts (presidente) e outros. Luxemburgo, 20 dez. 2017. **Tribunal de Justiça da União Europeia.** Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.ssf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=693546>. Acesso em: 20 jan. 2018.

UNITED KINGDOM. **Employment Appeal Tribunal (London).** Appeal n. UKEAT/0056/17/DA. Appellants: Uber B.V and others. Respondents: Mr Y Aslam and others. Judge: Jennifer Eady QC. London, 10 November 2017. **Gov.uk.** Disponível em: <https://www.gov.uk/employment-appeal-tribunal-decisions/uber-b-v-and-others-v-mr-y-aslam-and-others-ukeat-0056-17-da>. Acesso em: 30 jan. 2018.

UNITED STATES. **United State District Court – Northern District of California.** Case 3:13-cv-03826-EMC. Plaintiffs: Douglas O’ Connor, et. al. Deefendants: Uber Technologies Inc et al. Judge: Edward M. Chen. California. March 11, 2015. **US Courts – CAND.** Disponível em: <https://www.cand.uscourts.gov/home>. Acesso em: 2 fev. 2018.

JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE CARTOGRÁFICA DE MODELOS DECISÓRIOS^[1]

Jair Aparecido Cardoso^[2]
Radson Rangel Ferreira Duarte^[3]

INTRODUÇÃO

É um truísmo sustentar que o caráter gregário do ser humano importa no surgimento de conflitos entre as pessoas, exigindo-se uma solução, a qual pode ser realizada pelos próprios envolvidos (autocomposição e, excepcionalmente, a autotutela), por terceiros ou pelo Estado, em sua função jurisdicional.

Tradicionalmente, defende-se que as decisões judiciais são tomadas unicamente a partir do material normativo existente em um determinado sistema; consiste,

[1] Este trabalho foi publicado, originalmente, na Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 12, Nº 2, jul./dez. 2018, p. 234-261.

[2] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da FDRP-USP. Correio eletrônico: jaircardoso@usp.br.

[3] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: radsonrangel36@hotmail.com.

tal proposta dogmática, no dever constitucionalmente fixado de exteriorizarem-se os fundamentos pelos quais houve determinada decisão jurídica (conquanto a fundamentação não se restrinja a esse aspecto externo). Ocorre que, subjacente à exteriorização de seu conteúdo, há fatores subjetivos que influenciam a decisão, especialmente os de caráter ideológico, ainda que sejam de difícil percepção na quase maioria das vezes.

O presente artigo pretende investigar se a ideologia dos julgadores está presente na Justiça do Trabalho, enquanto ramo jurisdicional encarregado de solucionar os conflitos surgidos nas relações de trabalho, apresentando exemplos de como a jurisprudência sedimentada do órgão de cúpula desse ramo do Judiciário segue esse caráter ideológico, face sua inspiração protecionista.

Para tanto, faz-se uma breve referência aos primórdios do positivismo jurídico e às reações na Europa àquela proposta, culminando com o realismo jurídico americano, doravante, apenas “realismo jurídico”. Se é certo que houve um decréscimo de sua importância, o realismo jurídico deixou frutos importantes, dentre eles a compreensão de que as decisões judiciais não estão orientadas unicamente pelo material jurídico colocado à disposição, mas decorrem também de elementos subjetivos de cada julgador, o que apenas confirma o fato de que a pessoa do julgador não se isola no mundo, antes está envolvido em todo um contexto social, psicológico, de experiências pessoais, opções políticas e de vida.

A proposta do presente artigo, como consta no título, é cartográfica: apresentar um mapa do percurso das decisões judiciais, de forma meramente descritiva (salvo uma palavra final), desde a ortodoxa observância dos textos normativos até a libertação proporcionada pela compreensão de que aspectos subjetivos influenciam nas decisões judiciais.

Utilizar-se-á o método dedutivo, com a apresentação de situações específicas de presença da ideologia nas decisões trabalhistas.

1 O PROTOPOSITIVISMO JURÍDICO

A positivação do direito, compreendida como a admissão como fonte do direito apenas os textos normativos emanados de fontes formalmente previstas, é um fenômeno da modernidade, intimamente ligada à lei. Não que em tempos

anteriores a legislação fosse ignorada como fonte jurídica, mas ela não gozava de proeminência tampouco possuía uma abrangência ampla. Como se vê na evolução histórica em determinados locais, especialmente nos séculos XVIII e XIX, com o predomínio do racionalismo e do iluminismo, houve a tentativa de confinar-se o direito àquele encontrado nos textos legislativos emanados do Estado: ao “longo dos séculos XVII e XVIII, no entanto, cresce a função legislativa e governativa, ou seja, autonomizam-se as tarefas de dar leis e de promover a utilidade comum” (LOPES, 2004, p. 230), estabelecendo-se um “monopólio de criação de direito atribuído ao parlamento” (HESPANHA, 2011, p. 210).

A título de exemplo, cita-se o que ocorreu na Prússia e em Portugal: neste, a Lei da Boa Razão, de 1769, reduziu drasticamente as fontes jurídicas, colocando fim à possibilidade de se recorrer ao direito romano, às glosas de Accursio e aos comentários de Bártolo de Sassoferato, amplamente admitidos pelas Ordenações, reduzindo consideravelmente o papel do costume (SILVA, 2011, p. 468); de forma idêntica, a Prússia, em 1794, com o seu Código Civil (“Allgemeines Landrecht”) – o primeiro código moderno, de feição jusracionalista (WIEACKER, 1993, p. 365), estabeleceu drástica redução das fontes do direito, estabelecendo que, em caso de omissão, o tema sob análise judicial deveria ser encaminhado ao Poder Legislativo para criação de regra a incidir.

O momento culminante dessa mudança ocorreu com a Revolução Francesa e a edição do “Code Civil des Français”, por meio da “Lei de 30 Ventôse An XII”, de 21 de março de 1804. Sob tal égide, o juiz era apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, na concretização da doutrina defendida, especialmente, por Montesquieu na sua obra “O espírito das leis”. Assim, cabia ao juiz tão somente a aplicação no caso concreto daquilo que estava expressamente previsto no texto do Código Civil, em uma atividade meramente mecânica, por meio de raciocínio lógico-dedutivo, sob a ideia de que o texto legal contemplaria as respostas a todos os litígios que surgissem no tecido social. O papel do intérprete era irrelevante pois o texto legal estabelecia o limite da atuação dos juízes. O conhecimento do “Code” era o bastante para que o Direito pudesse ser aplicado.

De destacar-se também a “jurisprudência dos conceitos”, no mundo germânico, que se caracterizava por deduzir quais seriam as normas e o conteúdo respectivo a partir

de uma concepção científica e idealizada do ordenamento jurídico, sistematizando metodicamente as regras, utilizando-se da lógica. Nesse momento, ocorre um ápice do processo de raciocínio formal, em que o ordenamento jurídico, e não apenas a lei (o que diferencia esse modelo daquele da exegese francesa), é visto como expressividade de uma organização totalmente lógica e perfeita.

Desse modelo de positivismo decorrem algumas consequências: a) culto ao texto normativo; b) predominância da intenção do legislador (*mens legislatoris*) no modelo francês, e da intenção da norma (*mens legis*) no modelo germânico; c) onipresença do sistema jurídico, completo e, portanto, sem lacunas; d) coerência do sistema jurídico, inexistindo antinomias; e) limitação ao agir judicial, decorrente da noção de fechamento do ordenamento jurídico, de forma que os juízes não podiam buscar as respostas aos casos que lhes eram apresentados em outras fontes, tampouco ser-lhes-ia possível acrescentar ou excluir qualquer regra normativa; f) correspondência da atividade apenas a um silogismo, no qual o texto normativo era a premissa maior, os fatos a premissa menor, correspondendo a decisão à conclusão do raciocínio formal; g) atuação judicial era previsível por se adequar a um modelo formal de raciocínio, possibilitando absoluta segurança jurídica.

O positivismo jurídico legalista marcou época com suas características, sendo, todavia, superado pelo tempo. Mas, não obstante, outro dado que marca a questão da evolução social é a existência de fenômenos que são recorrentes pois, embora essa fase tenha sido superada há bastante tempo, não raro o sistema parece querer reeditá-lo, como se vê, por exemplo, com a recente Lei 13.467/17, que objetivou “neorrepristinar” (STRECK, 2017) o arquétipo do positivismo, como se vê no novel § 2º do art. 8º da CLT: “ Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”.

2 AS REAÇÕES DA ESCOLA SOCIOLOGICA DO DIREITO

Sob a égide da proposta metodológica retratada no item anterior, fundada na prevalência ou dos textos legislativos ou do sistema jurídico, a atuação judicial

identificava-se com o conteúdo literal, de forma a prevalecer postulados como *fiat justitia et pereat mundus* (“faça-se a justiça, ainda que pereça o mundo”), o que se distanciava das necessidades sociais, especialmente porque se estava diante de uma proposta científica que se pretendia asséptica; sob tal perspectiva dogmática, perdeu-se de vista a relação entre os princípios jurídicos com as condições vitais concretas que deveriam ser reguladas (HORN, 2005, p. 164).

Seja em face dos novos aspectos político-sociais (por exemplo, as mudanças ideológicas causadas pelo marxismo, as constantes insurgências do proletariado e a consolidação de um novo ramo jurídico, o Direito do Trabalho, do qual a encíclica papal *Rerum Novarum* é paradigmática (SEGADAS VIANA, 1997, p. 42; CARDOSO, 2013, p. 37)), seja ainda pela constatação da insuficiência da lei e sua distância em relação à realidade social, seja pelas constantes injustiças geradas, bem como pelo desaparecimento da característica jovial das leis, diversos autores propuseram uma mudança de perspectiva na análise do direito, em uma tentativa de superação daquele modelo jurídico do início do século XIX.

Com a chamada “escola sociológica do direito”, com nítida influência da sociologia, então uma área do conhecimento humano recém-apresentada, ocorre uma redescoberta da dimensão social do Direito (HORN, 2004, p. 166), pois os aspectos sociais passaram a ser levados em conta na decisão judicial, reagindo-se assim àquele formalismo exacerbado e ao descompromisso com a noção de justiça social (a despeito da vagueza dessa expressão). Ademais, percebeu-se que a construção do modelo hermenêutico então em voga, de confinamento do papel judicial ao “juiz Júpiter” (OST, 2005, p. 169) – que acredita na teoria do ordenamento jurídico com toda uma completude e logicidade, cabendo a esse arquétipo de juiz tão somente a racionalidade dedutiva –, corresponde não a uma necessidade lógica, mas, ao contrário, trata-se, em verdade, de um compromisso ideológico com aquele modelo napoleônico de se compreender o direito.

Aqui já se percebe que a forma de se compreender o Direito é, nitidamente, uma opção ideológica.

Na França, na parte final do século XIX, houve a “jurisprudência sentimental” do juiz Magnaud, cuja importância decorre do fato de que ele tomava decisões

com claro favorecimento dos miseráveis e absoluto rigor contra os poderosos, o que atraía a simpatia da opinião pública. É certo que, ao invés de buscar o fundamento das decisões nos textos legislativos, Magnaud tomava a decisão com base em seus próprios valores, e, se ele fazia referências à lei, isso se dava apenas para reforçar os seus pontos de vista pessoais, o que o aproxima bastante de uma das características do realismo jurídico. Observe-se que não se trata de uma exclusividade francesa: com enorme hiato temporal, é verdade, em Portugal, na década de 70 do século passado, registra a doutrina a figura do juiz Celso Dengucho, que tentou introduzir uma prática de Justiça menos distante da vida, mais comprometida com as realidades quotidianas e também uma maior consideração dos projetos de mudança social estabelecidos pela revolução (RAMOS, 2012; HESPANHA e VENTURA, 2008). *O modelo de juiz alternativo, em voga em determinadas regiões brasileiras nos anos 80 e 90 do século passado, uma feição muito similar aos citados tipos de juízes francês e português.*

Bastante crítico dos métodos adotados pelo juiz Magnaud, seu contemporâneo François Geny propõe uma investigação livre e científica do direito: “pesquisa livre, porque subtraída da ação própria de uma autoridade positiva; pesquisa científica, ao mesmo tempo, porque busca as suas bases sólidas nos elementos objetivos, que só a ciência lhe pode revelar” (JACQUES, 1981, p. 333). Segundo ele, na sua atividade interpretativa, muitos juízes conferiam à lei suas concepções e valores pessoais. Observe-se que parte das críticas que ele fazia à dogmática jurídica daquele tempo podem ser realizadas no presente momento: o culto ao fetichismo da lei escrita e também a limitação das decisões judiciais ao método silogístico. Assim, se certo que não admitia decisões *contra legem*, mas sim *praeter legem*, em Geny já se observa a tentativa de superação dos limites da lei, autorizando-se a resistência às leis que violassem de forma intolerável as faculdades do homem. O austríaco Eugen Ehrlich, considerado como criador da escola livre do direito e reputado como um dos principais sociólogos do direito (GUERRA FILHO e CARNIO, 2016, p. 226), defende a noção de direito vivo, “aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida” (EHRlich, 1985, p. 374), afirmando ainda que o centro de gravidade do desenvolvimento jurídico não se encontra na ciência jurídica, mas na sociedade humana, mostrando que a atuação judicial

deveria observar a realidade social, não o material jurídico, autorizando, portanto, julgamento *contra legem*.

Sob a influência dessa perspectiva sociológica, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42) determina a necessidade de observância dos fins sociais do texto legal (art. 5º), em nítido reconhecimento da presença dos fatores sociais na hermenêutica jurídica.

Embora possam ser apresentadas diversas outras lições doutrinárias em idêntico conteúdo, verifica-se que essas propostas metodológicas sugerem um elevado grau de liberdade na atividade judicial. Em comum, todas essas manifestações buscaram discutir e criticar o modelo formalista de análise do direito. Todavia, segundo os estudiosos, a corrente que melhor logrou êxito em realçar a predominância dos fatores extrajurídicos no âmbito da decisão judicial foi o realismo jurídico, com destaque ao papel político do julgador na sociedade.

3 O REALISMO JURÍDICO

Segundo o formalismo jurídico então imperante naquele cenário (*supra*, 2), o direito possuía uma lógica interna, um caráter imutável e, em especial, era autossuficiente, contendo todos os elementos necessários para a solução dos litígios, independentemente da complexidade dos litígios. Patente, pois, um caráter metafísico dos conceitos jurídicos pois, no pensamento então predominante, “os juristas geralmente falavam de ‘direito’ como se fossem entidades genuínas, ocupando um mundo exterior, diferente no tempo e no espaço (o universo do ‘direito’)” (ARRUDA, 2014, p. 60). Disso decorria a compreensão de que o juiz apenas declarava o direito preexistente, não possuindo qualquer atividade criativa.

Insatisfeitos com esse método formal de prática jurídica, diversos autores norte-americanos apresentam uma proposta metodológica distinta, atenta à evolução da sociedade e do direito, modelo em cujo cerne esta preocupação quanto ao papel do juiz na solução dos conflitos jurídicos que se apresentam bem como quanto ao processo de decisão judicial.

Trata-se do “realismo jurídico”, movimento jurídico que entende ser direito somente aquilo que as cortes judiciais decidem que seja. Assim, para se chegar ao que é direito, deve-se identificar o que os tribunais têm decidido e o grau de precisão da interpretação realizada.

Nos impulsos dos juízes, encontra-se a motivação da decisão para o caso concreto, atuando o texto normativo apenas como um suporte argumentativo, sendo esse um elemento secundário: a justificação da decisão busca apenas tornar “mais aceitável” a decisão. Por isso, as sentenças são desenvolvidas retrospectivamente: primeiramente decide-se, depois busca a fundamentação, o que afasta o silogismo tradicionalmente utilizado, em que estão presentes a premissa maior (texto normativo), a premissa menor (os fatos) e a conclusão do raciocínio (a decisão).

Disso resulta que a noção do direito visa à concretude, especialmente porque o realismo jurídico surge em um momento econômico e social bastante crítico, no contexto da Grande Depressão econômica do final da década de 20 e início da década de 30 do século passado, que atingiu os EUA, com elevados índices de desemprego e o empobrecimento quase geral da população, além de outros fatores, o que obrigou o governo a adotar medidas, tanto de caráter econômico quanto social, com vistas à superação daquela realidade: o “New Deal”.

Em íntima conexão com essa realidade, o realismo jurídico surge em um momento histórico em que os estudiosos da Suprema Corte americana denominam de “Era Lochner”, período que compreende os anos de 1905 a 1936, em que a Suprema Corte americana privilegiava o “laissez-faire”, a autorregulamentação do mercado, a absoluta liberdade dos contratantes e também a classe capitalista (algo, aliás, repetido recentemente por meio da chamada “reforma trabalhista”, implementada pela Lei 13.467/17), em detrimento de uma promoção dos direitos sociais. Assim, uma proteção aos hipossuficientes, a proibição de trabalho infantil, a regulamentação do trabalho das mulheres, a fixação de limites de jornadas, foram fatores que levaram à percepção da necessidade de uma proteção governamental e de propostas metodológicas que pudessem estar atentas aos anseios sociais (CESTARI, 2016, p. 43). O movimento realista, portanto, organiza-se e passa a reagir ao posicionamento ultraconservador então imperante na Suprema Corte.

Podem ser elencadas as seguintes características do realismo jurídico (JORGE, 2012, *passim*): a) o direito é uma criação judicial, o que significa um rompimento com o entendimento formalista, em que o texto legal consistia na base do raciocínio judicial; b) os textos normativos não vinculam o julgador pois existe uma desconfiança em relação às regras e aos conceitos jurídicos tradicionais; c) primeiro o julgador define qual seria o conteúdo da decisão e depois procura nos textos normativos o fundamento, do que decorre a assertiva de que a fundamentação judicial é construída *ex post* à decisão tomada; d) a sociedade possui um fluxo mais rápido que o direito, situação essa que exige uma constante revisão das normas jurídicas, razão pela qual o direito deve estar atento aos fatos sociais, devendo, por isso mesmo, ser um fenômeno dinâmico, de forma que o Judiciário é a sede propícia para que se concretize essa dinamicidade; e) o direito possui um caráter instrumental, assumindo explicitamente o papel de meio para o alcance de fins sociais, o que permite afirmar que o direito deve ser avaliado segundo os efeitos produzidos socialmente, de forma que o valor da norma jurídica somente pode ser determinado apenas quando se descobre como o texto normativo funciona na vida prática.

Em suma, esse movimento busca analisar o funcionamento do processo judicial, e seu enfoque está no que o Direito é, não como ele deve ser, concentrando-se não no plano do ideal mas sim no mundo do ser.

Diversos são os autores que integram o Realismo jurídico.

Para Oliver Wendell Holmes Jr., juiz da Suprema Corte americana entre 1902 a 1932 e considerado o pai intelectual do movimento realista, a vida do Direito não era a lógica, mas sim a experiência, defendendo abertamente a doutrina “judge-made-law”, em que o direito surge com a decisão judicial.

Roscoe Pound, entendia o Direito como uma engenharia social e propunha a jurisprudência sociológica, de forma que o juiz deveria estudar os efeitos sociais do Direito, a fim de preparar e adequar a legislação, levando à criação de regras mais efetivas, buscando-se uma aplicação equitativa do Direito. Ademais, esse autor buscou desconstruir a jurisprudência mecânica então em voga, em que

se aplica irrefletida e automaticamente as normas, combatendo o sistema de regras estático.

Jerome Frank talvez tenha sido o mais radical autor realista ao afirmar que os magistrados decidem de acordo com suas próprias convicções, não por regras gerais. Segundo ele, a certeza, um dos principais valores do ordenamento jurídico, era um mito e derivava da infantil necessidade paterna de exigir a autoridade, impondo-se superar essa compreensão para construir um Direito em contínua criação. Sustentava ele a absoluta ignorância acerca do direito de alguém “até que tenha havido uma decisão específica a respeito” (JACQUES, 1981, p. 338).

Igualmente extremado era o posicionamento de Karl Llewellyn, ao afirmar que a compreensão de que as normas estabelecem a decisão teria enganado por cerca de um século não apenas os ratos de biblioteca, mas também os juízes (JACQUES, 1981, p. 338), concluindo seu raciocínio ao afirmar que “*cualquier valor que una corte posterior le asigne, tal asignación sera respetable, tradicionalmente adecuada e dogmáticamente correcta*” (LEITER, 2014, 241).

Herman Oliphant dizia que as cortes respondem aos estímulos dos fatos nos casos concretos que devem resolver, e não às abstrações genéricas contidas no material normativo.

Ainda que nem sempre seja elencado como um realista, mas sim um pragmático, Richard Posner afirma que “os juízes têm forçosamente de recorrer a outras fontes, inclusive as suas próprias opiniões políticas ou preferências políticas mesmo as suas idiossincrasias”, admitindo ele que “os juízes em nosso sistema são legisladores, assim como adjudicadores” (ARRUDA, 2014, p. 172).

Percebe-se, pois, uma heterogeneidade de pensamento dos autores realistas, o que permite catalogar dois grandes grupos.

Tendo como principal expoente Jerome Frank, a ala “idiossincrática” do realismo jurídico afirmava que a personalidade do juiz determina o conteúdo da decisão judicial: os estímulos a que o juiz está sujeito mais a sua personalidade levam ao conteúdo da decisão. Influenciado pela psicanálise de Freud e os estudos desse autor sobre a personalidade e o inconsciente, Frank sustentava a impossibilidade de se prever como seriam as decisões. Verifica-se, portanto, um nítido ceticismo

acerca do conhecimento do Direito pois, para se chegar a esse, seria necessário conhecer a personalidade do julgador.

Trata-se, portanto, de um realismo jurídico radical.

Em contraposição, a ala “sociológica” estabelece que as decisões judiciais podem ter previsibilidade, não em observância aos textos normativos, mas sim aos padrões estabelecidos pelas forças sociais que impulsionam os juízes. Por forças sociais compreendem-se fenômenos que se verificam na sociedade com nítida influência no tráfego jurídico, como os costumes comerciais, a busca dos melhores resultados sócio-econômicos, certos padrões jurídicos, a responsabilidade civil, ou determinadas relações contratuais, como seguro, de trabalho etc. Deste modo, observando-se como as forças sociais atuam na solução de determinado caso, consegue-se prever como os juízes decidirão outros casos semelhantes, não unicamente de acordo com suas idiosincrasias, mas segundo as influências das forças sociais.

Trata-se, portanto, de um realismo jurídico moderado pois, embora ainda afirme como direito apenas aquilo que os tribunais dizem que é, há um certo grau de previsibilidade a partir de outros parâmetros que não apenas o pensamento individual do julgador.

O realismo jurídico foi objeto de ácidas críticas.

Da principal tese da escola jurídica, o direito como aquilo que os tribunais decidem, que surge a principal reprovação: a natural consequência da ditadura jurisprudencial, em que o juiz converter-se-ia no legislador do caso concreto, subvertendo o princípio da separação dos poderes, fundamental no Estado Democrático de Direito. Outrossim, tal corrente reduz o direito à atividade exclusiva dos juízes e dos tribunais, olvidando por completo o papel dos demais protagonistas das relações jurídicas. Ao sustentarem tal proposta, os realistas negam que as prescrições legislativas e os contratos possam ser cumpridos sem a interferência judicial, olvidando que, na realidade, os litígios que chegam ao Judiciário não correspondem a todas as relações jurídicas estabelecidas, importando, a judicialização, a uma pequena ocorrência no tráfego jurídico; o recurso ao Judiciário, apenas uma pequena amostra dos conflitos que surgem na sociedade. Tal escola nega ainda

que possa haver casos jurídicos de fácil solução. Ademais, essa escola sugere a impossibilidade de condutas estáveis, pois apenas no caso concreto ter-se-ia a definição da norma jurídica. Por fim, tal proposta parece negar a existência de outros centros de solução dos litígios.

O realismo jurídico caracterizou-se, antes de qualquer outra razão, por sua confrontação direta com a tradição clássica nos estudos do direito, colocando em relevo a falsidade da ideia de que os juízes decidem unicamente com base nas normas jurídicas, destacando que eles utilizam um raciocínio de caráter próprio, pessoal, em atenção ao que consideram justo segundo os fatos e não de acordo com as regras, o que tem o condão de provocar uma crise de legitimidade do Direito e de seus estudos (PEZZETTA, 2015, p. 669).

4 MODELOS DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Não obstante as críticas ao realismo jurídico, esse movimento trouxe à tona a desmistificação do raciocínio jurídico como um procedimento puramente científico ou racional dedutivo.

Com aportes de temas de políticas de esquerda além de uma crítica ao liberalismo jurídico e herdeiros diretos do realismo jurídico, os “Critical Legal Studies” (CLS) deram “grande ênfase na natureza ideológica do direito” (NOJIRI, 2017). Esse movimento jurídico (CLS), igualmente heterogêneo, chama a atenção para o fato de ser o direito um nítido instrumento de dominação e elitismo, realçando-se a necessidade de superação do paradigma de racionalidade, destacando que a dogmática não oferece respostas sempre satisfatórias. Mais do que isso, essa corrente destaca que o julgador utiliza-se, consciente ou inconscientemente, de fatores extrajurídicos no momento da decisão, fatores esses que nem sempre são revelados expressamente nas decisões. Em verdade, o mito da neutralidade do juiz teve sua origem no iluminismo e no Estado Liberal, em que o julgador realizaria uma operação mental pautada unicamente por um raciocínio lógico, formal, fundado na razão, proposta em que a atenção centra-se unicamente no objeto e ignora o sujeito cognoscente (TOSTES, p. 438).

Em razão desses influxos, a doutrina tem apresentado diversas propostas que visam a explicar como os juízes decidem as questões jurídicas que lhes são submetidas, especialmente os modelos normativista, estratégico, consequencialista e atitudinal.

O modelo “normativista” funda-se na tradicional divisão entre os métodos da subsunção e da ponderação: essa, para os “hard cases”, casos em que ou inexistem uma regra clara a incidir na relação jurídica ou, ao contrário, várias regras tratam do mesmo tema, gerando nítido conflito normativo, ao passo que aquele primeiro método se vale do silogismo clássico, em que presente a premissa maior, a norma, a premissa menor, os fatos, para que possa chegar-se conclusão. Trata-se, a subsunção, de um modelo bastante estudado, ainda que mais recentemente se proponha a sua superação sob uma alegada incapacidade de dar respostas satisfatórias à complexidade dos fenômenos jurídicos, especialmente em um contexto de relacionamento entre regras e princípios (VASCONCELLOS, 2010, p. 41).

O modelo “estratégico” sustenta que o julgador adota estratégias decisórias para que possa chegar a um resultado satisfatório. Isso leva conclusão de que, na ausência desses condicionantes constrangedores, a decisão judicial seria diversa daquela tomada. Nesse particular, a “teoria das escolhas racionais” e a “teoria dos jogos” assumem papel relevante para a definição da estratégia adotada por ocasião dos julgamentos: de acordo com a primeira, as pessoas são racionais e, portanto, têm um conjunto de objetivos pessoais que desejam ser realizados, hipótese em que optam por condutas que possibilitem tais alcances; já a teoria dos jogos explica que o comportamento humano, voltado ao alcance de um determinado objetivo, está condicionado por atitude de terceiros (MELLO, 2015, p. 281).

As decisões estratégicas podem ocorrer a partir de diversas relações:

a) entre juízes: a.1) no mesmo órgão julgador, em que o juiz leva em consideração o posicionamento dos demais pares em busca de um consenso ou, quando menos, diminuir o nível de divergência. Outro exemplo seria aquele em que o julgador dissonante amoldaria o seu pensamento ao da maioria para evitar algum recurso a mais, os embargos de divergência (hodiernamente, técnica de ampliação do colegiado). As pesquisas sobre o “amortecimento ideológico” e “ampliação ideológica” são esclarecedoras (FERNANDES, 2013, p. 185); a.2) em

uma relação hierárquica, na qual o juiz situado em grau hierárquico inferior, a despeito de sua independência hermenêutica, observa os conteúdos decisórios reconhecidos pelo Tribunal, por exemplo, não acolher uma prescrição por saber qual o posicionamento do órgão superior sobre esse tema, que daria provimento a eventual recurso e poderia devolver o processo para nova análise; a.3) atenção à jurisprudência dominante, hipótese que atende a um anseio de respeito aos precedentes judiciais, enquanto mecanismo de segurança e estabilidade jurídica. Trata-se da tradicional hipótese de submissão à jurisprudência;

b) entre tribunal e outros poderes, como se vê em julgamentos nos quais o tribunal, nitidamente, segue as orientações estabelecidas por outros poderes estatais. Aqui, pode-se fazer uma distinção: b.1) estratégia “ameaçadora”: em que o Tribunal sucumbe-se aos demais poderes estatais como forma de evitar sofrer consequências nefastas; nesse sentido, cita-se afirmação do então Presidente da República, Floriano Peixoto, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus 300: “Irritado, Floriano Peixoto teria dito na ocasião: *Se os juízes do Tribunal concederem habeas corpus aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o habeas corpus de que, por sua vez, necessitarão*” (COSTA, 2006, p. 30). Por 10x1, foi denegada a ordem de liberdade.; outro exemplo consiste no voto do ministro Nelson Hungria no MS 3557. Trata-se, portanto, de grave vício para o qual as garantias constitucionais asseguradas magistratura assumem importante papel neutralizador; b.2) estratégia “institucional”: frente à possibilidade de uma tensão mais profunda com outros poderes, adota-se uma decisão que acomode os interesses em questão, evitando-se a instauração de alguma crise institucional entre os poderes. Seria o caso, por exemplo, de o STF entender que a definição sobre a perda de cargo do parlamentar ser exclusivo do Poder Legislativo, inclusive em hipótese de condenação criminal. Aqui ressalta-se o caráter político das Cortes constitucionais; b.3) estratégia “carreirista”: por vislumbrar uma possibilidade de promoção, o julgador estaria propenso a decidir favoravelmente ao pensamento político-jurídico dos centros de competência responsáveis pelos provimentos das vagas. Trata-se, talvez, de uma visão absolutamente inaceitável pois o julgador coloca os seus interesses pessoais como superiores ao conteúdo do litígio. Ademais, há se ter mecanismos

que prestigiem o mérito do concorrente, diminuindo a um patamar mínimo aceitável a discricionariedade das decisões judiciais;

c) entre um tribunal e fatores metajurídicos, como a força da economia, um clamor social etc. Aqui há se registrar o perigo dessa contaminação. O direito, a despeito de influenciado por tais fatores, não pode se amoldar a eles, pena de renúncia à sua cientificidade e, especialmente, perda de seu objeto. A isso se soma que tais fatores não estão sujeitos ao filtro da democracia;

d) definição de agenda de julgamentos (“timing control”).

Por seu turno, o modelo “consequencialista” consiste na proposta teórica que propõe condicionar o conteúdo de determinada decisão judicial à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas (SCHUARTZ, 2008, p. 138). Trata-se de hipótese que também poderia ser enquadrada como modelo estratégico, sob a letra “b.1” acima.

5 MODELO IDEOLÓGICO DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Além daquelas propostas vistas no tópico anterior, outra forma de justificação das decisões judiciais em que presentes fatores extrajurídicos consiste no modelo “ideológico” de comportamento judicial, que constitui um dos modelos atitudinais na decisão, e que propõe, em suma, que as crenças e as convicções pessoais do julgador constituem a chave para a compreensão e previsão das decisões judiciais (MELLO, 2015, p. 275).

A doutrina relaciona ao menos 16 (dezesesseis) significados (ENGLETON, 1997, p. 15) para a palavra “ideologia”, que pode ser conceituada “como conjunto de ideias, formas de pensar relacionados a posições sociais de grupos ou classes” (GUERRA FILHO e CARNIO, 2016, p. 262), a ideologia corresponde a um conjunto de valores pessoais, representações, ideias, conhecimento, opções e orientações direcionados a uma determinada perspectiva pessoal. Por isso, ao se afirmar que alguém é de direita ou de esquerda, mais conservador ou mais progressista, mais liberal ou menos, o que se faz é apresentar uma classificação daquela pessoa segundo uma ideologia que lhe caracteriza, a partir de uma própria definição formada no espírito

do analista. Essa característica pessoal atinge também as demais instituições humanas, como o direito: assim, podemos ter um direito patrimonialista, enquanto outro ostenta um caráter mais solidário; em um determinado contexto, o valor “justiça” tem mais importância que o valor “segurança”; noutros sistemas jurídicos a celeridade processual, preferência, ao passo que em outros as formalidades são valores a serem exaltados.

Embora isso não seja explicitamente reconhecido, a ideologia está a todo momento em contato com o Direito, enquanto criação humana, e atua como importante instituição informal (ASSED, 2009), estabelecendo bases comuns de crenças e de regras.

Se isso é verdadeiro no âmbito de outras áreas do conhecimento, aspectos subjetivos manifestam-se igualmente no momento da decisão judicial: o juiz não consegue fechar-se à sua própria ideologia, seja aquela de viés político, seja a partir do seu “background”, que são as “experiências vividas pelo Juiz ao longo de sua vida são responsáveis pela formação de convicções que interferem em seu comportamento judicial” (MELLO, 2015, p. 278). Note-se que esses aspectos são relevantes para a decisão judicial, especialmente quando se observa que modelos que sustentam a neutralidade do julgador e que afastam o papel da ideologia do julgador são insuficientes, pois é uma enganadora imagem acreditar que o julgador consiga isolar-se de todo o contexto que o envolve ao tomar as decisões (ALVES, 2016, p. 79). De fato, as experiências vivenciadas pelo julgador, suas características pessoais e intelectuais, enfim, fatores de sua vivência são dados que influenciam a decisão judicial.

Embora ainda incipientes no Brasil, nos Estados Unidos as pesquisas que buscam relacionar o conteúdo da decisão judicial ao aspecto ideológico do julgador são bastante desenvolvidas. Nesse país, tais estudos têm um campo maior de crescimento, especialmente pelo fato de haver uma distinção bastante clara entre a ideologia reputada como conservadora e a ideologia considerada progressista, a partir dos partidos políticos (Republicano e Democrata, respectivamente), seja por se aceitar com mais naturalidade a tese de que as decisões são portadoras de uma carga ideológica. Tão desenvolvidas são as pesquisas naquele país que houve a criação de um índice específico, conhecido como “Segal-Cover Score” que

pontua com “+1” e “-1” os juízes, conforme sejam tidos como progressistas ou conservadores, respectivamente, segundo opiniões de editoriais de jornais por ocasião das indicações ao cargo de juiz. De se observar que esse critério também possui uma carga ideológica muito grande. Com efeito, ao apresentar em um dos parâmetros o índice “-1” subliminarmente traduz uma constatação de que o grupo que se encaixa em tal classificação ostenta uma carga negativa. Coincidentemente, esse grupo, no critério eleito pelos pesquisadores, corresponde ao conservador, o que, por si só, já traz uma carga de reacionarismo, beneficiário do *status quo*, que impediria um progresso.

Uma vez que o “Segal-Cover Score” diz respeito a momentos anteriores à posse dos juízes, houve o desenvolvimento de outro índice, o “Martin-Quinn” que permite aferir no curso dos anos de judicatura qual o conteúdo ideológico das decisões judiciais.

No Brasil, a ideologia do juiz é objeto de maior atenção quando se analisam as indicações para o Supremo Tribunal Federal (MELLO, 2015, p. 273). Nos tribunais inferiores e, especialmente, no primeiro grau de jurisdição, a ideologia do juiz não é um tema que desperta maior atenção.

Não se pode negar, todavia, que a ideologia atua com maior destaque nas hipóteses de “casos difíceis”, em que a resposta ao problema não se apresenta de forma clara, sendo necessário ao julgador recorrer a outros elementos para decidir. De fato, nos “casos fáceis”, embora não seja excluído em sua totalidade, o viés ideológico do julgador se apresenta com menor intensidade, especialmente em face da necessidade de justificação das decisões, presentes aqueles fatores estratégicos acima mencionados, especialmente a observância da jurisprudência sedimentada (Código de Processo Civil, art. 926).

E, dentre os casos difíceis, destacam-se aqueles sujeitos ao fenômeno da lacuna normativa, algo bem característico do direito do trabalho.

6 O CONTEÚDO IDEOLÓGICO DO DIREITO DO TRABALHO E AS DECISÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O Direito do Trabalho surgiu em um momento de intensa exploração do ser humano trabalhador, com profundas transformações sociais, econômicas e produtivas no contexto da Revolução Industrial, nascendo com nítido caráter tuitivo, o que justifica todo o arcabouço protetor do hipossuficiente, de forma a inibir injustiças sociais, buscando, por meio de normas protetivas, um equilíbrio compensatório da natural desigualdade fática existente entre os integrantes da relação de emprego. De fato, o Direito do Trabalho parte do pressuposto fático da existência de uma hipossuficiência econômica do trabalhador, de forma que a lei estabelece um tratamento desigual, especialmente tuitivo, em busca de um equilíbrio dessa relação contratual com vistas à obtenção de um grau de civilidade intersubjetiva.

Assim, há valores que se inserem no conteúdo ideológico, como o princípio do pluralismo jurídico, o princípio da continuidade das relações de trabalho e, especialmente, o princípio da proteção, considerado o princípio nuclear do direito do trabalho, a delinear a própria razão de ser desse ramo jurídico.

Não obstante, é certo que tal princípio foi objeto de contestação. O português Pinto Antunes, citado por Plá Rodrigues, afirma que o papel precípua do direito seria o de preservar o sistema capitalista, de forma que, em caso de dúvida, decida-se pela empresa e tenha o intérprete das leis trabalhistas, na conservação dela, o fundamento político de seu papel constitucional (RODRIGUEZ, 1993, p. 42). Existiria, na visão desse autor português, um interesse público na conservação da empresa, considerada como um bem comum e superior aos interesses privados do empresário e de seu pessoal (VIDAL NETO, 1985, p. 138).

Uma das manifestações do princípio da proteção consiste no subprincípio *in dubio pro operario*, que possui diversas finalidades: orientador da política legislativa, vetor hermenêutico, além de ser uma metanorma na solução de conflitos de regras ou de colisão de princípios. Mas, de todas, destaca-se que o “critério segundo o qual, no caso de uma norma ser suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador” (RODRIGUEZ, 1993, p. 42).

A existência de um ramo do Judiciário específico para apreciar os litígios trabalhistas, embora não seja uma exclusividade em termos mundiais, é tema de diversas objeções, especialmente em diversos momentos de inflexão econômica e política, sendo mencionada a possibilidade de sua extinção. Nesse particular, como órgão de cúpula na estrutura da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem a atribuição de uniformizar a interpretação da legislação trabalhista, especialmente a de editar verbetes de interpretação uniforme, divididos em súmulas ou enunciados (E.), orientações jurisprudenciais (OJs) e precedentes normativos (PNs).

Entre verbetes em vigor e outros cancelados, conforme levantamento realizado em maio/2018, existem 1.293 (mil duzentos e noventa e três), alguns deles divididos em diversos itens, o que significa que um verbeo traz diversas teses (p. ex., os Enunciados 6, 100, 331, 338), a demonstrar que o número de manifestações pretorianas solidificadas é ainda maior.

Essa prolífica produção pretoriana talvez possa ser objeto de assombro.

Uma característica do Direito do Trabalho no Brasil consiste no seu aspecto lacunoso, embora haja uma pretensão de regular todas as relações fático-jurídicas ocorridas no âmbito da relação de trabalho por meio da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com 922 artigos, que regula temas desde direito individual do trabalho a processo do trabalho, passando por direito coletivo do trabalho, fiscalização trabalhista e organização judiciária, a denotar a impossibilidade de alcance desse objetivo, especialmente porque, desde o ano de sua edição (1.943), houve um incremento da complexidade nas relações laborais. Se não bastasse, outra característica do direito consiste justamente na vagueza semântica de seus termos, uma vez que “a linguagem geral em que a norma se expressa não pode fornecer senão uma orientação incerta” (HART, 2009, p. 165). Ademais, a quantidade de relações trabalhistas bem como o seu caráter sucessivo importa em um “caldeirão” próprio ao surgimento de conflitos, impondo-se ao Judiciário trabalhista a tarefa de solucioná-los.

Essa realidade de intensa conflituosidade e a existência de lacunas bem como o caráter vago do direito exigem uma atividade hermenêutica de destaque, hipótese

em que se avoluma a importância da carga ideológica na atividade integrativa, uma vez que as convicções pessoais dos ministros do TST, aliadas ao próprio conteúdo essencial do Direito do Trabalho, fornecem elementos que orientam as decisões daquele Tribunal no momento de fixação de sua jurisprudência predominante.

Quando a Justiça do Trabalho estabelece a presunção de dispensa imotivada, cabendo ao empregador demonstrar a demissão, ou a justa causa, ela está observando o princípio da continuidade, tão caro ao direito do trabalho (Enunciado [E.] 214 da Súmula do TST). Ao entender que cabe ao empregador que possui mais de 10 (dez) empregados demonstrar os horários de trabalho, isso ocorre pelo fato de o empregador possuir o poder de controle das atividades do empregado (E. 338, I). No momento em que se reconhece a necessidade da assistência sindical em caso de empregado estável que pretenda demitir-se, tem-se patente a preocupação com irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, mesmo valor que nega eficácia ilimitada aos planos de demissão incentivada. A segurança jurídica é outro fator importante na jurisprudência trabalhista, ao estabelecer a permanência da gratificação de função em caso de reversão ao cargo efetivo após o exercício por mais de 10 anos do cargo em comissão (E. 372, I). É uma especial atenção à dignidade da pessoa do trabalhador que leva à presunção relativa de discriminação em caso de dispensa de empregado portador de HIV ou alguma outra doença que causa estigma, atraindo as consequências previstas na Lei 9.029 (E. 443). A proteção que se confere à grávida, para reconhecer-lhe o direito estabilidade ainda que a confirmação da gravidez ocorra após o rompimento do vínculo mas cuja concepção ocorreu durante o contrato, ou mesmo nos casos de contrato por prazo determinado, não estão em mente apenas a pessoa da empregada, mas também do nascituro (E. 244). Essa mesma atenção ocorre no caso em que o empregado que sofre acidente do trabalho deve gozar de estabilidade, a despeito de ter sido contratado por prazo determinado, hipótese em que a proteção normativa prevalece em face da autonomia das partes que fixam termo final ao vínculo (E. 378, III). Embora prevista legalmente, a compensação só pode ocorrer se se tratar de verbas de natureza trabalhista, o que afasta a possibilidade de ocorrer essa forma especial de redução dos créditos dos empregados por dívidas que não guardem qualquer vinculação com o contrato de trabalho (E. 18), não

se admitindo, na mesma senda ideológica, a correção monetária dos débitos do empregado (E. 187). Por ser a parte mais apta, em nítida adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova, atribui-se ao empregador do encargo de demonstrar a regularidade do recolhimento do fundo de garantia por tempo de serviço (E. 461) e do fato de empregado não atender aos requisitos de acesso ao vale-transporte (E. 460). Presente um caráter tuitivo quando se entende pela adoção do regime de sobreaviso não apenas para os ferroviários, como originalmente previsto na CLT (art. 244), mas aos eletricitários (E. 229) e também a qualquer profissão em que o empregado esteja à disposição do empregador, ainda que remotamente e sob o controle telemático ou informatizado (E. 428). O conteúdo ideológico do direito do trabalho está presente quando se reconhece o direito indenização de estabilidade ainda que exaurido o prazo da garantia de emprego (E. 396, II). Também esse aspecto se destaca ao não se admitir que a parcela paga a título de incentivo demissão nos planos de demissão incentivada (PDVs) importe em quitação de todas as parcelas eventualmente surgidas no contrato de trabalho (OJ 270).

Diversos outros verbetes da jurisprudência predominante do TST poderiam ser citados. Esses são apenas alguns exemplos no sentido de que as decisões judiciais trabalhistas estão marcadas com um cunho ideológico bastante forte, não sendo possível negar essa realidade.

Por outro lado, as decisões judiciais trabalhistas não ostentam um caráter unidirecional pois há diversos outros entendimentos consolidados.

De fato, a despeito de a Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho (Internalizada pelo Decreto n. 3.197/99) assegurar o direito às férias anuais a todos os empregados, o TST entende que, se o empregado for dispensado por justa causa, não terá direito às férias proporcionais (E. 172). Não obstante o art. 2º, *caput*, da CLT, estabelecer que o empregador assume os riscos da atividade econômica, o entendimento do TST caminha no sentido de que, mesmo que a determinação seja do empregador, o empregado que passar a trabalhar em período diurno deixará de receber o adicional noturno pelo trabalho nesse turno (E. 265). Embora o art. 57 da CLT afirme que os preceitos do capítulo sobre horário de trabalho não se aplicam às disposições especiais relativas a peculiaridades profissionais, entende-se que a regra do art. 62, II, da CLT, que exclui do direito às horas extras, aplica-se

aos gerentes gerais da agência bancária, não obstante essa categoria seja uma das classificadas legalmente como detentoras de peculiaridades profissionais (E. 287). A jurisprudência consolidada, outrossim, contraria o princípio de que os riscos da atividade econômica são suportados pelo empregador ao admitir o fim da garantia no emprego do integrante da Comissão Interna de Prevenção e Acidentes quando ocorre a extinção do empregador, ainda que seja apenas a unidade em que o empregado trabalha (E. 339, II). Não obstante seja considerada como parcela salarial, a gorjeta não integra a base de cálculo de diversas outras parcelas (E. 354).

Ou seja, há exemplos de que a jurisprudência consolidada não é unidirecional, não sendo lícito afirmar que a interpretação trabalhista é, apenas, em favor do empregador.

Observe-se que o conteúdo ideológico protecionista não é algo exclusivo do Direito do Trabalho. De forma idêntica, o direito do consumidor foi construído com uma perspectiva de proteção da parte mais frágil da relação consumerista. Também no âmbito da responsabilidade civil há uma tendência em elastecer os critérios que proporcionam a ampla reparabilidade, como o entendimento que propõe a fragilização do nexo de causalidade ou ainda daquele que prega o ocaso da culpa (SCHREIBER, 2013) e a ampliação das hipóteses de responsabilização objetiva. O direito das famílias conta com um impulso muito grande face, por exemplo, à compreensão de novas formas de configuração familiar, baseadas não na tradicional relação entre homem e mulher, mas em outros elementos, a atrair o manto protetivo fundado na dignidade de pessoa humana.

Em suma, parece-nos que a conjunção dos aspectos de conteúdo axiológico do Direito do Trabalho bem como a ideologia dos julgadores estabelece um fio condutor da jurisprudência solidificada. Na realidade, impõe-se uma construção interpretativa que leve em consideração o ser humano como sujeito de direito e destinatário de toda a proteção devida, sob pena de perder o seu sentido, a concretização do direito do trabalho deve produzir resultados que se coadunam com essa perspectiva protecionista.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo apresentar que a decisão judicial não tem como parâmetro unicamente a dogmática jurídica existente. Importante na medida que reflete os padrões normativos construídos pelo legislador, democraticamente eleito para a fixação de regras primárias de comportamento subjetivo, é de se frisar que a dogmática jurídica está prenhe de valores e ideologias que não podem ser olvidados. Mais que isso, no ato de decidir, especialmente nos casos difíceis, ainda que não se tenha liberdade absoluta, pois o texto normativo atua como padrão conformador, o julgador não consegue fechar-se ao conjunto de valores de sua formação pessoal e profissional, especialmente no âmbito da Justiça do Trabalho.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. **Economia comportamental**. In RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 77-85.
- ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Curitiba: Juruá, 2014.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Pleno)**. HC 300/RJ. Rel.: Min. COSTA BARRADAS. Dt. Julg.: 27/04/1992.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Pleno) MS3557/DF**. Rel. Min. AFRÂNIO COSTA – CONVOCADO. dt. Julg.: 07/11/1956.
- BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Livro Súmulas, OJ's e PN's. Disponível: <http://www.tst.jus.br/web/guest/livro-de-sumulas-ojs-e-pns>. Acesso: 30 mai. 2018.
- CARDOSO, Jair Aparecido. **Contrato realidade no direito do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr. 2013.
- CESTARI, Roberto Tagliari. **Decisão judicial e realismo: evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial**. 2016. 201p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.
- COSECHEN, Daniele Michalowski; MALISKA, Marcos Augusto. O direito vivo das famílias contemporâneas na perspectiva de Eugen Ehrlich. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre**, n. 35, vol. esp., p. 231-245, dez. 2016.
- ENGLETON, Terry. **Ideologia: uma introdução**. Tradução de Silvana Vieira e Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Editora Boitempo, 1997.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro**. 2013.

- 352p. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.
- FERREIRA, Guilherme Assed. **Direito, desenvolvimento e proteção aos direitos difusos no Brasil.** In AGUADO, Juventino de Castro; LEHFELD, Lucas de Sousa. (Org.). **Construção da Cidadania e Constituição.** Leme-SP: Pensamentos e Letras, 2009.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução à Sociologia do Direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- HART, Hebert L. **A. O conceito de direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HESPANHA, António Manuel. **Governo da lei ou governo dos juízes?** O primeiro século do Supremo Tribunal de Justiça. In **História Constitucional.** Lisboa, n. 12, 2011, p. 203-237. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com>. Acesso: 08 fev. 2018.
- HESPANHA, António Manuel; VENTURA, André. *Cultura jurídica académica no período do Estado Novo.* **Prisma jurídico,** São Paulo, v. 7, n.1, p. 149-161, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/issue/view/82/showToc>. Acesso: 02 mai. 2018.
- HORN, Norbert. **Introdução à Ciência do Direito e Filosofia jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- JACQUES, Paulino. **Curso de introdução ao estudo do direito.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- JORGE, Cláudia Chaves Martins. **Realismo jurídico e Hart: um debate sobre a indeterminação do Direito.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.
- LEITER, Brian. **Realismo jurídico estadunidense.** In ZAMORA, Jorge Luis Fabra, VAQUERO, Álvaro Nuñez (orgs). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho.** Cidade do México. Universidade Nacional Autônoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas, 2014, p. 241-276. Disponível em: biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875. Acesso: 26 ago. 17.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Editora 34/Edesp, 2004.
- MELLO, Patricia Perrone de Campos. **Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal.** In SARMENTO, Daniel (org). **Jurisdição constitucional e política.** São Paulo: Forense, 2015, p. 273-310.
- NOJIRI, Sérgio. **A Interpretação do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- OST, François. **Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho.** In. 14 (1993), pp. 169-194. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.
- PEZZETTA, Silvina. **Derecho y sociedad.** Historia y presente de los herederos del realismo jurídico estadounidense. In **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho.** Editores: Jorge Luis Fabra Zamora e Álvaro Nuñez Vaquero. Cidade do México, MX. 2015.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. In **Princípios de direito do trabalho.** Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993, p. 42.
- RAMOS, António José da Ascensão. **Ativismo Judicial.** Disponível em: https://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/antonioramos_ativismojudicial.pdf. Acesso: 02 Mai. 2018.
- ROSA, Conrado Paulino da **Curso de direito de família contemporâneo. 4ª ed.** Salvador: Juspodivm, 2018.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. **Conseguencialismo jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008.
- SILVA, Nuno J. **Espinosa Gomes da História do direito português: fontes de direito.** 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STRECK, Lênio. **Como usar a jurisdição constitucional na reforma trabalhista**. <https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/senso-incomum-usar-jurisducao-constitucional-reforma-trabalhista>. Acesso: 2 nov. 2017.

SUSSEKIND, Arnaldo L. *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. v. I. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997.

TOSTES, Melina Alves. **A influência do inconsciente do intérprete no processo de concretização da norma**. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 61, jul./dez. 2012, p. 425-443.

VIDAL NETO, Pedro. **Estudo sobre a interpretação e aplicação do direito do trabalho: tese para concurso livres docência de direito do trabalho**. Faculdade de direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1985.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 1993.

POLÍTICA E DESENVOLVIMENTO: RELEVÂNCIA ESTRATÉGICA DO PODER LEGISLATIVO NO ESTADO DE DIREITO

Márcio Henrique Pereira Ponzilacqua^[1]
Hugo Rezende Henriques^[2]

INTRODUÇÃO

As experiências brasileiras relativas ao fortalecimento do protagonismo parlamentar e à entrega de autonomia ao Poder Legislativo sempre foram vigorosamente abortadas por arroubos autocráticos e personalistas, frequentemente encabeçados

[1] Livre-docente em Sociologia do Direito pela FDRP-USP. Professor do Departamento de Filosofia do Direito e Disciplinas Básicas da FDRP-USP. Correio eletrônico: marciorique@usp.br.

[2] Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: hugorezende20@yahoo.com.br.

pelo Exército. Em ao menos duas oportunidades em que o país buscou o fortalecimento das instituições legislativas – durante o interessante processo de liberalização do segundo império^[3] e durante a curta tentativa de instalar um parlamentarismo durante o governo de João Goulart, entre 1961 e 1963 – em um franco processo de acolhimento dos ideais liberais – sejam eles os dos liberais ingleses legatários da Revolução Gloriosa^[4] ou dos liberais franceses legatários da Revolução Francesa^[5] –, estes avanços seriam abortados pelos setores mais conservadores do estamento governamental localista.^[6]

De fato, historicamente a relevância do Poder Legislativo na manutenção e garantia do Estado de Direito emerge justamente na possibilidade de que, por meio deste poder mais iminentemente político (embora, em nossa perspectiva, qualquer Poder institucionalizado num verdadeiro Estado de Direito seja sempre necessariamente um Poder político), sejamos capazes de conter os afãs despóticos de toda sorte, provenham elas de autocratas personalistas ou das sanhas individualistas de potentados locais avessos aos ideais republicanos nacionais.^[7]

[3] Em recente análise por membros do Instituto Histórico-Geográfico Brasileiro do período do segundo Império, busca-se demonstrar como o período, em especial os estertores do reinado de D. Pedro II, foi marcado por um rápido processo de avanço da influência dos ideais liberais no contexto político brasileiro. Este mesmo processo viria a ser interrompido por uma precária aliança entre as oligarquias locais conservadoras e parcelas do Exército – contrário à visão usual de que o processo teria sido levado a cabo pelas Forças Armadas como um todo, é sempre oportuno perceber que a Marinha Imperial permaneceu fiel ao Imperador, sofrendo mesmo sanções do governo provisório por sua lealdade e legalismo –. Para uma interessante e recente leitura do período, v. LYNCH, 2018.

[4] Veja-se o exemplo emblemático do clamor de Edmund Burke em seu famoso “Discurso aos Eleitores de Bristol” tantas vezes lembrado nos clássicos manuais de ciências políticas (Cf. BURKE, 2012).

[5] O mais emblemático documento comprobatório deste pensamento talvez seja o famoso panfleto do Abade Sieyès que discute justamente a conformação dos Estados Gerais na França (Cf. SIEYÈS, 2003).

[6] Para uma leitura mais aprofundada desta perspectiva aqui desenvolvida, v. HENRIQUES; AMORIM, 2019.

[7] Não é, portanto, sem motivo que, ao buscar refletir sobre o período da Velha República, palco livre por onde os anseios localistas desfilaram seu conservadorismo durante a história nacional brasileira após a queda do poder centralizador do Império, alguns autores cheguem a descrever o cenário brasileiro como uma “colmeia oligárquica” (Cf. CABALEIRO SALDANHA, 2019).

Desta forma, não se pode evitar concluir que a defesa da política, e nela, em especial, da força e da vitalidade do Poder Legislativo, seja uma característica central e necessária de todo verdadeiro Estado de Direito, passo fundamental de seu desenvolvimento efetivamente democrático e republicano,^[8] como aqui se pretende elucidar.

2 PODER LEGISLATIVO E A LEGITIMIDADE DO DIREITO E DO ESTADO

A fundamentação da legitimidade do Direito, e a conseqüente autoridade que daí resultaria, é um problema central para a filosofia e a sociologia jurídica na busca por explicações e análises acerca da estruturação do campo jurídico e do campo social de maneira mais ampla. A visão clássica sobre o tema é dada pelos teóricos do Estado que, especialmente a partir da revolução francesa e com o advento do constitucionalismo, passam a observar na lei “a legitimidade de toda a atividade social, quer dos indivíduos, quer do poder” (HESPANHA, 1993, p. 21). Parece-nos, de fato, que a ideia da necessidade de submissão, ao menos aparente, de todo poder à lei e a derivação da legitimidade do poder a partir desta submissão prevaleceu no mundo ocidental de tal forma que se apresenta na contemporaneidade como ortodoxia – uma ficção coletiva ou ilusão bem fundamentada (BOURDIEU, 2014, p. 34).

A discussão se apresenta também no Brasil, ao menos desde a independência, no embate entre os liberais constitucionalistas – que buscavam ampliar o controle do parlamento sobre o imperador – e os conservadores imperialistas. Na visão adotada pela imprensa liberal de então, um dos pontos em disputa era justamente a supremacia da autoridade do parlamento ou do imperador (PEREIRA, 2010, p. 78-88). Posto de outra forma, a discussão de então se centrava na supremacia

[8] Ao diferenciarmos aqui Democracia e República, buscamos nos afastar da tendência geral percebida e denunciada por autores que percebem um entrelaçamento e uma confusão entre esses conceitos tão diversos que vêm se amalgamando desde a Revolução Francesa (sobre esta ideia, veja-se BEČAK, 2014). De fato, a ideia de República como aqui compreendida contrapõe-se especificamente ao governo Despótico, sendo possível pensar uma República em bases Monárquicas, Aristocráticas ou Democráticas (para uma defesa didática desta diferenciação, veja-se KANT, 2008, p. 140-142).

entre a legitimidade do parlamento, especialmente a Câmara dos Deputados eleita pelo sistema representativo de então (censitário, masculino e majoritariamente branco) – ideia defendida pelos liberais de então – e a legitimidade do imperador que teria sido conferida pelo povo desde o processo de independência e que seria, portanto, uma autoridade mais legítima do que aquela conferida transitoriamente aos parlamentares.

Que o modelo de representação política tenha, por fim, na maior parte dos Estados ocidentais, conseguido se estabelecer com aparência de legitimidade muito superior à legitimidade conferida ao poder governamental (ou Executivo), é hoje verdade para a imensa maioria do ocidente, ainda que no Brasil este cenário ainda encontre entraves bastante significativos. No entanto, isso que poderia ser chamado de uma vitória da democracia representativa, bem como os moldes dessa, está longe de ser um território pacífico, sendo território de disputas e distensões constantes.

O “Dicionário Político” de Bobbio e colaboradores (2008) traz três modelos interpretativos da representação política: 1) a representação como relação de delegação; 2) a representação como relação de confiança; e 3) a representação como “espelho” ou representatividade sociológica. E segue explicando que no primeiro modelo, conhecido especialmente pelo que se denomina por “mandato imperativo”, o representante é visto como um mandatário privado de iniciativa ou de autonomia, devendo exercer a representação no estrito limite determinado pelos representantes nas suas instruções. O segundo modelo entende o representante como um emissário dos interesses dos representados, interesses esses de que ele presumivelmente tem conhecimento, podendo exercer a representação ao menos com relativa autonomia. O terceiro modelo entende o conjunto dos representantes como um microcosmo que deve reproduzir, em algum grau, as características do corpo político, de forma que haja uma maior identificação entre representantes e representados em sentidos compreendidos como essenciais, a serem definidos em cada comunidade política – ideologias, gênero, raça, religião, sexualidade (COTTA, 2008, p. 1102-1103).

Essa definição, como todo esforço mais generalizante, é insuficiente para o propósito de compreensão da extensa discussão acerca da possibilidade da

representação política, bem como se, uma vez compreendida como possível ou inevitável, quais seriam as exigências a esta representação para assegurar-lhe legitimidade – ou a maximização de sua aparência de legitimidade.

No entanto, a apresentação de tais modelos já deixa claro que a ideia de legitimidade do regime democrático representativo está em disputa. O fato de o modelo de democracia representativa de moldes liberais ter prevalecido em praticamente todos os Estados ocidentais desde a modernidade, ainda que distendido e rearranjado por diversas ondas de críticas e contestações, não determina que sociologicamente seja o modelo mais legítimo, mas tão somente que foi aquele que encontrou condições sociológicas adequadas para se estabelecer. Ou, nos moldes argumentativos da teoria sociológica de Bourdieu, pode-se afirmar que o modelo de representação política que cada local desenvolve será sempre aquele capaz de garantir a reprodução social naquela sociedade, dando aparência de legitimidade aos princípios de visão e divisão que beneficiem os grupos dominantes, sem que os dominados percebam a imposição do modelo em sua realidade de imposição – mecanismo que Bourdieu denomina por violência simbólica.

O primeiro modelo, de “mandato imperativo”, tem por fundamento genérico a ideia de que a legitimidade do poder está nos cidadãos e é intransferível em sua plenitude, somente sendo aceitável que um representante realize as decisões e as vontades estritamente permitidas pelo corpo de cidadãos que representa. Neste modelo, não há liberdade do representante, nem se considera que ele possa tomar decisões com base em interesses gerais e difusos, seja da população ou do grupo específico que ele representa.

O segundo modelo, de relação de confiança, é o prevalente em todo o mundo ocidental contemporâneo, e vincula a legitimidade do poder ao conjunto da “nação” ou do “povo”, e entende que essa legitimidade pode ser plenamente transferida aos representantes eleitos, que uma vez nessa condição deixam de representar seus eleitores para representar os interesses “nacionais” ou “gerais”. Como modelo prevalente, é também o maior alvo de críticas contemporâneas, que discutiremos oportunamente.

Por fim, o terceiro modelo, de representatividade sociológica, entende que a legitimidade do poder não se vincula somente aos cidadãos ou ao conjunto do povo, tomados enquanto indivíduos em um ou outro caso, mas deve também se vincular a grupos sociais que devem necessariamente ser representados de acordo com a sua presença na própria sociedade em questão (embora os critérios sejam também alvo de disputa nesses casos, as ponderações mais comuns se relacionam à necessidade de representatividade de gênero, “raça”, classe social, sexualidade). Nesse modelo, para que a representação seja legítima – seja ela imperativa ou de confiança – deverá também levar em conta a representatividade de determinados grupos sociais.

Há que se levar em conta, ainda, as correntes de pensamento que negam inteiramente a possibilidade de legitimidade de qualquer representação, principalmente por avaliar a existência de uma falha comunicacional básica entre o representante e os representados que não pode ser suprida de nenhuma forma. Assim, para essas correntes, o modelo de representação deveria ser abandonado ou matizado em favor do exercício de formas diretas de decisão.

Por fim, há ainda a crítica do próprio modelo universalizante representado pelo Direito estatal único, que a partir da percepção de uma incapacidade dos modelos vigentes em atender demandas de determinados grupos – especialmente de grupos subalternos – entende que o critério de legitimidade do poder deve se vincular ao reconhecimento entre os sujeitos que produzem e aplicam determinado conjunto normativo e os sujeitos que lhe serão alvo. Nessa visão, o poder, bem como a legitimidade de seu exercício, não é unívoco, podendo coexistir ordenamentos jurídicos diversos, cada um com seus próprios critérios de legitimidade de representação, de acordo com a avaliação de cultura e de conveniência dos grupos que a ele se sujeitam.

2.1 PODER POLÍTICO E O ESTADO LIBERAL DE DIREITO

Assim, podemos situar historicamente as principais disputas acerca da legitimidade do poder no que tange à representação nas disputas do século XVIII e XIX entre modelos de democracia direta – prontamente rechaçados com base na complexidade das sociedades modernas – e entre os modelos de “mandato

imperativo” e “mandato não imperativo”, todos eles fortemente vinculados à categoria liberal de “indivíduos” e nas quais o modelo de mandato não imperativo emergiu como prevalente – com exceção clara nas repúblicas “socialistas” que adotavam modelos de mandato imperativo; e nas disputas contemporâneas entre as possibilidades de haver uma “legitimidade universalizante”, que deriva do reconhecimento de grupos subalternos e dos questionamentos a respeito da possibilidade de uma “elite política” (MIGUEL, 2014, p. 27 e ss.) ter legitimidade para influir sobre esses grupos, na forma de decisões políticas e jurisdicionais, ou mesmo do questionamento da possibilidade de um ordenamento jurídico único legitimamente instituído sobre uma sociedade plural, ambos modelos em clara tentativa de pontuar as insuficiências da noção de “indivíduo” a partir da noção de “grupos”.

Note-se, que independente do período considerado, o conteúdo do que se denomina por democracia representativa é um campo de disputa pelas formas e procedimentos considerados legítimos para que o Estado exerça sua autoridade e coercitividade sobre determinada população. Para aquele Miguel (2014), o embate atual de ideias no campo da representação democrática se dá, primeiramente, quase unicamente dentro de determinados limites neoliberais. Ou seja, determinados pressupostos liberais, como a individualidade dos sujeitos e a suposição de que tais indivíduos tomarão decisões baseadas num cálculo racional a respeito dos efeitos de tal escolha para seu bem-estar, são minimamente levados em conta praticamente na totalidade das teorias mais discutidas no campo da representação.^[9] Para os efeitos do que aqui se pretende, embora procuremos retrair a discussão para demonstrar o embate atual de ideias em torno desses modelos, é importante ressaltar que o fato de o campo científico selecionar positivamente um grupo de ideias que orbitam dentro de um universo de expectativas cujos pressupostos são aqueles acima mencionados já é significativo, por si só, dos princípios de visão e divisão que orientam esse campo.

[9] Para um exemplo claro da perspectiva neoliberal, que esgarça os limites do liberalismo clássico e impõe ao mundo, por meio do imperialismo anglo-saxão, uma única perspectiva válida (à qual os franceses denominam *pensée unique*) veja-se o resgate recente de análises sociológicas notadamente individualistas do processo democrático como a realizada por SCHUMPETER, 2017.

É dizer, por hora, que se determinado subcampo científico discute mais seriamente as ideias que carregam em si determinadas cargas valorativas – individualidade, racionalidade – este já é um dado em si importante para perceber como os princípios de visão e divisão dentro deste subcampo se conformam a uma estrutura social mais ampla que tende a favorecer determinados arbitrários culturais.

Miguel (2014) situa a disputa atualmente prevalente a respeito da democracia representativa nos termos do embate entre o que ele denomina “democracia elitista” e o “deliberacionismo”, sendo esse último marcado pela teoria habermasiana.

A “democracia elitista” é o título, criado por aquele cientista político, para o que chamamos somente de “democracia”, sem qualquer adjetivação, e que prevalece na quase totalidade dos países ocidentais contemporâneos. As principais características desse modelo democrático são a redução da participação popular quase exclusivamente ao voto e a cristalização do ideal democrático exclusivamente nas eleições. A legitimidade de toda decisão dos representantes estaria então na confiança depositada neles pelos eleitores, que são aqui compreendidos numa perspectiva de sociedade atomizada em indivíduos que buscam seu próprio bem-estar de forma livre e que, portanto, no ato do voto exerceriam essa liberdade para eleger os representantes que melhor atenderiam às suas expectativas.

Críticas a esse modelo, e à suas características elitistas se encontram desde os modernos, como Montesquieu (2005, p. 242), que afirmava que “o sufrágio por sorteio está na natureza da democracia; o sufrágio por eleição está na da aristocracia”. De fato, o que observamos ao analisar a história da democracia representativa é, em um primeiro momento, a delimitação censitária do direito de voto que somente foi se ampliando a outros grupos sociais – pobres, negros, mulheres, analfabetos, imigrantes – quando a elite política já estava suficientemente consolidada para se sentir segura de que a ampliação desse direito não representaria um imediato influxo de tais grupos na elite dirigente – não que se compreenda esse movimento como algo linear, como bem demonstram os estudiosos dessa área, trata-se de um movimento marcado por avanços e retrocessos vinculados, entretanto, invariavelmente à conveniência e oportunidade política para as elites em relação à inserção desses grupos no jogo eleitoral (KEYSSAR, 2014, p. 175 e ss.).

Alguns teóricos da corrente elitista chegaram mesmo a afirmar que toda organização geraria necessariamente uma minoria dirigente com interesses divergentes de sua base, uma vez que essa classe com acesso ao poder seria sempre conservadora.^[10] Ressaltamos esse autor pois, em sua análise, esse grupo oligárquico não é uma minoria auto instituída, dotada de algum tipo específico de capacidade ou qualidade distintiva, como afirmavam outros autores dessa corrente. Michels percebe um vínculo necessário entre essa elite – para ele inescapável – e a base que lhe dá, ou em algum momento lhe deu, legitimidade para exercer os poderes que exerce. A análise deste sociólogo é especialmente interessante pois, afastando o risco de naturalização dessa elite, o seu estudo permite perceber como as estruturas de dominação se reproduzem dentro de grupos como os partidos políticos, refletindo em certa medida – e com seus princípios de visão e divisão específicos – as estruturas de dominação mais gerais de uma sociedade em que o modelo de organização do poder se baseia justamente nessa “democracia elitista”.^[11]

Esta homologia estrutural propõe justamente que os diversos grupos sociais tendem a espelhar em alguma medida, na sua estruturação e na definição de seus princípios de visão e divisão, as formas de dominação percebidas como legítimas em outras instâncias sociais que lhes sejam próximas em algum sentido. É um conceito essencial para que se possa perceber que as reproduções sociais não se dão necessariamente por mecanismos de imposição explícitos ou por reflexões sistemáticas e racionais sobre opções existentes, mas justamente por mecanismos de definições internos às disputas daquele grupo que, contudo, tendem a selecionar positivamente as formas de dominação simbólicas vigentes – que já são, por sua própria definição, consideradas legítimas.

[10] É o caso da interessantíssima “lei de ferro das oligarquias” desenvolvida por MICHELS, 1982, p. 219.

[11] Por certo, uma tal homologia estrutural também se verifica na desigualdade de acesso aos postos detentores de maior poder dentro da hierarquia do campo jurídico, implicando necessariamente em um reflexo entre as desigualdades de acesso aos cargos do mercado jurídico e as relações dos operadores jurídicos com os demais setores da sociedade, em especial os grupos dominados, como já desenvolveu PONZILACQUA, 2010.

2.2 PODER POLÍTICO E O ESTADO SOCIAL DE DIREITO

A perspectiva bourdieuniana evidencia que os grupos dominados não são menos aptos à participação política como supõem os teóricos da democracia elitista, mas estão, entretanto, alijados dos tipos específicos de capitais culturais, sociais, simbólicos e econômicos utilizados e requeridos para o ingresso e a permanência nesse campo. Isso poderia se traduzir numa perspectiva do mundo social que é compreendida no campo político como mais estreita – e, portanto, valorada negativamente – própria de uma história de vida a parte de todos os principais mecanismos de tomadas de decisão política ou econômica (BOURDIEU, 2011, p. 520).

Contudo, antes que se possa inscrever essa perspectiva nos modelos participativistas que veremos a seguir, cabe ressaltar que a abertura de espaço aos grupos subalternos na tomada de decisões, embora essencial, é insuficiente. As noções de *habitus* e campo político desenvolvidos por Bourdieu nos elucidam que a entrada de indivíduos em um campo estabelecido é seguida pela incorporação dos *habitus* daquele campo ou a marginalização do indivíduo dentro da hierarquia do campo (BOURDIEU, 2004, p. 96 e ss.). Esse movimento de aproximação ou distanciamento dos *habitus* valorados positivamente já localiza o indivíduo nas hierarquias do campo, garantindo a perpetuação da dominação simbólica pelos mecanismos de reprodução social. Outro aspecto a ser levado em conta é a perseguição dos ideais dominantes pelos próprios grupos dominados, que ao buscarem seus próprios interesses terminam por reforçar os mecanismos de reprodução e de dominação vigentes em dado campo social.

Embora na análise de Miguel o modelo de democracia elitista tenha se estabelecido amplamente nos Estados contemporâneos, especialmente na sua vertente schumpeteriana que vincula democracia quase exclusivamente às eleições, o próprio autor tece uma acertada crítica a respeito dos limites desse modelo. A partir da percepção da crise da representação, que nota não ser um problema contemporâneo, mas estar inscrito no cerne mesmo da democracia que floresceu no século XX, o cientista político observa que esse modelo está enviesado pelas desigualdades estruturais e que funcionou e ainda pode funcionar mais como um instrumento conferidor de aparência de legitimidade às ações legislativas do

que como instrumento de transformação (MIGUEL, 2014, p. 133). E segue em sua crítica ao afirmar que para esse grupo a democracia é:

Na melhor das hipóteses, um método de agregação, pelo mecanismo eleitoral, de preferências individuais consideradas como preexistentes e formadas na esfera privada. Na pior das hipóteses, tais preferências são consideradas irrelevantes, uma vez que os cidadãos não conseguem ter vontades efetivas em relação às questões públicas (MIGUEL, 2014, p. 63).

Outros autores buscaram demonstrar que as próprias instituições representativas não foram desenvolvidas com vistas a responder à impossibilidade de exercício da democracia direta em espaços territorial e populacionalmente inchados. Foram pensados como uma forma eficaz de redução da participação popular nos assuntos públicos, que deveriam ser guiados por pessoas dotadas de características de elite (WOOD, 1995, p. 204 e ss.). A própria análise de Bourdieu percebe ainda que há uma inversão da racionalidade da representação empreendida pelo modelo de democracia elitista na prática política, a partir da qual os representados não mais podem escolher seus representantes ativamente, mas têm de reagir às ofertas do mercado político, muitas vezes selecionando entre opções que não o contemplam (BOURDIEU, 2011, p. 188 e ss.). Essa prática retira daqueles a quem o poder está investido, na formulação democrática, a última parcela de exercício de poder que a teoria elitista supostamente havia resguardado.

Independente do posicionamento teórico-ideológico levado em consideração, o que fica claro ao longo do século XX são as limitações da democracia eleitoral, com a participação nas eleições declinando vertiginosamente. Esse tipo de percepção deu margem a todo tipo de pensamento, desde a radicalização do pensamento à direita, que gradualmente passa a ver a participação popular no processo de decisões da esfera pública como algo cada vez mais dispensável – postulando que o desinteresse popular pela democracia seria o reflexo da satisfação com os rumos traçados pela elite política (DOWNS, 1999, p. 29); até as vertentes participacionistas à esquerda que identificavam a necessidade de estímulo à participação popular nas instâncias cotidianas para que se fomentasse o interesse político nos sujeitos (PATEMAN, 1992, p. 61), que encontraram resistências práticas seja por experiências reais mal sucedidas ou por sua incompatibilidade ao menos

parcial com a propriedade privada, vez que advogavam a gestão participativa no ambiente fabril.

2.3 PODER POLÍTICO E O ESTADO DEMOCRÁTICO (?) DE DIREITO

A partir dos anos 1980 as teorias participacionistas perdem espaço dentro da crítica à teoria democrática hegemônica para as análises da vertente da “democracia deliberativa”, cuja principal matriz é o pensamento habermasiano. O pensamento dessa vertente é sintetizado por Cohen (1998, p. 186), preconizando que as decisões políticas devem ser tomadas por aqueles que estarão submetidos a elas por meio do que denomina “raciocínio público livre entre iguais”. As principais quebras dessa vertente com a vertente elitista são o rompimento com a ideia de democracia enquanto agregação de preferências individuais atomizadas – aqui essas preferências podem ser construídas e reconstruídas num ambiente de interação na esfera pública –; a igualdade de participação; e a autonomia, no sentido da produção das normas sociais pelos indivíduos a elas sujeitos.

A matriz do deliberacionismo, centrada na “boa política” praticada na “esfera pública” (HABERMAS, 1984), assume que os sujeitos poderiam discutir livremente, sem distinções e hierarquias, os problemas públicos – pelos quais estariam interessados – e chegar a determinados entendimentos mútuos. Essa estilização do conceito de esfera pública, entretanto, perde de vista tanto as diferenças marcantes e distintivas dos grupos sociais – classe, raça, gênero – que colaboram com a desigualdade material entre os indivíduos, como as hierarquizações menos marcadas, ou mais propriamente simbólicas, que distinguem e dividem, no sentido dos princípios de visão e divisão que traz a teoria bourdieuniana e que são características de todo subcampo^[12], gerando classificações e divisões dentro deste – as relações estabelecidas entre os *habitus*. Supõe-se, ainda, que a atividade comunicativa possa cindir com as atividades instrumentais como as do poder político, dos interesses econômicos, das práticas midiáticas.

[12] A discussão está visceralmente imbricada com as das disputas por ‘dizer o direito’ e à Sociologia do Campo Jurídico. Como não é o objeto precípuo desta análise, remetemos à PONZILACQUA, 2018.

Como já discutimos em relação à matriz democrática elitista, se os grupos excluídos só adentram o campo político quando o grupo dominante já se estabeleceu (e por critérios que favorecem a entrada de determinados membros dos grupos excluídos, mais afins ao arbitrário cultural dominante), muito embora pareça-nos que esses influxos das diferenças possam gerar distúrbios nos campos, esses não deverão ser suficientes para desestabilizar um campo bem estabelecido – no sentido de uma revisão profunda das estruturas de reprodução social do campo em questão. O grupo dominante somente permite a integração de novos grupos ou de novas demandas na medida em que se sente apto a lidar com estes, ou por mecanismos que garantam a continuidade da dominação, mantendo as estruturas dessa dominação. Poderíamos até conjecturar que o influxo massivo de grupos ou demandas talvez fosse uma forma de distender o sistema posto, permitindo uma revisão radical pela velocidade das demandas, no entanto, o campo político traça respostas eficazes, como as noções de parcimônia e progressividade, que represam tais possibilidades.

Outro expoente do que se pode denominar por modelo de democracia deliberacionista é o pensamento do filósofo americano John Rawls, que também prevê a possibilidade de um consenso racionalista a partir do deslocamento do sujeito deliberante para uma posição de desconhecimento de si – o valor imparcialidade, representado pelo “véu da ignorância”, elimina a base do conflito de interesses ao eliminar a própria ideia de um indivíduo com interesses (RAWLS, 1997, p. 146 e ss.). Seja pelo valor do consenso, pela eliminação dos sujeitos interessados, ou por outros mecanismos, a linha de frente das teorias deliberacionistas que aqui trouxemos têm em comum a visão do conflito de interesses como mal a ser extirpado tanto quanto possível, e em geral evitam tocar nas estruturas que fundam esses interesses, não oferecendo nem uma crítica ao modelo capitalista vigente (e que estrutura todas as relações sociais pela homologia) como fez a matriz participativista, nem tampouco contribui com soluções efetivas para as questões centrais da democracia contemporânea, estando absolutamente alheios à efetividade da política.

Os modelos de democracia deliberacionistas não parecem perceber que o acesso às discussões é condicionado pela posse de determinados capitais, inclusive aquele

capital cultural necessário às formulações de argumentos válidos na perspectiva do que se chama genericamente de racionalidade. Isso implica na crença em dons inatos, sem aperceberem-se do treinamento social requerido para que se produzam discursos considerados legítimos dentro dessa razão. Nas palavras de Bourdieu, tratam-se justamente das “condições econômicas e sociais de aquisição da competência legítima e da constituição do mercado onde se estabelece e se impõe essa definição do legítimo e do ilegítimo” (BOURDIEU, 1996, p. 30). Ou seja, tanto os indivíduos possuem contingências determinadas pelo campo, quanto o próprio campo possui princípios de visão e divisão que contingenciam e são reproduzidos pelos *habitus* dos indivíduos que participam daquele campo.

A percepção da própria racionalidade como uma construção social e, portanto, alvo de disputas simbólicas, põe em xeque algumas das premissas elitistas e deliberacionistas. Configurando uma das formas de “exclusão interna” que permite a inclusão de determinados grupos num campo social, sem a possibilidade real de sua participação ou sem garantir a validade de sua argumentação do debate de ideias (YOUNG, 2000, p. 53 e ss.). As formas que esta exclusão interna toma são variadas, sendo a incapacidade dos grupos dominados em traduzir seus interesses numa retórica universalista a mais recorrente:

O embate entre trabalhadores e patrões não tomou historicamente a forma do confronto entre dois discursos classistas, mas entre um discurso classista (operário) e outro universalista, que apelava para a nação ou mesmo para a humanidade. Opositores de medidas de promoção das mulheres ou de minorias étnicas costumam recorrer à defesa da igualdade de oportunidades para todos, independente de suas características pessoais (MIGUEL, 2014, p. 92).

Assim, notamos que as tensões acerca da representação não conseguem avançar sobre ao menos uma questão fundante da democracia contemporânea, qual seja a capacidade de lidar com o conjunto dos indivíduos e grupos sociais mais ou menos organizados e politizados – no sentido de não apenas integrar esses indivíduos efetivamente à comunidade política dando-lhes voz e capacidade de influir sobre as decisões políticas, mas principalmente dando legitimidade aos discursos e às formas de racionalidade desses grupos em igualdade com os discursos e as racionalidades dominantes. Bourdieu, em seus escritos, demonstra possuir plena

consciência dessa dificuldade da teoria democrática, aprofundando o tema em relação à própria capacidade de desenvolvimento da opinião pessoal – que os elitistas tomam por pressuposto de racionalidade:

Platão dizia ‘opinar é falar’. Ora, nada é mais desigualmente repartido do que essa capacidade, e essa constatação choca a boa consciência democrática: todas as pessoas são iguais, é o dogma. Ora, dizer que todas as pessoas são iguais diante da questão da opinião é um erro, é um erro político. Nem todo mundo tem os instrumentos de produção da opinião pessoal. A opinião pessoal é um luxo. Há pessoas no mundo social que “são faladas”, por quem se fala, porque elas não falam, para as quais se produzem problemas porque elas não os produzem. E, hoje, chega-se mesmo, no grande jogo da mistificação democrática, até a dar oportunidade para que respondam a problemas que não seriam capazes de produzir. E se faz, então, que produzam falsas respostas que fazem esquecer que elas não têm questões (BOURDIEU, 2004, p. 83-84).

A passagem acima, que não deve ser lida rapidamente, deixa clara a consciência que o autor apresenta sobre as limitações da teoria democrática elitista, bem como das formulações deliberacionistas. Bourdieu percebe que na sociedade contemporânea uma parcela significativa dos indivíduos não possui voz e, por isso, são falados, ou seja, fala-se em seu nome, produzem-se demandas e formulam-se questões para esses grupos sociais impedidos de adentrar no campo político como oradores legítimos. Ressalta ainda a tendência atual a voltar-se a estes sujeitos afônicos para que confirmem uma segunda aparência de legitimidade – a primeira sendo o voto – às decisões políticas através da resposta (dóxica) a questões que jamais foram suas.

A suposta legitimidade democrática está, em todos os modelos aqui apresentados, nos indivíduos – vistos de forma atomizada e numa perspectiva racionalista

reducionista –, e a representação – mesclada ou não com instâncias deliberativas de participação popular – retira do voto e das eleições a legitimidade que conferirá ao conjunto de normas produzidas no ambiente legislativo. Na nuance deliberativa, esse procedimento ganha um contorno novo da necessária participação de camadas da população no processo deliberativo. Tais procedimentos são marcados, atualmente, pela construção de instâncias consultivas ou de tomada de decisões não vinculantes aos representantes ou administradores, mas são frequentemente trazidos à tona quando se procura legitimar determinadas visões e discursos no processo político.

CONCLUSÃO

Para o intuito que aqui buscamos, entretanto, cabe concluirmos preliminarmente demonstrando que a legitimidade da representação não pode ser utilizada como argumento *a priori* que garanta a legitimidade das definições produzidas pelo campo legislativo. Esse é um território em franca disputa, onde figuram além dos autores aqui apresentados, outros que nutrem desconfiança mais acentuada em relação à democracia representativa, seja por evidenciarem a importância de instâncias deliberativas mais próximas do convívio do indivíduo – como os conselhos (ARENDR, 2013, p. 200), ou, como os filósofos do plurinacionalismo, por evidenciarem a possibilidade de convivência de diferentes ordens normativas num mesmo Estado sem a necessidade de haver uma supremacia entre elas (JIMENO, 2012, p. 65).

A legitimidade legislativa efetiva que busca garantir o Estado Democrático de Direito carece, no mínimo, do desenvolvimento daquelas duas dimensões do político que delineamos em nossa introdução, isto é, em relação à necessidade de reafirmação constante do republicanismo do Estado de Direito contra todas as formas de despotismo, faz-se premente o reconhecimento (formalizado em boa parte das Constituições, inclusive na Brasileira de 1988, mas não materializado) da centralidade do Poder Legislativo.

Em respeito, por outro lado, aos ideais democráticos e em consequência também da necessária centralidade do Poder Legislativo, emerge o urgente debate, de que

aqui demos uma pequena amostra, acerca do acesso ao Poder Político e do ideal de representação, que vem demonstrando dificuldades em responder eficazmente aos anseios colocados sobre o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ARENDR, Hannah. **Crises da república**. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- BEÇAK, Rubens. **Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política (2 vols.)**. Brasília: Editora UnB, 2008.
- BOURDIEU, Pierre. **A codificação**. IN: BOURDIEU, Pierre. **Coisas Ditas**. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. Porto Alegre: Editora Zouk, 2011.
- BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas linguísticas**. São Paulo: EDUSP, 1996.
- BOURDIEU, Pierre. **A representação política**. Elementos para uma teoria do campo político. IN: BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.
- BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico**. São Paulo: Editora UNESP, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- BURKE, Edmund. **Discurso aos eleitores de Bristol**. *Revista de Sociologia Política*. Curitiba, v. 20, n. 44, 2012, p. 97-101.
- CABALEIRO SALDANHA, Daniel. **Organização do Estado Brasileiro: o modelo oligárquico de federalismo**. Belo Horizonte: Letramento, 2019.
- COHEN, J. **Democracy and liberty**. IN: ELSTER, Jon. **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

- COTTA, M. **Representação Política**. IN: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política** (2 vols.). Brasília: Editora UnB, 2008.
- DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. São Paulo: EDUSP, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984.
- HENRIQUES, Hugo Rezende; AMORIM, Stephane Bragança. **O ódio ao Parlamento: organização do Estado na alvorada da República brasileira**. IN: SALGADO, Karine. *et. al.* (org.). **Virtudes da República**. Belo Horizonte: Initia Via, 2019.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *et. al.* **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- JIMENO, M. **Reforma constitucional na Colômbia e povos indígenas: os limites da lei**. IN: RAMOS, Alcida Rita. **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- KANT, Immanuel. **A paz perpétua: um projeto filosófico (1795/96), IN: KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos**. Coimbra: Edições 70, 2008.
- KEYSSAR, Alexander. **O direito de voto: a controversa história da democracia nos Estados Unidos**. São Paulo: Editora UNESP, 2014.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. **Necessidade, contingência e contrafactualidade**. A queda do Império reconsiderada. **Topoi**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 38, 2018, p. 190-260.
- MICHELS, Robert. **Sociologia dos partidos políticos**. Brasília: Editora da UnB, 1982.
- MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa**. São Paulo: Editora UNESP, 2014.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Editora, 2005, p. 242.
- PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. São Paulo: Paz e terra, 1992.
- PEREIRA, Vantuil. **Ao soberano Congresso: direitos do cidadão na formação do Estado imperial brasileiro (1822-1831)**. São Paulo: Alameda, 2010.
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira ou PEREIRA, Marcio Henrique. **Chamando o direito às falas: linguagem do direito, cidadania e emancipação sociopolítica**. Franca: Unifran, 2010.
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. **A Sociologia do Campo Jurídico de Bourdieu e Dezalay**. **Revista Direito e Práxis**. v. 9, n. 1, 2018, p. 226- 249.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Editora, 1997.
- SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Editora UNESP, 2017.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **¿Qué es el tercer Estado?** Ensayo sobre los privilegios. Madri: Alianza Editorial, 2003.
- WOOD, Ellen Meiksins. **Democracy against capitalism: renewing historical materialism**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

RECONHECIMENTO DOS GASTOS COM A FORMAÇÃO DE CULTURAS PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO DO IRPJ

Guilherme Adolfo Mendes^[1]
Lucas Issa Halah^[2]

INTRODUÇÃO

Os fenômenos naturais, climáticos e econômicos são a todo momento objeto do noticiário: secas prolongadas, chuvas torrenciais, elevação das temperaturas médias, pragas inesperadas e crises mundo afora são apenas alguns exemplos. A despeito dos avanços científicos e da possibilidade de previsão desses fenômenos, na maioria das vezes não é possível evitá-los. Contudo, a tributação tem sido utilizada como importante ferramenta para mitigar os efeitos dessas variáveis que nos afetam das mais diversas formas.

Alguns setores em especial, como o agronegócio, foram identificados pelo constituinte como bastante vulneráveis a tais inconstâncias e, conseqüentemente,

[1] Doutor em Direito pela FD/USP. Professor do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: guilhermeadolfo@usp.br.

[2] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: lucas.issa.halah@hotmail.com.

eleitos como merecedores de um tratamento diferenciado, voltado à garantia de sua prosperidade.

O presente estudo analisa os momentos em que a Constituição e a legislação infraconstitucional manifestam a necessidade de que o agronegócio seja estimulado por meio de normas tributárias indutoras.

Traçado esse panorama, buscamos avaliar a aplicação do benefício da depreciação acelerada pela jurisprudência do CARF e constatamos inconsistências de duas ordens: primeiro, quanto à categorização da forma pela qual determinadas culturas, como a cana-de-açúcar, teriam sua perda de valor reconhecida, e segundo quanto ao cabimento da restrição ao gozo do benefício em função da forma de reconhecimento da perda de valor em si.

Estaria a lavoura canavieira sujeita à exaustão, ou essa categorização seria resultado da má compreensão de sua essência? E mais, ainda que seja esta uma cultura sujeita à depreciação, a distinção entre depreciação, exaustão e amortização seria suficiente para justificar o tratamento tributário diferenciado por um incentivo que, constitucionalmente, deveria ser direcionado ao fomento da atividade rural como um todo? São estas as principais questões que nos propomos a responder.

1 O USO DE INSTRUMENTOS TRIBUTÁRIOS NO AGRONEGÓCIO

O uso de normas tributárias com funções unicamente arrecadatórias deixou, há tempo, de ser uma constante nos ordenamentos jurídicos estatais. A assunção de papéis mais amplos demandou o uso de instrumentos por meio dos quais fosse possível não só preencher os cofres públicos, mas também direcionar o comportamento dos agentes econômicos, dispensando a participação estatal e substituindo em grande medida formas de intervenção diretiva que se valessem do comando “proibido” (SCHOUERI, 2005, p. 1-3).

Distingue-se, dessa forma, a intervenção do Estado **no** domínio econômico, na qual o Poder Público assume o controle integral ou mesmo parcial dos meios de produção, da intervenção do Estado **sobre** o domínio econômico, na qual intervém direcionando ou induzindo o comportamento dos agentes (GRAU, 1999, p. 89-92).

Dessa distinção, interessa-nos a intervenção sobre o domínio econômico, bipartida por Eros Graus nas modalidades de direção e indução (GRAU, 1999, p. 157-158). Esta distingue-se da primeira por não tornar qualquer conduta obrigatória nem proibida. Ao revés de proibir ou obrigar, o Estado incentiva a prática das condutas desejadas, ao mesmo tempo em que desestimula a adoção das indesejadas.

A esse respeito, cabe mencionar a discordância de Marco Aurélio Grecco, para quem o Estado só pode usar a tributação extrafiscal para incentivar as condutas desejadas, mas nunca no sentido de tornar mais gravosa a tributação incidente sobre os comportamentos indesejados (GRECCO, 2001, p. 9-31).

Não concordamos com tal posicionamento. Apesar da dicção do artigo 174 da Constituição não fazer referência expressa à intervenção por meio do desincentivo, o agravamento das consequências tributárias de uma conduta indesejada nada mais é do que a face oposta do incentivo que desonere uma conduta desejada (SCHOUERI, 2005, p. 52-54). A distinção entre uma e outra é mera questão de referencial.

Nesse sentido, Schoueri aponta que a própria Constituição prevê instrumentos de agravamento com destacado efeito indutor, como por exemplo o IPTU progressivo de que trata o artigo 182, parágrafo 4º (SCHOUERI, 2005, p. 52-54).

Ademais, não faz sentido concordar com a possibilidade de o Estado intervir por direção, regulando diretamente a atuação dos agentes no domínio econômico e até proibindo determinadas atividades, mas, ao mesmo tempo, discordar da possibilidade de indução por meio do agravamento da tributação de atividades que se deseja desestimular.^[3]

Chegamos, assim, aos elementos essenciais caracterizadores da modalidade de intervenção a que dizem respeito as normas tributárias indutoras, de maneira que podemos defini-las como aquelas que, apesar de sua função arrecadatória, possuem também a função indutora positiva ou negativa do comportamento dos agentes econômicos.

[3] Também na defesa da possibilidade do uso de instrumentos extrafiscais que consistam no agravamento de situações, vide MENDES, 2009, p. 176-180.

A identificação das normas tributárias indutoras é outra tarefa que merece atenção. A busca pelo caráter indutor, defende Schoueri, deve ser feita pelos efeitos observados ou esperados das normas, independentemente da identificação de qualquer intenção expressa ou implícita do legislador ou da legislação (SCHOUERI, 2005, p. 15-32).

Entretanto, manifestações que indiquem a existência, expressa ou implícita, da intenção de produzir efeitos extrafiscais devem ser consideradas elementos importantes para esse mister, ainda que não bastem para a conclusão por tal caráter indutor.^[4] Descartar de plano qualquer consideração acerca da intenção indutora significaria negar a influência dos valores sobre a criação e a interpretação do Direito, com o que não se pode concordar.^[5]

Conhecer as diretrizes constitucionais ou mesmo legais que permitam ou até obriguem o Estado é importante, tanto para alertar sobre a possibilidade de determinada norma ter efeito indutor, quanto para avaliar se eventual efeito indutor identificado se coaduna com os objetivos eleitos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. Sua relevância, portanto, relaciona-se não só à orientação da

[4] Nesse sentido, vide MENDES, 2009, p. 63 e 220 a 223. Cabe ressaltar que a mesmo Schoueri traz o posicionamento de autores que estabeleceram elementos subjetivos e objetivos diversos a partir dos quais seria possível identificar as normas tributárias indutoras. Interessante, nesse sentido, o exemplo de norma tributária indutora a que se referem Morscher e Ruppe, decorrente de omissão legislativa no ano de 1982, na Áustria. O caso trata da ausência de correção da tabela progressiva do Imposto de Renda a que tais autores atribuem caráter indutor identificável a partir do momento em que se deu a omissão. Cf. MORSCHER, Siegbert. Das Abgabenrecht als Lenkungsinstrument der Gesellschaft und Wirtschaft und seine Schranken in den Grundrechten. Wien, Manzsche, 1982, p.67. e RUPPE, Hans Georg. Das Abgabenrecht als Lenkungsinstrument der Gesellschaft und Wirtschaft und seine Schranken in den Grundrechten. Wien, Manzsche Verlags - und Universitätsbuchhandlung, 1982, p.39, Apud. Schoueri SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 22. Curiosamente, a Correção monetária variável de 4,5% a 6,5% veiculada pelo governo federal brasileiro por meio da Medida Provisória no 670/2015 parece ter caráter indutor equivalente ao identificado acima.

[5] Nesse sentido, vale lembrar a lição de Eros Grau, junto com Karl Larenz, reconhecendo a existência de valores pressupostos no ordenamento, que auxiliam o operador do Direito em sua aplicação interpretação. Cf. GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 147. e LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 164-184.

interpretação, mas também ao controle de legalidade e de constitucionalidade dos efeitos extrafiscais das normas tributárias indutoras.

2 A IMPORTÂNCIA DO AGRONEGÓCIO

O agronegócio^[6], com destacada relevância nacional, é merecedor de um tratamento tributário que o estimule de maneira a garantir sua prosperidade, afinal, trata-se de setor responsável por cerca de vinte por cento do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.^[7]

Considerando ainda o papel do Brasil de proeminente exportador na área (MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO, 2017, p. 8-9), é de se esperar que o desempenho do agronegócio fique sujeito às instabilidades da economia externa.

Assim, essa posição dá ao agronegócio brasileiro peso importante como gerador de divisas, mas também como fator de equilíbrio da balança comercial brasileira.

Ao mesmo tempo, a elevada vinculação às exportações influi de maneira relevante na oferta de alimentos básicos no país e, conseqüentemente, no preço a que tais alimentos serão oferecidos no mercado interno. Dessa forma, o desempenho do agronegócio tem influência direta sobre o acesso da população, notadamente a de baixa renda, a produtos básicos cujos preços são definidos internacionalmente.

Deve-se destacar, também, que o agronegócio é responsável por cerca de um terço dos empregos nacionais^[8], especialmente os que exigem baixa qualificação

técnica, além de garantir uma oportunidade de sobrevivência aos pequenos produtores rurais^[9].

Dessa maneira, seu desempenho é ainda mais relevante para o desenvolvimento econômico e social nacional, especialmente tendo em vista a eleição da busca do pleno emprego como princípio de uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho^[10], o qual, por sua vez, também é constitucionalmente eleito como uma das bases da ordem social^[11].

Associada à sua importância para as ordens econômica e social, a suscetibilidade do agronegócio a ciclos e fatores naturais^[12] também justifica um tratamento tributário privilegiado que encontra espaço inclusive no texto constitucional.

Atento a esses fatores, o Constituinte de 1988 valeu-se do modelo de Constituição dirigente para estabelecer programas de atuação que limitam a discricionariedade na implementação das políticas de governo (BERCOVICI, 2002, p. 127), inclusive com relação à política agrícola e tributária. Chama a atenção a redação do *caput* e do inciso I do artigo 187, que determinam o planejamento e execução da política agrícola na forma da lei, levando em conta especialmente os instrumentos fiscais. Essa redação especifica algo já previsto no artigo 174 da Constituição, o qual atribui ao Estado o papel de regular, planejar e incentivar as atividades econômicas de maneira indicativa para o setor privado.

A preocupação do constituinte com os impactos do desempenho do agronegócio no desenvolvimento nacional também se reflete nitidamente no artigo 23, inciso VIII da Constituição. Este dispositivo determina ser competência concorrente dos

[6] Conceituamos agronegócio como “o conjunto de operações envolvidas na produção, distribuição e consumo de produtos agrícolas e seus derivados, afetadas pela agrariedade que caracteriza a atividade rural e pelos riscos dela decorrentes”, conforme definido em: HALAH, 2018, p. 135.

[7] Desde 1996 até 2018, o agronegócio foi responsável por ao menos 19,1% do PIB nacional, segundo dados do CEPEA disponíveis em: <<http://cepea.esalq.usp.br/pib/>> Acesso em: 11 ago. 2019.

[8] Cerca de 32% dos trabalhadores no Brasil estavam empregados no agronegócio em 2013. Cf. MONTROYA, 2013, p.19.

[9] Pesquisa desenvolvida pelo Sebrae e concluída no ano de 2016, considerando dados de 2009 a 2014, permite verificar que o perfil dos produtores rurais brasileiros é de chefes de família com baixíssimo nível de instrução, que trabalham sem empregados e auferem rendimentos médios mensais também muito baixos. Cf. SEBRAE, 2016.

[10] “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:” (...) “VIII - busca do pleno emprego;”.

[11] “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

[12] Veja-se uma consequência de tal dependência na Lei nº 12.999, de 18 de junho de 2014, que ampliou o valor do “Benefício Garantia-Safra” em razão de prejuízos causados pela estiagem.

entes federados “fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar”. Ora, fica claro mais uma vez não só o vetor de fomento eleito constitucionalmente, como também o reconhecimento da relação do setor com o acesso à alimentação.

Assim, a interpretação conjunta dos dispositivos acima nos permite afirmar que, em virtude da identificação da importância e das peculiaridades que afligem o agronegócio, o constituinte de 1988 permitiu expressamente que as normas tributárias indutoras fossem utilizadas como instrumentos para seu estímulo.

A redação do artigo 187 da Constituição torna ainda essencial verificar de que maneira a legislação infraconstitucional trata da matéria, afinal, seu caput não autoriza qualquer planejamento e execução da política agrícola, mas apenas aqueles realizados “na forma da lei” que disponha sobre a política agrícola

Essa lei, publicada no ano de 1991 sob o nº 8.171, “fixa os fundamentos, define os objetivos e as competências institucionais, prevê os recursos e estabelece as ações e instrumentos da política agrícola”^[13].

A leitura de seu artigo 4º, inciso XIV juntamente com seu artigo 2º, inciso III reafirma o direcionamento constitucional. Esses dispositivos, respectivamente, elegem a tributação e os incentivos fiscais como instrumentos de implementação da política agrícola e, ao mesmo tempo, determinam que esta política garanta aos que se dedicam à agricultura rentabilidade compatível com a de outros setores da economia.

3 OS INCENTIVOS FISCAIS

A primeira modalidade de incentivo que nos chama a atenção é relativa à atividade rural exercida por pessoas físicas. Diferentemente da maioria dos rendimentos por elas auferidos, permite-se a apuração do resultado tributável mediante a

[13] Artigo 1º da Lei nº 8.171/91.

dedução das despesas incorridas^[14], ou a partir de um percentual de presunção de lucro de 20%.^[15]

Também em sentido indutor positivo, o artigo 14 da Lei nº 8.023/90^[16] e o artigo 19 da Lei nº 9.250/95^[17] permitem às pessoas físicas a compensação integral e imediata de prejuízos fiscais com os lucros eventualmente auferidos nos anos subsequentes.

Este benefício também é garantido pelo artigo 14 acima referido^[18] às pessoas jurídicas optantes pelo lucro real, em caráter excepcional à regra geral prevista no artigo 15 da Lei nº 9.065/95 e no artigo 42 da Lei nº 8.981/95^[19], que limitam, no aproveitamento de prejuízos fiscais, a compensação a até 30% do lucro tributável.^[20]

[14] Decreto no 9.580/18, “Art. 56. Considera-se resultado da atividade rural a diferença entre o valor da receita bruta recebida e o das despesas de custeio e de investimentos pagos no ano-calendário, correspondentes a todos os imóveis da pessoa física, independentemente de localização (Lei nº 8.023, de 1990, art. 4º).”

[15] Decreto no 9.580/18, “Art. 63. À opção do contribuinte, o resultado da atividade rural ficará limitada a vinte por cento da receita bruta do ano-calendário, observado o disposto no art. 59 (Lei nº 8.023, de 1990, art. 5º).”

[16] “Art. 14. O prejuízo apurado pela pessoa física e pela pessoa jurídica poderá ser compensado com o resultado positivo obtido nos anos-base posteriores.”

[17] Decreto no 9.580/18, “Art. 58. O resultado positivo obtido na exploração da atividade rural pela pessoa física poderá ser compensado com prejuízos apurados em anos-calendário anteriores (Lei nº 9.250, de 1995, art. 19, caput).”

[18] A redação trazida pelo artigo 583 do Decreto no 9.580/18 explicita essa possibilidade, que no artigo 14 da Lei no 8.023/90 encontra-se na forma de uma ausência de restrição. “Art. 583. O prejuízo apurado pela pessoa jurídica na exploração de atividade rural poderá ser compensado com o resultado positivo obtido na mesma atividade em períodos de apuração posteriores, desconsiderado o limite previsto no caput do art. 580 (Lei nº 8.023, de 1990, art. 14).” No mesmo sentido, vide o artigo 263 da Instrução Normativa RFB nº 1.700/17.

[19] Nesse sentido, vide os artigos 27, parágrafo 3º da Instrução Normativa SRF no 51/95; 35, parágrafo 3º da Instrução Normativa SRF no 11/96; e art. 64 da Instrução Normativa SRF 1.700/17

[20] “Art. 15. O prejuízo fiscal apurado a partir do encerramento do ano-calendário de 1995, poderá ser compensado, cumulativamente com os prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, com o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação do imposto de renda, observado o limite máximo, para a compensação, de trinta por cento do referido lucro líquido ajustado. Produção de efeito (Vide Lei nº 12.973, de 2014)”. No mesmo sentido, vide o artigo 17 da Instrução Normativa SRF no 257/02.

Inicialmente, pairou controvérsia acerca da possibilidade de extensão desse benefício ao aproveitamento de base de cálculo negativa da CSLL, à qual a legislação acima mencionada não fazia referência. A Medida Provisória (MP) nº 1991-15/00 solucionou a divergência ao confirmar a aplicação do benefício também nessa situação, limitando a controvérsia aos períodos a ela anteriores. Por fim, a jurisprudência administrativa consolidou-se favoravelmente aos contribuintes^[21], resultando na publicação da Súmula nº 53 do CARF, com o entendimento de que o benefício em questão direcionava-se à atividade rural de maneira geral, devendo se estender à CSLL mesmo nos períodos anteriores à referida MP.^[22]

Ainda com relação ao IRPJ e à CSLL, é interessante tratar de um benefício que tem causado importantes divergências. O artigo 6º da MP nº 2.159-70/01 possibilita a depreciação acelerada dos bens do ativo permanente^[23] imobilizado adquiridos pelas pessoas jurídicas que explorem atividade rural^[24], trazendo exceção à regra geral do artigo 57 da Lei nº 4.506/64, que possibilita a depreciação em quotas, conforme o desgaste ou a perda de valor dos bens^[25].

O tratamento diferenciado ao setor alcança também a contribuição ao PIS e a COFINS, seja por meio da redução a zero das alíquotas incidentes sobre a importação e sobre a receita da venda de determinados produtos, como os adubos e fertilizantes^[26], seja por meio da suspensão do recolhimento nas vendas de produtos *in natura* para pessoa jurídica que apure o IRPJ pelo lucro real^[27].

[21] Nesse sentido, vide o acórdão no 9101-00.139, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

[22] O entendimento é hoje expresso no artigo 263 da Instrução Normativa RFB nº 1.700/17.

[23] A expressão “ativo permanente” é a utilizada pela MP nº 2.159-70/01. Contudo, a Lei nº 11.941/2009 alterou a redação da Lei nº 6.404/76, substituindo a expressão “ativo permanente” pela expressão “ativo não circulante”, notadamente ao tratar da classificação dos grupos de contas do ativo, no artigo 178.

[24] “Art. 6º Os bens do ativo permanente imobilizado, exceto a terra nua, adquiridos por pessoa jurídica que explore a atividade rural, para uso nessa atividade, poderão ser depreciados integralmente no próprio ano da aquisição.”

[25] “Art. 57. Poderá ser computada como custo ou encargo, em cada exercício, a importância correspondente à diminuição do valor dos bens do ativo resultante do desgaste pelo uso, ação da natureza e obsolescência normal.”

[26] Artigo 1º da Lei nº 10.925/04.

[27] Artigo 15, parágrafo 3º da Lei nº 10.925/04.

Por fim, cabe mencionar que também relativamente às contribuições sociais o setor recebe incentivos que consistem na substituição da obrigatoriedade de recolhimento da cota patronal da Contribuição Previdenciária à alíquota de 20% sobre o valor da remuneração e do adicional RAT que varia de 1 a 3%.

Em seu lugar, o produtor rural pessoa jurídica tem a faculdade de recolher cota patronal da Contribuição Previdenciária à alíquota de 1,7%, mais 0,1% a título de RAT, incidentes sobre a receita da comercialização da produção, enquanto o produtor rural pessoa física pode recolher referidas contribuições às alíquotas de 1,2% e 0,1%, respectivamente. Sendo agroindústria, a substituição é obrigatória, devendo-se recolher a cota patronal da Contribuição Previdenciária à alíquota de 2,5% sobre sua receita bruta, mais 0,1% a título de RAT.^[28]

Pela breve descrição de alguns dos principais benefícios, notadamente os relativos aos tributos diretos, concedidos àqueles que se dedicam ao exercício da atividade rural, constatamos que a legislação tributária tem sido realmente utilizada como instrumento de planejamento e execução de uma política agrícola desenhada e orientada, pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, para a concessão de benefícios que garantam ao agronegócio condições de perpetuação e desenvolvimento.

Trataremos agora de alguns dos problemas relacionados à aplicação do benefício da depreciação acelerada dos gastos para formação de culturas na atividade rural.

4 GASTOS COM A FORMAÇÃO DE CULTURAS

[28] Vide leis nos 13.606/2018 e 8.212/91.

Para plantar, diversas etapas devem ser realizadas, como arar o solo, adequar suas propriedades físico-químicas à cultura, adubar, semear, irrigar, etc. Tudo isso gera gastos, os quais, porém, não correspondem imediatamente a despesas.

No regime de competência, as receitas não são reconhecidas como tais no período em que foram recebidas, mas sim naquele em que a pessoa passou a ter juridicamente direito à sua percepção. Uma venda com a efetiva tradição do bem em janeiro, cujo pagamento foi recebido em fevereiro, corresponderá a uma receita do primeiro e não do segundo mês.

No caso de despesas, o regime de competência desdobra-se no critério do confronto com a receita. Por outros termos, o reconhecimento das despesas deve ser realizado no período das receitas com as quais estão associadas.

Assim, por exemplo, os gastos com energia elétrica não são registrados como despesas no período em que a conta foi paga e nem necessariamente naquele em que houve o consumo. É obrigatório verificar em que a energia foi empregada. Se foi na iluminação do setor comercial, contribuiu para as vendas ocorridas no próprio período de consumo. Todavia, se foi a força-motriz de um torno mecânico empregado para fabricar uma peça, o gasto contribuirá para uma venda futura e não para as receitas atuais da indústria. Dessa forma, não poderá ser reconhecido como despesa do período em que houve o consumo da energia. Deverá, pelo contrário, integrar o valor da peça, ou seja, um ativo.

Na venda da peça fabricada, momento em que se reconhece a receita, o valor de fabricação, composto por inúmeros gastos, inclusive do consumo de energia elétrica, será revertido como custo. Esse custo tem a mesma natureza de uma despesa, pois reduz o resultado do período.

Pois bem, essa sistemática deve ser aplicada na formação de culturas. Os dispêndios com a sementeira, por exemplo, não devem ser registrados como despesas do período em que a semente foi lançada ao solo. Devem ser incorporados ao valor da cultura, que passará a ser um ativo da empresa.

Nada obstante, a venda não é o único fato que desencadeia a reversão do valor do bem produzido (ou adquirido) para fins de reduzir o lucro. A perda do valor de ativos também produz esse efeito.

O dispêndio para a aquisição de um computador para o setor comercial de uma empresa deve ser registrado como valor desse ativo. Nada obstante, esse computador não foi adquirido para ser revendido, mas sim para uso da empresa e durante um determinado período (digamos, de cinco anos). Assim, o valor gasto para a sua aquisição (ou produção) deve ser reconhecido como despesa ao longo da sua vida útil.

Há, porém, três formas distintas de se reconhecer a perda do valor de ativos, como no exemplo acima do computador. São elas: depreciação, amortização e exaustão; cujas definições estão prescritas no § 2º, art. 183, da Lei nº 6.404/76.

Segundo essa previsão legal, a depreciação corresponde “à perda do valor dos direitos que têm por objeto bens físicos sujeitos a desgaste ou perda de utilidade por uso, ação da natureza ou obsolescência”. A amortização será adotada por ocasião da “perda do valor do capital aplicado na aquisição de direitos da propriedade industrial ou comercial e quaisquer outros com existência ou exercício de duração limitada, ou cujo objeto sejam bens de utilização por prazo legal ou contratualmente limitado”. Por fim, a exaustão representa a “perda do valor, decorrente da sua exploração, de direitos cujo objeto sejam recursos minerais ou florestais, ou bens aplicados nessa exploração”.

Desse modo, os gastos para a formação de culturas permanentes – aquelas cujo ciclo supera um ano – não irão contribuir para reduzir o lucro comercial do período. Eles integrarão o valor das culturas, que passarão a corresponder a um ativo da empresa.

Por outros termos, os gastos para a formação de culturas com ciclos superiores a um ano se enquadram entre aqueles que devem ser ativados e, pelas regras do direito comercial, não podem ser reconhecidos como despesa do período em que foram dispendidos.

Mas as culturas perdem valor. Assim, é necessário indagar de que modo essa perda deve ser reconhecida como despesa. A resposta, como veremos a seguir, não aponta para uma única solução.

Como visto anteriormente, a própria Lei nº 6.404/76 já prevê a exaustão dos recursos florestais.

No entanto, o art. 318, inciso II, do Decreto nº 9.580/18 – Regulamento do Imposto de Renda –, dispõe que “Podem ser objeto de depreciação todos os bens sujeitos a desgaste por uso, causas naturais ou obsolescência normal, inclusive: (...) projetos florestais destinados à exploração de frutos”.

Essa disposição regulamentar tem embasamento legal, pois está calcada no Decreto-Lei nº 1.483/76, o qual faz distinção entre recursos florestais submetidos à depreciação e aqueles sujeitos à exaustão.

No primeiro tipo, enquadraram-se os explorados por meio da colheita de frutos; no segundo, está abarcada a exploração mediante corte. Ademais, o Decreto-Lei estabelece a metodologia de cálculo da exaustão: basicamente uma regra de três em que o número de árvores extraídas, a quantidade inicial de árvores e o valor original da floresta são os fatores para aferição da quota de exaustão.

Por esses critérios, podemos dizer que as culturas de café, algodão, uva, cacau, laranja, caju e demais tipos de frutas provindas de plantas com vida superior a um ano se submetem à depreciação, enquanto as florestas exploradas por meio da extração das árvores para a produção de madeira, carvão e celulose estão sujeitas a quotas de exaustão.

Nada obstante, se a cultura não foi desenvolvida em terras do próprio produtor, como no caso de arrendamento de imóvel rural, e o período do contrato para uso da propriedade alheia for inferior ao da exploração da cultura, o gasto na sua formação ou aquisição deve ser reconhecido como despesa ao longo do período do contrato e, neste caso, corresponde à amortização. Isso independe do tipo de recurso agrícola – seja para a colheita de frutos, seja para a extração de árvores – implicando a discriminação de modos de produção em patente violação ao princípio da neutralidade tributária (ÁVILA, 2008, p. 99).

Desse modo, os valores ativados das culturas agrícolas podem sofrer depreciação, exaustão e até mesmo amortização. Identificar a forma pertinente é tarefa relevante para o gozo do incentivo legal^[29], pois só uma delas consta expressamente da lei. Ademais, algumas culturas, como a canaveira, estão sujeitas a controvérsias.

[29] O incentivo da depreciação acelerada está previsto no art. 6º da Medida Provisória no 2.159-70, cuja origem foi o art. 7º da Medida Provisória nº 1.459, de 21 de maio de 1996. Incentivo similar era

Antes, porém, de avançarmos nesse tema, devemos verificar se, de fato, o valor das culturas agrícolas se enquadra no incentivo fiscal da depreciação acelerada.

Numa linha interpretativa, poderia ser dito que não. Uma vez que a dicção legal contempla “bens adquiridos para uso na atividade rural^[30]”, o intento do legislador seria o de possibilitar o reconhecimento imediato dos gastos relativos a máquinas, veículos e construções, mas não para a formação da própria lavoura^[31].

Nada obstante, podemos dizer que interpretação tão restritiva não é adotada sequer pela própria Secretaria da Receita Federal, apesar de este órgão não ter se manifestado diretamente a respeito do tema.

Nossa convicção está baseada num raciocínio a *contrario sensu* de algumas soluções de consulta, como a de nº 251/2008, da SRF:

Atividade Rural. Cultura canaveira. Quotas de Exaustão. Os custos de aquisição e de formação da cultura da cana-de-açúcar, excluída a terra nua, devem ser objeto de quotas de exaustão; portanto, nesse caso, não é legalmente prevista, para pessoas jurídicas que explorem a atividade rural, a sua dedução integral no próprio ano da aquisição, visto que aquela só é permitida em se tratando de depreciação propriamente dita dos bens do ativo permanente imobilizado adquiridos para uso na referida atividade^[32].

Já o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) – antigo Conselho de Contribuintes – possui jurisprudência expressa e consolidada no sentido de que as lavouras passíveis de depreciação estão legalmente contempladas pelo incentivo.

previsto anteriormente pela Lei nº 8.023/90 (art. 12, § 2º), que havia sido revogado pela Lei nº 9.249/95.

[30] Mais precisamente, o incentivo possui a seguinte redação: “Os bens do ativo permanente imobilizado, exceto a terra nua, adquiridos por pessoa jurídica que explore a atividade rural, para uso nessa atividade, poderão ser depreciados integralmente no próprio ano da aquisição”.

[31] Conforme HIGUCHI, 2011. p. 186: “O objetivo da lei foi o de dar depreciação acelerada integral no próprio ano de aquisição para os bens como máquinas agrícolas, construções, etc. porque a lei diz bens para uso nessa atividade. Ora, o canavial ou a floresta em formação não são bens para uso na atividade rural (...)”.

[32] Também pode ser citada a Solução de Divergência COSIT nº 12/03: “ATIVIDADE RURAL. FLORESTAS. O benefício consistente na dedução integral dos valores dos bens do ativo permanente imobilizado, exceto a terra nua, no próprio ano de aquisição, não inclui a amortização nem a exaustão de recursos florestais”.

Assim, os produtores de algodão e das frutas em geral – como laranja, maçã e uva – podem, com segurança, depreciar integralmente o valor dessas culturas já no primeiro ano.

Aliás, vale destacar que a depreciação acelerada, no caso da atividade rural, é sempre uma vantagem por não se submeter ao limite de 30% de compensação de prejuízos – a chamada “trava dos 30%”.

Nos demais empreendimentos sujeitos à trava, o empresário deve ter atenção para o reconhecimento antecipado de despesas. Enquanto uma despesa pode ser reconhecida integralmente no período a que se destina, a compensação de prejuízo dos períodos pretéritos é limitada. Esse problema não ocorre com as empresas agrícolas, as quais, portanto, podem lançar mão de todas as antecipações de despesa sem a necessidade de se preocupar se, ao final, o resultado será negativo.

Nas empresas em geral, o uso desavisado das opções fiscais de antecipação de despesas pode gerar o efeito oposto daquele pretendido pelo gestor. Por causa da trava dos 30%, ao revés de diferir o pagamento dos tributos sobre o lucro, pode ocorrer a antecipação. Aquilo que foi concedido como benefício, pode produzir um “malefício”, se não houver uma gestão adequada. Esse risco inexistente na atividade rural.

Apesar da uniformidade jurisprudencial administrativa quanto ao incentivo ser aplicado às lavouras sujeitas à depreciação, há relativa controvérsia no tocante a um alcance mais amplo para abarcar também as culturas sujeitas à amortização e à exaustão.

No Acórdão nº 101-96.867, de 14 de agosto de 2008, o Conselho entendeu que o incentivo deve ser aplicado independentemente da forma de reconhecimento da perda de valor da cultura, conforme ementa abaixo:

CANA-DE-AÇÚCAR - EXAUSTÃO - DEPRECIAÇÃO. Os recursos aplicados na formação da lavoura canavieira, integrados ao ativo imobilizado, não obstante sujeitos a exaustão e não a depreciação, podem ser apropriados integralmente como encargos do período correspondente à sua aquisição.

Abaixo, segue trecho representativo das razões do voto condutor:

O artigo 6º, da Medida Provisória nº 2.159-70/2001, ao permitir a apropriação imediata e integral, no próprio ano de sua aquisição, dos bens do ativo imobilizado aplicados na produção, buscou criar incentivo à atividade rural mediante antecipação da apropriação dos encargos correspondentes à sua perda de valor. A motivação da lei foi incentivar investimentos aplicados na atividade rural. Não pretendeu, a lei, distinguir entre bens do ativo imobilizado sujeitos à amortização ou à exaustão. A meu ver, não importa a denominação contábil dada à apropriação das despesas efetuadas com os investimentos incentivados, se depreciação, ou exaustão, mas sim a efetiva realização do investimento destinado à atividade que se deseja fomentar.

Na linha da referida decisão, o uso legal do termo “depreciação”, sem a menção expressa de exaustão, nem amortização, não teria por objetivo fazer qualquer distinção entre as formas de apropriação de despesas pela perda do valor de ativos.

Na direção oposta, o Acórdão nº 1201-00.420, de 24 de fevereiro de 2011, aduziu que o incentivo não é aplicável às culturas sujeitas à exaustão, conforme ementa abaixo reproduzida:

RECURSOS FLORESTAIS – Os valores registrados como ativo pela formação de florestas podem ser baixados como despesa na medida da exploração destes recursos – fato legalmente qualificado como exaustão. Tais inversões financeiras não formam ativos passíveis de sofrer depreciação e, por conseguinte, não compõem a base para determinação de incentivos fiscais promovidos por meio de depreciação acelerada incentivada.

No voto condutor do acórdão, consignou-se que o termo “depreciação” não é designação meramente contábil. Trata-se de conceito legal, logo não poderia ter sido adotado pelo legislador com significação distinta daquela por ele mesmo estabelecida. Abaixo, transcrevemos trecho representativo do voto:

Constatamos, portanto, que o conceito de depreciação não é meramente contábil. É jurídico, pois está consagrado num dos principais diplomas normativos do direito comercial e não abarca a situação descrita. Esta enquadra-se no conceito legal de exaustão.

Não é razoável que o legislador, a despeito do uso consagrado dos termos depreciação e exaustão nas searas técnicas, mas também

por inúmeros diplomas legais de cunho privado e tributário, tenha desejado alterar esses conceitos para imprimir maior amplitude a favores fiscais.

Além dessa controvérsia, também não é pacífico^[33] no CARF se a apropriação da perda do valor de determinadas culturas deve se submeter à depreciação ou à exaustão. É o caso da lavoura canavieira.

No acórdão nº 103-18.812, de 20/08/1997, entendeu-se pela exaustão, conforme ementa abaixo:

IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - FORMAÇÃO DE LAVOURA CANAVIEIRA - A aplicação de recursos na formação de lavoura canavieira, por não se extinguir com o primeiro corte, e por voltarem a produzir, permitindo um segundo ou terceiro corte, deverá ser classificada no grupo do ativo imobilizado da pessoa jurídica, para que seus custos sejam absorvidos através de quotas de exaustão.

Já o Acórdão nº 1202-000.795, de 12/06/2012, foi no sentido oposto^[34]:

ATIVIDADE RURAL. CUSTOS DA LAVOURA CANAVIEIRA. DEPRECIAÇÃO INTEGRAL INCENTIVADA. Os recursos aplicados na formação da lavoura canavieira, integrados ao ativo imobilizado, estão sujeitos à depreciação e, não, à exaustão, portanto podem ser apropriados integralmente como encargos do período correspondente a sua aquisição.

As razões do voto condutor deste último acórdão podem ser compreendidas pelo seguinte trecho:

Em resumo, temos que a depreciação ocorre quando o bem está sujeito a desgaste ou perda pelo uso na atividade da empresa, enquanto que a exaustão se dá quando, durante o processo, o próprio bem é extinto. Repetimos, a depreciação se aplica quando há desgaste de uso, enquanto que a exaustão se dá quando os

[33] Devemos notar, contudo, que pronunciamentos mais recentes da Câmara Superior de Recursos Fiscais têm defendido a sujeição ao regime da exaustão, negando o benefício. É o caso do Acórdão nº 9101004.018 de 13 de fevereiro de 2019 e do Acórdão nº 9101003.978, de 17 de fevereiro de 2019.

[34] Defendendo a submissão à depreciação, também temos no CARF acórdãos mais recentes, como o Acórdão nº 1401001.523 de 01 de fevereiro de 2016, o Acórdão nº 1401002.039 de 16 de agosto de 2017 e o Acórdão nº 1402002.821 de 24 de janeiro de 2018.

próprios bens se esgotam no tempo e, portanto, o bem desaparece. O esgotamento ou desaparecimento físico do ativo é o elemento que distingue a exaustão da depreciação.

Como bem ficou demonstrado nas sustentações orais e nos memoriais, os cortes feitos na cana-de-açúcar não extinguem a planta, portanto, o bem não se esgota, logo não se aplica a exaustão. Todavia, o bem é desgastado pelo uso ou emprego na atividade da fonte produtora, perdendo seu valor a cada corte, através da depreciação.

Em síntese, nos termos do voto, a exaustão se caracterizaria pela extinção de parte dos bens, enquanto na depreciação há o desgaste físico de cada bem individualizado. Assim, como no curso da exploração da atividade florestal para a produção de madeira, de celulose e de carvão, parte das árvores são cortadas, o valor do conjunto da floresta deve ser exaurido e não depreciado. Já, na lavoura canavieira, não há a extração de parte da cana plantada, mas sim o corte de todo o seu conjunto, sem a morte do vegetal. Preserva-se viva e ainda produtiva cada uma das plantas.

O argumento impressiona. Reforça ainda essa ideia, o fato de os ativos submetidos à exaustão serem aqueles que perdem valor em razão da própria exploração e não com o passar do tempo.

Os bens submetidos à depreciação são aqueles que tem vida útil. Perdem a utilidade econômica em razão de fatos (uso, ação da natureza ou obsolescência), que transcorrem num prazo característico. As plantações de árvores frutíferas possuem um período de produção que raramente supera uma década ou duas e devem ser substituídas após esse prazo específico para cada cultura. O caso da lavoura canavieira é similar. A sua produtividade decresce após um determinado número de cortes realizados em intervalos específicos de tempo, até um momento em que a colheita não é mais economicamente viável. A ideia de perda de valor em razão do tempo é, pois, subjacente ao conceito de depreciação. O bem em si não se exaure, é o seu valor que gradativamente se esgota no tempo.

Algo bem distinto é a perda do valor em consequência da extração, que independe do tempo. A exaustão está relacionada à quantidade retirada de um conjunto inicial de recursos minerais ou florestais e não à duração do processo. Da mesma

forma que uma mina de ouro, uma floresta, a depender do ritmo de extração, pode se exaurir completamente num mês ou apenas numa década. Todavia, se cem anos transcorrerem sem exploração, a mina e a floresta continuarão com o mesmo potencial produtivo e, portanto, seu valor permanecerá incólume.

CONCLUSÃO

A depreciação acelerada é um incentivo fiscal apto a produzir o efeito indutor de ampliação do setor e, assim, contribuir para a consecução de vários objetivos juridicamente valiosos, como desenvolvimento econômico nacional, ampliação do trabalho e emprego, equilíbrio da balança comercial etc.

Em razão da não submissão à trava dos 30%, não há sequer o risco de gerar o efeito oposto. Combinada, pois, com a inexistência desse limite para a compensação

de prejuízos, a depreciação acelerada é um valioso instrumento indutor positivo para a expansão da produção agrícola nacional.

Nada obstante, a previsão legal restrita a apenas uma das modalidades de reconhecimento da perda do valor de ativos produz uma discriminação dentro do próprio setor, discriminação esta capaz de produzir efeitos econômicos indutores positivos, mas também negativos.

Como os cultivos concorrem pelos mesmos fatores de produção – sobretudo a terra –, o estímulo para um, em detrimento de outro, desestimula este último. Esse efeito está presente inclusive entre modos de produção distintos. Produzir em terras próprias é mais vantajoso que em terras arrendadas.

A Constituição Federal estabelece como um dos seus objetivos fomentar a produção agropecuária e, também de forma expressa, os instrumentos para tal fim, como a concessão de incentivos fiscais.

Todavia, não se verifica, de forma imediata, qualquer orientação excelsa para discriminações dentro do setor. Também não é possível identificar, mesmo por meio de elevado esforço hermenêutico, qualquer fundamento juridicamente razoável, que exija do legislador adequar suas prescrições ao mutável contexto econômico-social.

Não faz sentido incentivar, ainda que provisoriamente, culturas sujeitas à perda do valor decorrente dos seus ciclos vitais e de colheita (como a lavoura canavieira), em detrimento daquelas que se exaurem pelo ritmo de exploração. De igual sorte, não há coerência no estímulo à produção em terras próprias.

Estamos, pois, seguros ao afirmar que a previsão legal restritiva foi fruto de puro casuísmo, da incapacidade de o legislador prever os seus efeitos nocivos. Desestimulou culturas e modos de produzir em desrespeito ao princípio da neutralidade tributária, além de ter introduzido elevada insegurança jurídica.

O incentivo, pois, deve ser corrigido para abarcar todas as formas de perda do valor de ativos com o fito de eliminar esses efeitos nefastos e inconstitucionais.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da igualdade tributária**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. v.1.
- BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição e o papel do Estado no domínio econômico**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, v.2, 2002.
- GRAU, Eros Roberto, A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), 3.ed., **São Paulo, Malheiros, 1999**.
- GRECCO, Marco Aurélio. **Contribuições de intervenção no domínio econômico: parâmetros para sua criação, in: Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins**. GRECCO, Marco Aurélio (Coord.), São Paulo, Dialética, 2001.
- HALAH, Lucas Issa. **Tributação da renda no agronegócio**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, v.1.
- HIGUCHI, Hiromi; HIGUSHI, Fábio Hiroshi & HIGUSHI, Celso Hiroyuki. **Imposto de Renda das Empresas: interpretação e prática**. 13ª Edição. São Paulo, IR Publicações, 2011.
- MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. **Plano agrícola e pecuário 2017/2018**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/assuntos/politica-agricola/plano-agricola-e-pecuario/plano-agricola-e-pecuario-novo>> Acesso em: 11 ago. 2019.
- MONTOYA, Marco Antonio. **et al**. Consumo de energia, emissões de CO2 e a geração de emprego e renda no agronegócio brasileiro: uma análise insumo-produto. São Paulo: Núcleo de economia regional e urbana da Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.usp.br/nereus/?txtdiscussao=consumo-de-energia-emissoes-de-co2-e-a-geracao-de-emprego-e-renda-no-agronegocio-brasileiro-uma-analise-insumo-produto>> Acesso em: 20 out. 2015.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SEBRAE. **Empresários, potenciais empresários e produtores rurais no Brasil (2009 – 2014)**. Brasília, ago. 2016. Disponível em: <[https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/d5e123f8e74dc85cc28e89852299c197/\\$File/7608.pdf](https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/d5e123f8e74dc85cc28e89852299c197/$File/7608.pdf)> Acesso em: 11 ago. 2019.
- MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Extrafiscalidade: análise semiótica**. 2009. 319 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SIMPLES NACIONAL: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS EXCLUSÕES SETORIAIS

Guilherme Adolfo Dos Santos Mendes^[1]

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a constitucionalidade da proibição de pequenas empresas optarem pelo atual regime favorecido de tributação (Simples Nacional) em função do seu ramo de atividade.

Para atingir tal desiderato, analisaremos o perfil constitucional do tratamento jurídico favorecido, o histórico das exclusões informadas por critérios setoriais e a coerência das razões que poderiam ter levado o legislador a promover as atuais exclusões nos setores automobilístico, de transporte de passageiros, de energia, e de fabricação de armamento, bebidas e cigarros.

[1] Doutor em Direito pela FD/USP. Professor do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: guilhermeadolfo@usp.br.

1 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL FAVORECIDO PARA AS PEQUENAS EMPRESAS

Só três países no mundo dispensam, em seu Diploma Súpero, regras específicas às empresas de pequeno porte. O Brasil é um deles (os outros são Portugal^[2] e Peru^[3]). Ademais, nossa Constituição é a única a determinar expressamente o favorecimento jurídico dessa classe de empresas no âmbito das obrigações tributárias.

Todavia, a vanguarda, sob o aspecto normativo-hierárquico, não foi fruto de pioneirismo legislativo, nem é garantia de liderança na implementação de mecanismos eficazes de estímulo aos modestos empreendimentos. Antes de nós, diversas outras nações já implementavam importantes medidas de fomento às suas menores unidades produtivas, com destaque para Itália, Japão e Estados Unidos^[4], e ainda hoje estamos aquém das mais modernas políticas públicas e disciplinas jurídicas de incentivo às microempresas e às empresas de pequeno porte (Mpes).

Apesar da peculiar condição de portarmos, no ápice da nossa ordem jurídica, normas específicas de favorecimento aos de menor dimensão empresarial, não ocupamos posição igualmente avançada no plano dos diplomas infraconstitucionais e, menos ainda, no patamar das realizações concretas.

Não podemos negar, contudo, o progresso nacional na questão, especialmente, em razão de termos elevado o tema ao nível das preocupações de índole

[2] São três os dispositivos da Constituição Portuguesa que versam sobre a matéria, quais sejam: art. 86, item “1”; art. 100, alínea “d”; e art. 293, item 2.

[3] Na parte final do art. 59 da Constituição Peruana está assim estabelecido: “El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

[4] A preocupação norte americana com o tratamento das pequenas empresas, por exemplo, remonta às leis antitruste editadas ainda no século XIX. Vale ainda mencionar a criação da primeira comissão parlamentar para estudar as condições das pequenas empresas, constituída pelo Senado Americano, em 1940, por iniciativa do Senador James Murray (VINYARD, 1966, p. 370) e o “Small Business Administration” (SBA) criado pelo “Small Business Act” de 1953, o qual é até os dias atuais o principal órgão público responsável pelo desenvolvimento e aplicação de políticas de incentivo aos pequenos empreendimentos.

constitucional, providência que foi capaz de impulsionar várias outras ações legiferantes igualmente louváveis, dentre as quais, o “Simples Nacional” estabelecido pela Lei Complementar n. 123/06.

Nossa investigação, por isso, principia pelo exame do texto constitucional. Nele, localizamos cinco conjuntos de dispositivos que regem o tratamento jurídico favorecido das Mpes; uns originários da CF, outros posteriormente introduzidos no Texto Excelso por emendas constitucionais.

No seu texto original, a CF já continha o inciso IX do art. 170, o art. 179 e o art. 47 do ADCT. O primeiro dispositivo, cuja redação foi alterada pela EC n. 6/95, estabelece como princípio da ordem econômica “o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. Esse princípio é balizador de todos os demais dispositivos constitucionais e, evidentemente, do conjunto completo das prescrições jurídicas. O preceito do “tratamento favorecido” governa inteiramente o percurso de positivação do direito que trata as questões atinentes às pequenas empresas.

O art. 179, por seu turno, prevê regra programática, dirigida a todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a lhes impor o dever de dispensar às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado (diferenciação que não pode ser uma qualquer, mas sim aquela destinada a favorecer os pequenos em face do preceito norteador estampado no já referido art. 170, inciso IX) por meio de três formas: supressão, redução e simplificação de obrigações. Ademais, expressamente, prescreve que a diferença favorável de tratamento deve ser estabelecida também na seara tributária.

Dos três dispositivos originários da CF, o art. 47 do ADCT é o menos citado nos trabalhos acadêmicos. Isso se deve ao seu caráter casuístico, pois estabelece uma regra de exclusão de correção monetária, mas apenas para determinados empréstimos outrora concedidos às Mpes.

Em 2003, a EC n. 42 introduziu novos dispositivos atinentes ao tema do tratamento favorecido destinados a regular matéria tributária. Ao modificar o art. 146 da CF, a referida EC atribuiu à lei complementar dois conjuntos de competências: um, previsto na alínea “d” do inciso III, para definir o tratamento favorecido; outro,

estabelecido no parágrafo único e seus incisos, para instituir um regime único de arrecadação de impostos e contribuições federais, estaduais e municipais. Inseriu ainda, no ADCT, o art. 94, que determina a revogação dos tratamentos jurídicos especiais estabelecidos por cada um dos Entes políticos tão logo entre em vigor o regime único.

Por fim, a Emenda Constitucional n. 47/05, ao alterar a redação do § 9º do art. 195 da CF, autorizou o legislador a diferenciar, em função do porte da empresa, as alíquotas e bases de cálculo das contribuições à Seguridade Social exigidas do empregador. Apesar de não haver expresse estabelecimento do sentido da diferenciação, em face do preceito norteador de tratamento favorecido às pequenas empresas estampado no art. 170, inciso IX, é notório que não podem ser as grandes empresas e os conglomerados econômicos os destinatários de benesses tributárias estabelecidas segundo o critério do porte empresarial.

O tratamento jurídico favorecido para as pequenas empresas, como previsto na Constituição Federal, está em perfeita harmonia com o seu primado maior de isonomia na sua feição substancial: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades. Na verdade, pode ser considerado uma medida concretizadora efetiva do axioma da igualdade. Afinal, são muitas e diversificadas as desvantagens das Mpes em relação às empresas de maior porte, tais como (i) dificuldade e os altos custos para obtenção de financiamento, (ii) custos administrativos proporcionalmente maiores para o cumprimento das diversas obrigações legais, inclusive tributárias, e (iii) dificuldades para obter informações sobre novas tecnologias (OECD, 1994, p. 3), a exigirem que o direito contrabalance tamanho desnível.

Em artigo no Jornal Folha de S.Paulo, Roque Pellizzaro Júnior, Presidente da Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas, ao criticar o avanço aniquilador das grandes redes de varejo sobre os pequenos comerciantes, com aval inclusive das políticas governamentais na área tributária, informa que as administradoras de cartões de crédito chegam a cobrar de 30% a 40% a mais das Mpes que dos grandes conglomerados (2011).

Até o crescimento das vendas, surpreendentemente, é um fator apontado pelos autores como passível de levar os pequenos empreendimentos ao infortúnio. RESNIK aponta os diversos riscos que uma expansão muito rápida pode gerar, como a perda de controle sobre os custos, as margens e o fluxo de caixa (1990, p. 198-223).

O tratamento favorecido, contudo, não se limita a buscar a igualdade entre as diversas empresas quanto ao seu porte, muito menos corresponde apenas a cuidar de desvalidos econômicos. O regime jurídico especial para as pequenas unidades produtivas é instrumento para a consecução de diversos e relevantes intentos constitucionais. De um lado, tem por escopo preservar as bases capitalistas de produção constantemente corroídas pelas distorções do modelo liberal, sendo uma delas a concentração econômica que afasta o mercado real do modelo ideal da concorrência perfeita de máxima eficiência; de outro, visa atender os mais variados direitos da ordem social por meio da ampliação das oportunidades de trabalho.

2 HISTÓRICO DAS EXCLUSÕES SETORIAIS

A nossa Constituição não só é uma das únicas três, em todo o mundo, a contemplar o tratamento favorecido para as pequenas empresas, tratamento este informado por escopos da mais elevada envergadura. É, de longe, a mais prolífera. Nada obstante, em nenhum dos seus diversos dispositivos, há sequer uma só referência à exclusão de pequenas empresas em razão do seu tipo de atividade.

Todavia, as leis inferiores, ao concretizarem o tratamento constitucionalmente determinado, sempre estabeleceram discriminações a pequenos empreendimentos em razão do seu setor econômico de atuação. Na verdade, até antes da atual Constituição, em 1984, quando o tratamento favorecido surgiu no patamar infraconstitucional por meio da edição do então chamado Estatuto das Microempresas (Lei 7.256/84), foram prescritas atividades cujos pequenos agentes econômicos eram excluídos dos incentivos legais. Eram exemplos: prestadores de serviço de armazenagem e depósito de produtos de terceiros, e os prestadores de serviço de propaganda e publicidade (art. 3º, inciso V).

As leis editadas já sob a égide na nossa atual Constituição não alteraram esse panorama excludente; pelo contrário, o intensificaram. O primeiro diploma normativo de abrangência nacional foi a Lei n. 8.864/94, a qual, apesar de ter tido o escopo de estabelecer “normas para as microempresas (ME), e Empresas de Pequeno Porte (EPP), relativas ao tratamento diferenciado e simplificado, nos campos administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista; crédito e de desenvolvimento empresarial”, de tão acanhada, nem sequer foi tratada pelo próprio legislador como um estatuto. No campo tributário, não estabeleceu nenhuma medida concreta. Desse modo, continuaram em vigor as isenções para as microempresas previstas no Estatuto de 1984, enquanto as empresas não tão mirradas, mas ainda assim pequenas, continuaram sem qualquer medida tributária favorável, a despeito das disposições constitucionais de 1988.

Nada obstante, o artigo 3º da referida lei também contemplava exclusões setoriais. Esse artigo, contudo, nem sequer chegou a entrar em vigor em face do veto presidencial, cujas razões foram assim expostas:

A título de elencar as pessoas jurídicas excluídas do regime especial que se pretende inaugurar, o artigo, na verdade, constitui um retrocesso em face da legislação anterior, notadamente o art. 3º da Lei n. 7.256 de 1984 e art. 51 da Lei 7.713, de 1988, os quais definiram com precisão quais as empresas, em função da sua natureza jurídica e do ramo de atividade, que poderiam usufruir das vantagens do enquadramento como microempresa. A permanecer a redação proposta no art. 3º do projeto de lei, poderão abrigar-se sob o espectro de “microempresa” um leque de pessoas jurídicas cujas características não admitem dito tratamento e que passarão a competir, em condições desiguais, com aquelas que realmente necessitam do incentivo do Estado para se desenvolverem.

É relevante destacar que a redação do dispositivo reduzia o número de microempresas excluídas do tratamento favorecido, o que foi considerado, nas razões do veto, um “retrocesso”, sob o vago argumento de que, devido a suas características competiriam em condições de desigualdade com as já anteriormente beneficiadas.

Ora, é interessante notar que nenhuma dessas características foi apontada e também não se especificou como microempresas de um setor poderiam ser

capazes de competir de forma abusiva com as de outro setor. Não nos parece, pois, que essa tenha sido, de fato, a real razão do veto.

No campo das obrigações tributárias federais, o primeiro diploma com o escopo de promover o tratamento favorecido também para as pequenas, e não só para as microempresas, foi a Medida Provisória n. 1.526, de 05 de novembro de 1996, convertida, sem demora, na Lei n. 9.317, de 05 de dezembro de 1996. Essa lei teve por finalidades principais dispor, em âmbito federal, “sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte e instituir o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES”. O referido sistema correspondia a um regime opcional e estruturado para unificar o recolhimento de até 6 (seis) tributos federais (Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, Programa de Integração Social - PIS, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, e Contribuição Previdenciária Patronal - CPP) por meio da aplicação de percentuais sobre a receita bruta mensal, percentuais estes compostos por parcelas relativas a cada um dos tributos integrados. Foi estabelecida também a hipótese de incorporação do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS) e do Imposto sobre Serviços (ISS) por meio de convênio, respectivamente, com Estados e Municípios, os quais tinham direito ao repasse dos seus recursos, vedada qualquer possibilidade de retenção. Desse modo, por meio de um único pagamento apurado à luz de regras previstas numa só codificação, as micro e pequenas empresas optantes podiam extinguir as obrigações de até oito tributos, sem prejudicar a aplicação de previsões específicas atinentes a cada uma dessas exações, como as de caráter financeiro.

O Simples Federal foi, sob muitos aspectos, um avanço em relação à sistemática anterior do Estatuto de 1984. Além de outras tantas medidas que poderiam ser citadas, vale destacar ter inaugurado a adoção de incentivos fiscais federais endereçados às pequenas empresas, os quais passaram a ser graduais. Ao contrário do sistema anterior, que demarcava apenas um único patamar de desonerações e, por conseguinte, estabelecia também um degrau elevado de encargos entre as empresas que se situavam próximas da fronteira entre a zona favorecida e a região

das múltiplas e complexas obrigações, o Simples Federal foi estruturado com 22 (vinte e dois) patamares de reduções tributárias inversamente proporcionais ao porte da empresa.

Todavia, na transição do Estatuto de 1984 para o Regime Integrado de 1996, houve substancial incremento do rol de atividades excluídas do tratamento tributário favorecido. Dentre outros exemplos, passaram a não gozar de incentivos tributários federais as micro e pequenas empresas atuantes nas atividades de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra; na área financeira, a lista de exclusões deixou de abarcar exclusivamente as empresas que realizavam operações de câmbio, seguro e distribuição de títulos e valores mobiliários, para se estender a praticamente toda sorte de empresas do setor.

Posteriormente, ampliaram-se ainda mais as atividades econômicas cujas empresas não mais poderiam se favorecer do tratamento diferenciado dispensado às Mpes. A Medida Provisória no 2.189-49/01 passou a excluir os fabricantes de bebidas e os de produtos de tabaco, setores que serão analisados nos tópicos seguintes.

3 AS ATUAIS EXCLUSÕES SETORIAIS

O estatuto das micro e pequenas empresas hoje em vigor foi veiculado pela Lei Complementar nº 123/06. Esse diploma, ao estabelecer um regime unificado de favorecimento tributário, denominado “Simples Nacional”, para abarcar, sob as mesmas regras supostamente mais benéficas aos seus destinatários, tributos federais, estaduais e municipais, substituiu, não só o Simples Federal, mas todos os sistemas implantados por cada um dos entes que formam a organização política brasileira.

A instituição do “Simples Nacional” é apontada por alguns como a alteração legislativa de cunho tributário mais importante desde a promulgação da atual Constituição^[5].

[5] Marins & Bertoldi, ao analisarem o “Simples Nacional”, afirmaram: “Somos da opinião de que este regime fiscal especial representa, seguramente, a mais importante iniciativa de ‘reforma tributária’ ocorrida no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988, influenciando diretamente as esferas federativas” (2007, p. 5).

De fato, a sua edição, bem como a da Emenda Constitucional nº 42/03, que a precedeu e lhe deu esteio, representaram mudanças significativas e paradigmáticas no arcabouço jurídico-tributário nacional. Todavia, não estão imunes a críticas. Pelo contrário. Sob muitos aspectos, esse conjunto normativo pode ser considerado um retrocesso em matéria de favorecimento tributário das menores unidades produtivas por, dentre outras razões, ter ampliado a relação de atividades cujas Mpes deixaram de ser destinatárias das medidas tributárias incentivadoras.

Como exemplo, na sistemática anterior do Simples Federal com as modificações introduzidas a partir da Medida Provisória nº 1.991-15, de 10 de março de 2000, todas as pequenas empresas importadoras podiam gozar do regime favorecido. No Simples Nacional, contudo, foram excluídos os importadores de automóveis, motocicletas e combustíveis (art. 17, VIII e IX, da Lei Complementar nº 123/06). De igual sorte, os pequenos fabricantes de armamento e explosivos gozavam dos incentivos do Simples Federal, mas passaram a não usufruir de qualquer mitigação das suas obrigações tributárias com a implantação do Simples Nacional.

A exclusão em razão da atividade desenvolvida, contudo, não se justifica. Ao revés de ampliar os setores econômicos, cujas Mpes devem se sujeitar às mesmas obrigações tributárias a que estão submetidas as empresas de maior porte, o legislador complementar deveria nortear suas medidas para eliminar toda e qualquer exclusão do Simples Nacional orientada por critérios setoriais.

A doutrina, acertadamente, há muito tempo, tem criticado diversas dessas exclusões, mas, em relação a algumas, como as do setor de cigarro, fumo e bebida, manifesta-se concordante, posição com a qual, pelos fundamentos que apresentaremos a seguir, não nos alinhamos.

A Lei Complementar nº 123/06, com a redação atualmente em vigor, adota dois mecanismos para promover exclusões setoriais. No primeiro, recusa-se expressamente a qualificar a empresa como Meps e, assim, impede o gozo de todas as medidas favoráveis previstas na lei; no segundo, menos abrangente, um pouco menos dramático e que congrega o maior número de atividades, mantém a qualificação e os poucos benefícios não tributários previstos no estatuto, mas

impede a opção pelo regime favorecido de tributação, onde estão os maiores incentivos para as pequenas empresas.

As instituições financeiras – cuja exclusão, por razões de tamanho do presente artigo, não será aqui analisada de forma mais pormenorizada – se enquadram no primeiro caso, conforme art. 3º, § 4, inciso VIII, da LC nº 123/06; as demais, no segundo. As atividades, que impedem as empresas de usufruírem do Simples Nacional, estão elencadas em vários incisos do art. 17; são elas: (i) importação e fabricação de automóveis e motocicletas; (ii) geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica; (iii) importação de combustíveis; (iv) transporte intermunicipal e interestadual de passageiros; (v) produção e venda no atacado de fumo, bebida, armas e munições; e (vi) *factoring*.

Estamos seguros, contudo, de que nenhuma dessas exclusões possui fundamento jurídico sustentável. As razões encontradas nos trabalhos acadêmicos inspecionados para justificar muitas delas não convencem. Nenhum autor nacional foi capaz de identificar as reais motivações para a positivação dessas exclusões, motivações estas, ilegítimas do ponto de vista político, e inconstitucionais sob o aspecto jurídico. Como demonstraremos a seguir, ao analisar os setores automobilístico, de transporte de passageiros, de energia, de fabricação de armamento, bebidas e produtos de tabaco, as exclusões buscam apenas reservar, para o grande capital, setores econômicos lucrativos ou elos-chave de importantes cadeias produtivas.

4 SETOR AUTOMOBILÍSTICO

Principiamos nossa análise pelo setor automobilístico. A única explicação plausível para os fabricantes e importadores de automóveis e motocicletas serem excluídos do Simples Nacional é o interesse das grandes corporações. A atual disciplina jurídica elimina qualquer risco de um pequeno empreendedor nacional, incentivado pelo tratamento tributário diferenciado, venha adquirir tamanho e musculatura suficientes para competir no mercado nacional e até no internacional com os grandes grupos estabelecidos, e de que pequenas fábricas, mas em número elevado, sejam capazes de subtrair parcela significativa desse negócio.

Os grandes conglomerados se estruturam para liberar aos pequenos empreendimentos os demais pontos da cadeia – da fabricação de peças à venda a varejo dos veículos –, mas atuam firme e vigorosamente para dominar o elo essencial de todo o processo (a montagem), por meio do qual podem, via mercado, numa relação econômica desigual, absorver a maior parte do lucro formado nas diversas etapas ocupadas pelos pequenos empreendimentos^[6]. Nesse ardil para manter sob o seu domínio o elo-vital de toda a cadeia, não se satisfazem com as imensas barreiras naturais de entrada para os empreendedores de poucos recursos e atuam para as ampliar por meio da lei. Não há dúvida sobre a potencial dificuldade para as pequenas iniciativas desenvolverem projetos economicamente viáveis de produção automobilística, mas a manutenção das complexas obrigações jurídicas torna o árduo, impossível; transforma grandes obstáculos em barreiras intransponíveis. Com isso, assegura-se juridicamente a posição hegemônica das grandes corporações e, nessa estratégia, ainda mais importante é a manutenção de elevados obstáculos à importação. Por isso, os importadores de automóveis e motocicletas (diferentemente das pequenas empresas que promovem a importação de quase todos os demais produtos) também foram excluídos da mitigação dos encargos jurídicos tributários.

Aliás, não é recente a enorme influência das grandes montadoras sobre a formulação legislativa em desfavor dos agentes econômicos de menor envergadura. Como exemplo, a Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979, que “dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre”, estabelece regras claramente mais favoráveis às montadoras em detrimento das concessionárias. De um lado, são várias as obrigações impostas aos revendedores, como a exclusividade no comércio de veículos novos (só podem negociar os usados das outras marcas e, ainda assim, essa “concessão” se coaduna com o propósito de potencializar a venda dos automóveis zero quilômetro) e a manutenção de estoque mínimo de veículos e componentes; por outro lado,

[6] No mesmo sentido, é oportuna a observação do Professor de Sociologia da UFRJ Carlos Montaño: “A PeME satélite vende barato sua mercadoria, que serve de insumo à grande empresa, para esta elaborar, ou apenas comercializar, seu produto, vendendo-o à população a preços muito mais elevados” (1999, p. 43).

permite aos concedentes (montadoras) realizar vendas diretas (art. 15) a grandes compradores, como a Administração Pública e as locadoras de veículos.

Alguns pesquisadores buscam legitimar esse tipo de exceção setorial pelo suposto fato de dizerem respeito a atividades próprias de grandes grupos empresariais^[7]. Ora, se esse tipo de argumento fosse válido para impedir o favorecimento das pequenas empresas, com maiores razões, deveriam ter sido excluídas também refinarias de petróleo e usinas siderúrgicas. No caso específico da fabricação de veículos automotores, nem sequer precisamos ir tão longe para demonstrar a extravagância da explicação; afinal, se o motivo fosse legítimo, seria ainda mais justificável excluir os fabricantes e importadores de caminhões, tratores, trens, aeronaves e embarcações.

Todavia, esses setores não foram excluídos provavelmente porque os grupos econômicos neles atuantes julgam que seu nicho de negócios já naturalmente impede o ingresso de pequenas empresas por maiores que possam ser os incentivos governamentais – como a área de atuação da EMBRAER em razão do perfil dos seus produtos, cujo valor unitário supera várias vezes o limite máximo de enquadramento calcado na receita bruta anual – e, portanto, não precisariam envidar esforços para levantar também obstáculos jurídicos à entrada de pequenos empreendimentos, ou em razão de não haver (ainda) um *lobby* de grandes empresas apto a obter o privilégio legal.

Vários argumentos refutam a falaciosa posição de haver atividades próprias aos altos investimentos e economicamente incompatíveis com a atuação das empresas menores, assim como não há qualquer valor constitucional que legitime o não favorecimento aos pequenos como meio de garantir a participação exclusiva do grande capital em qualquer dos setores econômicos nacionais.

[7] É o caso de KARKACHE: “Em linhas gerais, os casos de vedação costumam prevenir que recebam tratamento favorecido e diferenciado: (...) atividades econômicas próprias às grandes corporações, por necessidades econômicas ou jurídicas, como as instituições financeiras, fábricas de automóveis, entidades da Administração Pública, serviços de comunicação, grandes transportadoras (interestaduais e intermunicipais), energia elétrica, importação de combustíveis dentre outras” (2009, p. 242; nosso negrito).

Se determinadas atividades já fossem, *per se*, capazes de repelir pequenas iniciativas, a exclusão legal seria despicienda. Não faz sentido deôntico impedir a opção pelo regime favorecido sob essa justificativa, porque, se as próprias características do negócio fossem, de fato, impeditivas para a atuação de pequenos, a vedação legal seria absolutamente desnecessária. Afinal, dos três tipos modais descritivos das condutas humanas – possíveis, impossíveis e necessárias –, o direito só alcança as primeiras. É totalmente destituído de função jurídico-pragmática proibir, obrigar ou permitir alguém de respirar (conduta necessária) ou de voar desprovido de qualquer aparato tecnológico (conduta impossível). Ao proibir uma conduta sob a falaciosa justificativa de ser impossível, o legislador busca, na verdade, juridicamente impedir algo que, apesar de difícil, seria possível.

Além disso, com os avanços tecnológicos cada vez mais acelerados, o legislador não tem aptidões para antever as atividades que poderão ser exercidas, no futuro, também por empresas de pequeno porte. Na verdade, sempre haverá perspectivas, por mais complexas e custosas que determinadas atividades aparentam ser, que pequenas empresas, dotadas de capacidades inventivas, venham a desenvolver métodos mais eficientes e produtos mais baratos ou que possam preencher nichos específicos de mercado; logo, o legislador não pode tolher de antemão essas iniciativas, sob pena de violar diversos ditames constitucionais, a começar pelo Desenvolvimento Nacional^[8]. Para ficarmos num único exemplo de como uma política desse tipo poderia ser nefasta; na indústria da extração de petróleo, pretensamente passível de ser considerada modelo de atividade típica dos grandes investimentos – afinal, as indústrias petrolíferas sempre encabeçaram as relações das maiores empresas mundiais^[9] –, há intensa participação de pequenos empreendimentos nos Estados Unidos, onde são responsáveis por mais de 50% dos empregos do setor, conforme reportagem da Revista Exame (MUNIZ, 2005). No mesmo artigo desse periódico, é relatada a iniciativa brasileira da Agência

[8] Art. 3º, inciso II, da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) garantir o desenvolvimento nacional”.

[9] No rol das dez primeiras por valor de faturamento elaborado pela Revista Fortune em 2012, conforme reportagem de Daniela Barbosa (2013), são quatro: Shell, ExxonMobil, BP, e a CNPC, respectivamente, nas primeira, segunda, quarta e sexta posições.

Nacional do Petróleo (ANP) de fomentar a participação de pequenas empresas na extração, em terra, nas áreas denominadas “acumulações marginais inativas”.

De mais a mais, se todas essas considerações não bastassem para refutar de vez o argumento de haver setores economicamente viáveis apenas para os macro-empresendimentos, a evidência empírica não deixa dúvidas sobre a erronia. No campo automobilístico, são vários os exemplos de grandes montadoras que tiveram por origem justamente pequenos negócios. Dentre muitos outros, é o caso da Hyundai^[10], da Chrysler^[11] e da Honda; esta última impulsionada pela política japonesa do pós-guerra de fomentar a criação e o desenvolvimento de empresas de menor porte. A referida montadora foi fundada em 1947 como uma pequena fabricante de bicicletas motorizadas e, mesmo numa época em que a montadora nipônica Toyota já era uma grande corporação, pode crescer a passos largos e céleres na economia japonesa e global. Em poucos anos, se tornou a maior fabricante de motocicletas do mundo para logo depois também se posicionar entre as grandes na produção de automóveis.

Esses exemplos deixam claro que, do ponto de vista exclusivamente econômico, a entrada no referido setor não é impossível para pequenas empresas e que estas podem alcançar os estágios mais avançados de porte e produção. No nosso País, porém, a legislação, sobretudo a tributária, estabelece barreiras praticamente intransponíveis para a criação e o desenvolvimento de montadoras nacionais a partir de pequenas iniciativas. Julgamos não ser por acaso, pois, que o Brasil, dentre todas as 10 (dez) maiores economias mundiais, é o único que não possui sequer uma só montadora nacional. Para ficarmos com apenas um exemplo por país: nos Estados Unidos, podemos citar a Ford; na China, a Chery; no Japão, a Toyota; na Alemanha, a Volkswagen; na França, a Renault; no Reino Unido, a Land Rover; na Itália, a Fiat; na Rússia, a Lada; por fim, na Índia, a Tata.

[10] São dignas de nota as palavras de SOLOMON, pág. 368: “Hyundai, por exemplo, foi fundada pelo proprietário de uma oficina de automóveis que consertava caminhões do exército norte-americano e, em seguida, se expandiu durante a Guerra da Coreia” (1986, p. 368)

[11] Conforme reportagem do “Estado de São Paulo” de 14/03/1929 (RECORDE. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 14 mar. 1929), a Chrysler surgiu como uma pequena empresa em 1925 e já em 1929 era a terceira maior fabricante de automóveis do mundo.

É natural que grandes grupos predominem nos setores em que há elevadas economias de escala e naqueles cujos produtos são de alto valor, mas mesmo nestas atividades econômicas o ingresso de pequenos empreendimentos não pode ser totalmente descartado.

Por óbvio, uma empresa inicialmente pequena não seria capaz de competir com a EMBRAER, nem com os estaleiros construtores de navios de carga. Na verdade, tampouco um empreendimento de porte médio teria condições para tal. Todavia, não é impossível a uma empresa ainda mirrada construir pequenos barcos e aeroplanos e, à medida que fosse crescendo, passasse a produzir bens de porte e valor mais elevados até atingir o patamar dos maiores navios e aeronaves.

Do mesmo modo, nos setores em que há reduções significativas de custo mediante ganhos de escala, como a produção de automóveis, o ambiente é mais propício à atuação dos grandes empreendimentos, mas nada impede que pequenas empresas, através da diferenciação de produtos e do atendimento a consumidores com exigências específicas, sejam capazes de prosperar e, posteriormente, se desenvolver para atingir níveis mais amplos de produção.

Nesse sentido, pequenas empresas podem adotar iniciativas capazes de romper barreiras tecnológicas, impulsionar com mais intensidade o desenvolvimento econômico e de desafiar paradigmas consolidados por grandes conglomerados empresariais, como a produção, a baixo de custo, de aeroplanos pessoais e até de veículos terrestres capazes de se converter em aeronaves, como nos reportou Danny Hakim, no *The New York Times*: “Algumas pequenas empresas já estão desenvolvendo carros voadores, como a Pal-V da Holanda, que tem por objetivo lançar no mercado até 2016, por U\$ 300.000,00, um carro pequeno capaz de se transformar num helicóptero”^[12].

Até nos campos da siderurgia, da química e da exploração de petróleo, é possível os pequenos se sustentarem. Siderúrgicas de porte acanhado podem se especializar na elaboração de ligas exclusivas, diminutos laboratórios têm a possibilidade

[12] Tradução livre de “Some small companies are already developing flying cars, like Pal-V of the Netherlands, which aims to bring a small car that can turn into a helicopter onto the market by 2016, priced at around \$300,000” (2014).

de formular produtos químicos especiais e petrolíferas de porte pequeno são capazes de explorar acumulações marginais em terra. Por conseguinte, não há nenhum setor econômico a ser previamente considerado exclusivo de grandes empresas. Sempre existirá a possibilidade de ingresso de empreendimentos menores liderados por um empresário engenhoso.

A proibição legal não é explicada por uma simples ignorância do legislador acerca da viabilidade de pequenos empreendimentos florescerem em qualquer ramo da atividade econômica. Tudo nos leva a crer que o impedimento normativo advém da pressão política de grandes grupos econômicos, alguns dos quais oriundos de pequenas empresas e, portanto, conhecedores dessa possibilidade. Por isso, defendem acirradamente, com o ilegítimo aval do legislador nacional, sua posição hegemônica.

5 SETOR DE TRANSPORTE

A exclusão dos fabricantes e importadores de automóveis e motocicletas não é exemplo isolado de uso escuso da lei para defesa ilegítima e inconstitucional dos interesses de grandes corporações em detrimento dos pequenos empreendimentos e nem é o mais evidente.

Na redação original da Lei Complementar no 123/06, as Mpes que se dedicassem ao serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros não podiam se beneficiar dos incentivos tributários do Simples Nacional (art. 17, VI). Houve uma evolução desde então. A Lei Complementar no 147, de 8 de agosto de 2014, passou a permitir o ingresso no sistema tributário favorecido daquelas que prestassem esses serviços “na modalidade fluvial ou quando possuir características de transporte urbano ou metropolitano ou realizar-se sob fretamento contínuo em área metropolitana para o transporte de estudantes ou trabalhadores”. Continuam, contudo, excluídas as demais modalidades de transporte.

Mas, afinal, que razão legítima poderia fundamentar o impedimento de pequenas empresas, atuantes no transporte interestadual e intermunicipal de passageiros, optarem pelo regime unificado de tributação?

Mais uma vez, há autores que, equivocadamente, consideram impossível a atuação dos empreendimentos de menor porte nesse ramo de negócios. É o caso de FRACAROLLI, que entende ser necessário grande capital para o exercício dessa atividade. Nas suas palavras, “o próprio ramo de transportes e das comunicações é incompatível com a natureza da pequena empresa, por exigir um grande capital, conhecimento técnico e tecnológico aprimorado e muitos empregados” (1976, p.123).

No entanto, novamente, a evidência empírica infirma essa posição. A Viação 1001, por exemplo, com uma frota atual de mais de 1.200 (mil e duzentos) veículos, foi fundada na década de 1940 com um único ônibus e por um jovem de apenas 18 (dezoito) anos de idade (Jelson da Costa Antunes)^[13].

Ademais, como justificar esse impedimento apenas para o transporte de passageiros, mas não para o de carga? A distinção de tratamento nos leva a crer que a ingerência política do grupo de empresas pertencentes ao primeiro setor foi mais eficaz que a do segundo.

6 SETOR DE ENERGIA

Não menos estapafúrdias e fruto da influência dos grandes grupos econômicos que dominam alguns dos setores nacionais, são as exclusões das atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, e de importação de combustíveis.

No caso das pequenas geradoras de energia, não só inexistem razões aptas a justificar o impedimento para usufruírem do sistema favorecido tributário, como há diversos argumentos específicos a favor.

As denominadas “pequenas centrais hidrelétricas” (PCH), por exemplo, causam comparativamente menos impactos ambientais. Logo, o incentivo jurídico à implantação desses empreendimentos traz significativa colaboração para concretizar o preceito constitucional da “defesa do meio ambiente, inclusive

[13] Informações obtidas no próprio sítio da empresa: <http://www.autoviacao1001.com.br>. Acesso: 11 jan. 2013.

mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”, previsto no art. 170, inciso VI, da CF.

As PCH possuem ainda outras vantagens. Sua construção é mais rápida (a média é de dois anos para uma PCH e de cinco para uma grande hidrelétrica) e, portanto, são uma opção de resposta mais célere para crises energéticas, bem como colaboram de forma eficiente com o sistema interligado no atendimento às demandas de pequenos centros urbanos e áreas rurais (ANEEL, 2012). Ademais, a dispersão da geração traz segurança ao sistema ao reduzir sua dependência das grandes unidades, além de reduzir os gastos e os riscos da transmissão de longa distância. Por operarem, em sua maioria, pelo modelo “a fio d’água”, as PCH não acarretam deslocamentos populacionais significativos, sejam urbanos, rurais ou de povos indígenas; e, pela mesma razão, causam menores danos ao patrimônio cultural e a sítios arqueológicos e paleontológicos. Com efeito, até mesmo nas PCH com reservatórios, em razão da sua pequena dimensão^[14], os danos são comparativamente menores que os causados pelas grandes hidrelétricas. Além disso, esses pequenos reservatórios criam, nos municípios, áreas de lazer para a população local e novos pontos de atração turística capazes de impulsionar o desenvolvimento do seu entorno.

Com tantas vantagens, esses empreendimentos de pequeno porte, no setor de geração de energia elétrica, foram incentivados por políticas governamentais específicas, como a isenção da compensação financeira pela utilização de recursos hídricos (Lei n. 7.990/89, art. 4º, inciso I; e Lei n. 9.427/96, art. 26, § 4º), mas “inexplicavelmente” foram banidas do Simples Nacional. Essa mesma desarrazoada obliteração legal deixa de incentivar o surgimento de iniciativas, que, apesar de pequenas quanto ao porte, poderiam desenvolver novas tecnologias relativas a diversificadas fontes de energia elétrica – como a solar, a eólica e a biomassa – com potencial para produzir impactos ainda mais positivos que os identificados nas PCH.

[14] Conforme BOURGES, a área alagada deve se limitar a 3 km² quando exclusiva para geração de energia, ou 13 km² no caso de múltiplos usos (2009, p. 19).

7 SETORES DE FABRICAÇÃO DE ARMAS, BEBIDAS E TABACO

Com relação aos setores de produção e comércio de armas, bebidas e tabaco, a exclusão, numa abordagem apressada e superficial, parece possuir algum sentido. Há um manto de legitimidade jurídica. SOTTO, por exemplo, ao analisar a redação original do inciso X^[15](art. 17 da Lei Complementar no 123/06), que excluía, não só os fabricantes e atacadistas desses produtos, mas também de todos aqueles tributados pelo IPI com alíquota específica ou superior a 20%, defendia a inconstitucionalidade da medida relativamente aos fabricantes de bens supérfluos. Nas suas palavras:

[...] há que se ponderar que a produção ou comercialização de produtos supérfluos não é dado suficiente para descaracterizar a hipossuficiência econômica da sociedade empresária de modo a justificar o afastamento do tratamento tributário diferenciado.

Pondere-se que os objetivos almejados pelos artigos 170, IX e 179 da Constituição da República não são unicamente econômicos, mas possuem uma forte carga social, proteger a livre iniciativa como meio de promover a criação de novos postos de trabalho e diminuir as desigualdades sociais. Assim, sob esse prisma, há que se reconhecer que tanto as empresas produtoras e comerciantes de produtos essenciais quanto as de produtos supérfluos são, do mesmo modo, pólos geradores de emprego e de renda.

Assim, no que tange à harmonização dos princípios da essencialidade e do tratamento diferenciado e favorecido ao empresário de pequeno porte, medida mais razoável e proporcional seria a introdução, no SIMPLES NACIONAL, de patamares diferenciados de alíquotas de IPI para os produtos industrializados como supérfluos (2007, p.96-97).

No entanto, assume posição diametralmente oposta quanto a bebidas, fumo e armamentos:

O § 4º do ART. 220 da Constituição Federal impôs severas restrições à propaganda comercial de bebidas e cigarros, em defesa do direito

[15] Segue a referida redação: “que exerça atividade de produção ou venda no atacado de bebidas alcoólicas, cigarros, armas, bem como de outros produtos tributados pelo IPI com alíquota ad valorem superior a 20% (vinte por cento) ou com alíquota específica”.

à saúde. Assim, o fomento à produção de bebidas e cigarros, ainda que por micro e pequenas empresas, é incompatível com disposição expressa da Carta Magna, devendo, no caso, prevalecer a proteção à saúde, direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem, entre outras medidas, a redução do risco de doença e de outros agravos, de acordo com o artigo 197 da Constituição da República.

As armas, do mesmo modo, têm tido sua produção e comercialização progressivamente restringida pela União Federal, não só como medida de segurança como também de saúde públicas. Seria, assim, um contra-senso impor medidas restritivas ao comércio de armas, por um lado, e, por outro, conferir tratamento tributário favorecido aos fabricantes e comerciantes de armamentos, ao arrepio do interesse público (2007, p. 97).

Essa exclusão, apesar de possuir um discurso justificador mais persuasivo, como o visto acima, de proteger a saúde, tem o mesmo objetivo das anteriormente analisadas: a reserva estratégica para grandes corporações. No caso específico, são assegurados mercados altamente lucrativos por se tratarem de produtos, cujo consumo é impulsionado pelo vício (cigarros e bebidas) ou por compras governamentais (armamento).

Isso fica bem claro, principalmente, com as redações do inciso X, posteriormente, dadas pelas Leis Complementares no 127/07 e 128/08, que mantiveram a exclusão “apenas” para os fabricantes e comerciantes atacadistas de bebidas, tabaco e armamento. Afinal, se o intento fosse desestimular o consumo desses itens, não haveria razão para manter o favorecimento justamente para o braço do varejo. Mas como o escopo não é esse, e sim o de garantir ao grande capital o predomínio sobre os pontos-chave de setores tão lucrativos, a lei não pode eliminar a capilaridade da venda ao consumidor, tão necessária para o escoamento da produção das grandes empresas atuantes nesses ramos de negócio.

Por outro lado, poderia ser alegado que a exclusão dos varejistas de bebidas e tabaco acarretaria perdas sociais não compensáveis com os ganhos advindos do desestímulo ao consumo desses itens. Bares, restaurantes, padarias, mercearias e pequenos supermercados não vendem exclusivamente esses itens, mas a sua supressão do leque de produtos oferecidos aos seus clientes praticamente

inviabilizaria o negócio. Ora, como poderia ser possível a um bar operar sem oferecer bebidas no seu cardápio? Diriam alguns. Tal medida, de um lado, acarretaria a mortalidade daqueles que tentassem cumprir com rigor a lei para se manterem no sistema favorecido e, conseqüentemente, causaria grandes perdas de postos de ocupação no setor; e, de outro, levaria muitos à informalidade, não necessariamente quanto à situação jurídica do estabelecimento, mas, ao menos, no tocante à venda desses itens. Assim, essa medida, em relação a uma parte dos destinatários, causaria mais danos que benefícios e, quanto à outra, seria ineficaz.

Esse tipo de alegação, contudo, não pode prosperar na venda a varejo de armas e munições. Além de reunirem um número infinitamente menor de estabelecimentos em relação àqueles que oferecem bebidas e tabaco, o que limitaria drasticamente qualquer perda de postos de trabalho no caso de a alteração da tributação acarretar a falência de parte dessas empresas, o caráter exclusivo da atividade e os rigorosos controles pelos órgãos de segurança inviabilizariam qualquer tentativa de burla ao controle fiscal por meio da venda sem nota. O comércio desses produtos é da própria natureza do negócio desses varejistas, diferentemente de bares, mercearias e restaurantes, em razão do caráter diversificado das suas vendas.

A permanência no regime favorecido dos varejistas desses bens nos revela que prestigiar a saúde da população não foi o escopo para a exclusão dos fabricantes e atacadistas. A razão oculta, assim como nas hipóteses anteriormente analisadas, nos setores automobilístico, de energia e de transporte, foi a de proteger cartéis formados por grandes empresas ao manter elevadas barreiras à penetração dos pequenos capitais nos elos-vitais de negócios tão lucrativos.

Na lógica dessa mesma estratégia, a Lei nº 12.598, de 22 de março de 2012, fruto da conversão da MP nº 544/2011, estabeleceu “normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa”, e criou a assim denominada “Empresa Estratégica de Defesa” (EED), fornecedora de bens e serviços para o sistema de defesa nacional, dentre os quais, armas e munições, conforme expressamente previsto no art. 2, inciso I. Para a EED foi instituído o “Regime Especial Tributário para a Indústria de Defesa” (RETID), por meio do qual se favorece de várias desonerações fiscais, como a isenção (alíquota zero) de diversos tributos na aquisição interna e na importação de insumos.

Por disposição expressa (§ 6º do art. 8º), não podem se enquadrar como EED, os optantes do Simples Nacional. Evidentemente, pelas próprias regras da Lei Complementar 123/06, não há fabricantes de armamento nessa condição. O RETID, porém, vai além da produção bélica. Esse regime favorecido abarca um conjunto bem mais amplo de atividades que engloba, desde a complexa produção de equipamentos de comunicação, até a singela elaboração de peças de roupa (fardamento), as quais poderiam ser fornecidas por pequenas oficinas, sem qualquer risco de comprometer a segurança nacional do País, o que torna evidente que esse regime não foi inspirado por tal objetivo ou por qualquer outro constitucionalmente legitimado.

O objetivo foi concentrar na mão de poucas e grandes empresas um setor altamente lucrativo, cujos ganhos são ainda mais ampliados por meio de desonerações fiscais especificamente dirigidas. Isso fica claramente demonstrado ao verificarmos que a tática de aumentar o degrau de entrada para esse mercado não foi direcionada apenas para as Mpes optantes do Simples Nacional.

Num ardil redacional, que impede o público leigo de verificar os destinatários da exclusão, o já citado § 6º do art. 8º afastou também as demais micro e pequenas empresas, bem como as empresas de porte médio. Para fins de análise, reproduzimos, abaixo, o referido dispositivo:

As pessoas jurídicas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, de que trata a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, e as pessoas jurídicas de que tratam o inciso II do caput do art. 8º da Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e o inciso II do caput do art. 10 da Lei no 10.833, de 29 de dezembro de 2003, não podem habilitar-se ao Retid.

Nos termos do disposto acima, além das Meps optantes do Simples Nacional, também não podem gozar dessas benesses as pessoas jurídicas de que tratam dispositivos de outras duas leis. Essas leis, no entanto, foram as que implantaram a não-cumulatividade para as contribuições do PIS e da Cofins e os dispositivos referidos estabelecem que as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido devem permanecer na sistemática anterior cumulativa. A tributação pelo lucro presumido é aquela que simplifica a apuração do imposto sobre a renda (IR), a

qual é destinada às Mpes não contempladas pelo Simples Nacional e às empresas de porte médio, cuja sobrevivência é praticamente impossível sob as complexas regras da tributação do IR pelo lucro real.

Em suma, o RETID, que contempla com favores tributários os fabricantes de bens, inclusive armamentos, a serem adquiridos pelas nossas Forças de Segurança, tem por destinatário apenas grandes empresas. Ademais, o legislador se esforçou para dificultar ao máximo que esse expediente pudesse ser percebido pelo público leigo. Para afastar as empresas de pequeno e médio porte, ao revés de fazê-lo diretamente na lei que instituiu o RETID, utilizou uma longa cadeia de referências legais.

Se a defesa da saúde da população tivesse sido o valor legitimador para a exclusão do Simples Nacional de pequenos fabricantes de armas e munições, como justificar a concessão de incentivos fiscais específicos para esse setor? Mais: que argumento legítimo poderia fundamentar a proibição do gozo dos incentivos do RETID pelos optantes do lucro presumido, que são justamente as micro, pequenas e médias empresas? Ou seja, pequenos fabricantes de armas e munições foram juridicamente aniquilados, pois estão legalmente proibidos de usufruir os incentivos tributários setoriais e os estabelecidos em razão do seu menor porte econômico.

Tudo isso nos conduz à conclusão de que a exclusão dos pequenos fabricantes de armas e munições do Simples Nacional não foi orientada pela política de proteção da saúde, mas arquitetada dentro de um conjunto de medidas legais dirigidas a reservar a grandes grupos econômicos o lucrativo setor da produção de armamento.

Se tudo isso não fosse suficiente para refutar a assertiva de que a saúde é o valor constitucional perseguido pelo conjunto de exclusões estampadas no inciso X, art. 17, da LC nº 123/06, espancamos de vez esta alegação ao verificarmos que, até a recente modificação empreendida pela Lei Complementar nº 147/14, não só as bebidas alcoólicas estavam elencadas no rol proibitivo, mas também e de forma expressa “refrigerantes, inclusive águas saborizadas gaseificadas” (no item “2” da alínea “b” do citado inciso), “preparações compostas, não alcoólicas (extratos concentrados ou sabores concentrados), para elaboração de bebida refrigerante,

com capacidade de diluição de até 10 (dez) partes da bebida para cada parte do concentrado” (item “3” da referida alínea) e “cervejas sem álcool” (item “4”)^[16].

Poderia ainda se aventar que esse menoscabo legal adviria de interesses arrecadatórios estatais e não das grandes corporações privadas preocupadas em manter a dominação sobre mercados estratégicos. Nesse caso, interessaria ao Fisco concentrar em grandes e poucas empresas as atividades mais lucrativas e de elevada tributação, mais propensas, pois, à sonegação. Ao promover essa concentração, poderia estabelecer controles mais eficientes e menos onerosos para a máquina pública, como a selagem de cigarros, vinhos e bebidas destiladas, e os medidores de vazão para cervejas e refrigerantes.

Não descartamos a possibilidade de tais motivações, mas são igualmente ilegítimas e inconstitucionais, pois razões de eficiência fiscal podem orientar a formulação legislativa, mas não a ponto de inviabilizar, em qualquer dos setores da atividade econômica, o cumprimento dos escopos extrafiscais norteadores do regime jurídico a ser dispensado às pequenas unidades produtivas. Todavia, em razão de haver tantos setores lucrativos – muitos dos quais beneficiados por polpudas desonerações fiscais e alimentados por compras governamentais, como o de armas e até o de fabricação e comércio de computadores para uso educacional (Lei nº 12.249/10) – excluídos do alcance das pequenas empresas e até das médias, estamos seguros ao afirmar que esse escuso interesse fiscal não é o único norteador dessas exclusões estapafúrdias. Na verdade, possuímos elementos suficientes para afirmar que há, ou um conluio entre o Estado, na sua voracidade arrecadadora, e as grandes corporações, no seu afã de dominação dos mercados para obter

[16] Para uma visão completa do conjunto de exclusões a que fazemos referência, segue a transcrição completa da redação original do dispositivo com os seus desdobramentos: “Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte: (...) X - que exerça atividade de produção ou venda no atacado de: a) cigarros, cigarrilhas, charutos, filtros para cigarros, armas de fogo, munições e pólvoras, explosivos e detonantes; b) bebidas a seguir descritas: 1 - alcoólicas; 2 - refrigerantes, inclusive águas saborizadas gaseificadas; 3 - preparações compostas, não alcoólicas (extratos concentrados ou sabores concentrados), para elaboração de bebida refrigerante, com capacidade de diluição de até 10 (dez) partes da bebida para cada parte do concentrado; 4 - cervejas sem álcool”.

lucros extraordinários, ou, ao menos, um equilíbrio de interesses hegemônicos; e dados empíricos reforçam nossa conclusão.

Abaixo, segue tabela confeccionada com informações colhidas das demonstrações de valor adicionado da principal fabricante nacional de bebidas, a “Companhia de Bebidas das Américas” (AMBEV), e que foram divulgadas pela própria empresa no seu site www.ambev.com.br (acesso em 18/08/2019).

A	Ano	2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010
B	Receita Bruta de Vendas	76.976	73.758	71.583	71.276	59.682	53.864	50.373	42.828	39.437
C	Tributos	24.700	27.050	21.383	22.765	18.957	17.015	16.491	14.371	12.766
D	Remuneração do Capital Próprio	11.377	7.850	13.083	12.879	12.362	9.164	10.642	8.719	7.619
E	Margem da tributação (C/B)	32,1%	36,7%	29,9%	31,9%	31,8%	31,6%	32,7%	33,6%	32,4%
F	Margens de ganho (D/B)	14,8%	10,6%	18,3%	18,1%	20,7%	17,0%	21,1%	20,4%	19,3%

(Valores em R\$ milhões)

Os valores registrados na linha “C” englobam todos os tributos (federais, estaduais e municipais). A Remuneração do Capital Próprio (linha “D”) corresponde à soma dos dividendos, dos juros sobre capital próprio e os lucros retidos, ou seja, à parcela da geração de caixa que reverte a favor dos sócios da companhia.

De 2010 a 2016, a margem de ganho dos sócios sobre a receita bruta da atividade, ou seja, sem a dedução de tributos, manteve-se estável em torno do elevado patamar de 20%. Nos dois últimos anos, houve queda, mas a margem, mesmo no pior ano, manteve-se acima do percentual de 8% legalmente adotado para a aferição do lucro presumido das pequenas e médias empresas.

Ademais, essa margem extremamente polpuda foi obtida a despeito do substancial ônus fiscal, que representou, para quase todos os anos, mais de 30% da receita total de vendas.

Como forma de ilustrar o que isso representa, para cada R\$ 100,00 de vendas da AMBEV, o Estado ficou com R\$ 32,00, seus sócios com R\$ 21,00, enquanto o

que sobrou (R\$ 47,00) serviu para remunerar tudo o mais, ou seja, todos os seus fornecedores, prestadores de serviço, financiadores, trabalhadores, etc.

Em 2014, a Lei Complementar n. 147 revogou dispositivos da Lei Complementar 123/06 que proibiam a opção pelo Simples Nacional das Mpes fabricantes de refrigerantes e de águas saborizadas.

Essa medida foi um avanço sem dúvida, porém poderia representar apenas um expediente para reforçar o argumento legitimador, mas falso, de que a proteção à saúde corresponderia ao intento jurídico para a exclusão dos pequenos fabricantes de bebidas alcóolicas.

Mesmo com a modificação legal, podemos assegurar que a saúde da população não foi a razão para manter os pequenos alambiques e os demais diminutos produtores de bebidas, desde o seu nascedouro, sob a cunha de uma legislação tributária elaborada para regular as complexas atividades empresariais dos grandes grupos econômicos.

Se o cuidado com a saúde da população tivesse, de fato, sido o eixo orientador da disposição excludente do tratamento favorecido para as pequenas empresas, como justificar a proibição também para os produtores de cerveja sem álcool? Ademais, o tratamento tributário para o setor de bebidas segue a mesma lógica do de armamentos. De um lado, os pequenos produtores são proibidos de usufruir do tratamento favorecido, que não se caracteriza como um privilégio, mas sim como um mecanismo para minimizar as múltiplas desvantagens que o próprio porte econômico já impõe aos pequenos; de outro, o legislador estabelece específicas vantagens fiscais para o setor, as quais só podem ser usufruídas por poderosos conglomerados econômicos, como o crédito presumido para investimentos em pessoas jurídicas no exterior destinado exclusivamente a algumas poucas atividades econômicas, nas quais está incluída a fabricação de bebidas (art. 87, § 10, da Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014) e o crédito presumido de IPI para insumos adquiridos de estabelecimentos localizados na Zona Franca de Manaus^[17].

[17] Uma análise desses incentivos no setor de bebidas e suas consequências perniciosas para a concorrência entre pequenos e grandes fabricantes de bebidas vide: “GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os Incentivos Tributários na Zona Franca de Manaus e o Desequilíbrio Concorrencial no Setor de

Em 2016, por meio da Lei Complementar 155, finalmente foi permitido aos pequenos fabricantes e atacadistas de bebidas alcólicas usufruírem do Simples Nacional, mas um dispositivo da mesma lei os manteve sob o jugo de diversos órgãos públicos (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e a Secretária de Receita Federal do Brasil) e sem determinar controles mais moderados em relação aqueles aplicados aos grandes fabricantes.

Os dados empíricos já apontados e a estrutura jurídica da tributação setorial confirmam, com segurança, nossa hipótese do conluio (ou do equilíbrio de interesses hegemônicos em detrimento do direito dos pequenos empreendimentos), em certos ramos de negócio, entre o Estado e grandes empresas com o fito de fomentar a concentração de mercado e, conseqüentemente, garantir ganhos extraordinários a serem repartidos entre os dois atores em detrimento do resto da sociedade.

Vale ainda observar, nesse sentido, que, no ranking dos 10 (dez) brasileiros mais ricos, estão 4 (quatro) do setor de bebidas, inclusive o que figura em primeiro lugar (VAZ, 2014).

CONCLUSÕES

Com a análise de alguns setores econômicos, cujas pequenas empresas atuantes estão atualmente excluídas da tributação favorecida, podemos afirmar que inexistem valores superiores capazes de justificar a mitigação do primado constitucional do tratamento favorecido. Mais: os valores alegados são, na verdade, discursos legitimadores (ainda que possivelmente não conscientes por parte de alguns dos seus formuladores) de exclusões motivadas por razões que operam em desconformidade com os ditames superiores da nossa ordem constitucional, como a livre concorrência.

Refrigerantes". *Economic Analysis of Law Review*, V. 3, nº 1, p. 72-94, Jan-Jun, 2012. Disponível em <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3%20EALR%2072>. Acesso em: 15 ago. 2019.

As vedações à opção do Simples Nacional, aqui analisadas, demonstram que as desvantagens das Meps para concorrerem em condições de igualdade com empresas de maior porte não decorrem exclusivamente de fatores naturais, como a dificuldade para obtenção e o elevado custo de financiamentos bancários.

É por meio da legislação, sobretudo da tributária e até no seio do diploma que supostamente deveria se dedicar a favorecer os menores, que essas desvantagens, ao revés de serem abrandadas em cumprimento do comando constitucional, são reforçadas, frequentemente de forma deliberada.

As exclusões setoriais do Simples Nacional operam como método abortivo e contraceptivo das pequenas iniciativas em prol das grandes corporações já estabelecidas.

REFERÊNCIAS

- ANEEL. **Guia do Empreendedor de Pequenas Centrais Hidrelétricas**. Disponível em: <http://www3.aneel.gov.br/empreendedor/empreendedor.htm>. Acesso em: 18 set. 2012.
- BARBOSA, Barbosa. **As maiores do mundo**. *Revista Exame*, 10 jul. 2013. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/as-25-maiores-empresas-do-mundo-segundo-a-fortune>. Acesso em: 04 jul. 2014.
- BOURGES, Fernando. **Planejamento da Operação de Pequenas Centrais Hidrelétricas: Enfoque Sistêmico**. Dissertação de Mestrado (Engenharia Elétrica). Curitiba, UFPN, 2009.
- FRACAROLLI, Luiz Machado. **Pequena e média empresas: aspectos legais**. São Paulo, Pioneira, 1976.
- GONÇALVES, Oksandro Osdival. **Os Incentivos Tributários na Zona Franca de Manaus e o Desequilíbrio Concorrencial no Setor de Refrigerantes**. *Economic Analysis of Law Review*, V. 3, n. 1, p. 72-94, Jan-Jun, 2012. Disponível em <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3%20EALR%2072>; acesso em 15/08/2019
- HAKIM, Danny. **A Helicopter of One's Own**. *The New York Times*, 17 JUN. 2014. Disponível em: http://www.nytimes.com/2014/06/17/science/a-helicopter-of-ones-own.html?_r=0. Acesso em: 9 jul. 2014.
- KARKACHE, Sergio. **Princípio do tratamento favorecido: o direito das empresas de pequeno porte a uma carga tributária menor**. Dissertação de Mestrado. Curitiba, UFPR, 2009.
- MARINS, James & BERTOLDI, Marcelo M. **Simples Nacional: Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte comentado**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MONTAÑO, Carlos E. **Microempresa na era da globalização: uma abordagem histórico-crítica**. São Paulo, Cortez, 1999.
- MUNIZ, Ricardo. **ANP tenta atrair pequenas empresas para exploração de petróleo**. *Revista Exame*, 14 out. 2005. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/empresas/noticias/n0079363>. Acesso em: 16 jul. 2012.
- OECD (OCDE). **Taxations and Small Businesses**. Paris, OECD, 1994.
- PELLIZZARO JÚNIOR, Roque. **País coleciona natimortos entre pequenas e microempresas**. *Jornal Folha de S. Paulo*, 09 jun. 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me0906201105.htm>. Acesso em: 09 jun. 2011.
- RECORDE. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 14 mar. 1929.
- RESNIK, Paul. **A Bíblia da pequena empresa**. Tradução de Maria Cláudia Oliveira. São Paulo, McGraw-Hill & MAKRON Books, 1990.
- SOLOMON, Steven. **A grande importância da pequena empresa: a pequena empresa nos Estados Unidos, no Brasil e no Mundo**. Tradução de M. R. da Cruz. Rio de Janeiro, Nórdica, 1986.
- SOTTO, Débora. **Tributação da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**. São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- VAZ, Tatiana. **Veja quem são os 65 bilionários brasileiros da Forbes 2014**. *Revista Exame*, 03 mar. 2014. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/veja-quem-sao-os-65-bilionarios-brasileiros-da-forbes-2014>. Acesso em: 3 set. 2014.
- VINYARD, Dale. **Congressional Committees on Small Business**. *Midwest Journal of Political Science*, vol. 10, n°. 3 (agosto de 1966); pág. 364-377. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2108891>. Acesso em: 28 jul. 2011.

IMPUTACIÓN MORAL ORIENTADA A LA VÍCTIMA COMO PROBLEMA DE IMPUTACIÓN OBJETIVA*

Eduardo Saad-Diniz^[1]
Gustavo de Carvalho Marin^[2]

1 IMPUTACIÓN OBJETIVA: ¿QUÉ MÁS PUEDE SER DICHO?

Las tesis sobre la imputación objetiva de responsabilidad, desde sus estudios pioneros en la doctrina brasileña, han dedicado poca o ninguna atención a los procesos de imputación moral orientada a la víctima. La fuerte influencia de la política criminal en la moderna dogmática impuso debates sobre los límites y los criterios de relevancia de la lesión a intereses de terceros. Sin embargo, si bien es cierto que promueven importante operación de deslegitimación de los abusos de la sanción penal, la apropiación político-criminal de la dogmática jurídico-penal ha demostrado resultados de bajo rendimiento para una mejoría efectiva del Sistema

[1] Livre-docente em Direito Penal pela FDRP-USP. Professor do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: eduardo@saaddiniz.com.br.

[2] . Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: gustavocmarin@gmail.com.

de Justicia criminal, especialmente en lo que respecta al caso brasileño, obsesivo en su cruzada por el encarcelamiento en masa. El elevado nivel de contingencia y servilismo de este comportamiento decisorio ante las relaciones de poder político condena a la imputación de responsabilidad a un estado de infra-complejidad teórica, afectando la coherencia sistémica y la consistencia funcional que confiere legitimidad al carácter vinculante de las normas penales^[3]. A pesar de que presentan una serie de variantes, las tesis de política criminal promovieron una verdadera supremacía del idealismo alemán, haciendo incidir sobre los procesos de atribución de responsabilidad penal juicios de relevancia orientados a la función apelativa de provocar la “pre-comprensión de la sensibilidad de Justicia” (PAWLIK, 2012, p. 50).

El principal obstáculo de las interpretaciones convencionales es que la centralidad del concepto de autonomía en el derecho penal escinde la realidad del individuo y la capacidad de rendimiento de la tutela estatal, sin que el comportamiento de los individuos y la distribución de sus libertades personales asciendan a la formación de las normas penales, o sea, sin racionalizar un Sistema de Justicia criminal centrado en la promoción de condiciones para la realización subjetiva. Para dar cuenta de este problema, además de la revisión de los propios postulados de imputación objetiva, incluyendo modificaciones significativas en la estructura del delito y la fundamentación de la pena (PAWLIK, 2012, p. 258), los procesos de legitimación material de una “justa” distribución de las libertades personales ofrecen un reducido espacio a la comprensión del lugar de la víctima en el Sistema de Justicia criminal.

En este trabajo, recurriendo a una revisión sistemática de los estudios de victimología, es asumida como hipótesis la necesidad de revisión crítica orientada por las gramáticas morales de la teoría social, como una relectura del lugar de la víctima y de los procesos de victimización que pretenden reencender las justificaciones morales, en torno a las cuales la interpretación del derecho penal redimensiona sus relaciones interpersonales. Por medio de la revisión de los

[3] Recientemente, la construcción de un sistema de imputación objetiva se puede encontrar en JAKOBS, 2012, p. 16.

postulados de la victimología, el artículo se propone analizar la posición de la víctima con base en la orientación moral sugerida por la teoría social y por las teorías de la comunicación, con la finalidad de identificar referencias válidas para reinterpretar la realización de las libertades personales de la víctima por medio de la imputación penal.

2 VICTIMOLOGÍA: ¿CAPÍTULO OLVIDADO DE LAS CIENCIAS CRIMINALES?

Inicialmente, la importancia de la víctima en su relación con el derecho penal se fragmentaba en dos períodos distintos. En el primero, la “edad de oro”, era atribuida a la víctima o a sus próximos la posibilidad de reaccionar ante el injusto sufrido, basándose en mecanismos inclinados a la idea de venganza privada. Gradualmente, sin embargo, en la medida en que el derecho penal se consolida como ramo del derecho público y el Estado detiene el monopolio del ejercicio del poder punitivo, se inicia un proceso de neutralización de la víctima en el sistema jurídico-penal. Lo que en un principio constituía una tentativa de consolidar criterios objetivos para atribución de responsabilidad penal, proponiéndose a asegurar que excesos pasionales no vulnerasen derechos del ofensor, acabó por convertir a la víctima en simple sujeto pasivo del delito, insertado en posición de neutralidad. Este reducido lugar todavía reservado a la víctima acabó permaneciendo principalmente por cuenta (i) de sus pretensiones reparatoras e indemnizatorias – lo que sin embargo guarda relación mucho más con mecanismos privados de reparación del daño y restauración del conflicto (SILVA SÁNCHEZ, 1998, p. 145 y ss.)^[4] –, y, (ii) en el plano

[4] La creación de mecanismos civiles de reparación, en verdad, es reconocida como método relevante para dar asistencia a las víctimas de delitos y sus familiares, siendo incluso una de las herramientas previstas en la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985. Marisa de Freitas resalta que el resarcimiento a cargo del infractor, así como la indemnización por parte del Estado, pueden ser fuentes relevantes de recursos para víctimas incapaces de recuperar por sí mismas las condiciones necesarias para su sobrevivencia, perdidas debido a la victimización sufrida. Para más detalles acerca de la operacionalización de estos instrumentos en la legislación brasileña, en consonancia con las normas internacionales, cf. FREITAS, 2011, p. 9-24. El problema parece no ser aisladamente la transferencia de

procesual penal, por cuenta de su rol como relevante fuente de prueba para el convencimiento decisorio (ESER, 1992, p. 18)^[5].

Una de las consecuencias de este pasaje fue el progresivo alejamiento de la víctima de las discusiones de las ciencias criminales, que concentraron sus esfuerzos en la problematización de la relación entre Estado y agente. En esta tendencia neutralizante, en un primer momento en un plano abstracto, la víctima es considerada sujeto con intereses jurídicamente garantizados, y cuenta con una promesa de actuación estatal en caso de que ellos fueran violados. Posteriormente, si el injusto típico fuese concretizado, ella es, entonces, encarada como receptora del delito, figura anónima que se disuelve en la supra-individualidad del interés protegido. Ambas percepciones están estructuradas y persisten a la indiferencia de observaciones victimológicas que buscan entender a la víctima como un sujeto que sufrió perturbaciones decurrentes de un conflicto humano, que carece de atención individualizada y que tiene algo que comunicar acerca de su experiencia con la

facultades a las víctimas en el ámbito jurídico-civil, sino la desarticulación de estos mecanismos con otras formas de asistencia, además de la tímida revalorización de la víctima como sujeto moralmente responsable *también* en materia jurídico-penal.

[5] Sobre el tema de la víctima y el proceso penal en Brasil, ver FERNANDES, 1995. Desarrollando el tema, Marcio César Alvarez *et al.* (2010, p. 247-288) analizan las correlaciones entre el modelo procesal penal brasileño y las víctimas del delito desde dos iniciativas legislativas que, en su opinión, prestarían atención diferenciada a personas afectadas por el delito. La primera sería la Ley n. 9.099/1995, que instituyó los Juzgados Especiales Criminales y positivó mecanismos restaurativos y consensuales de resolución de conflictos, buscando “combatir la despersonalización del conflicto y los efectos victimizadores del abordaje clásico jurídico-punitivo”. La segunda, surgida en gran medida a partir de la constatación de que la Ley n. 9.099/1995 se mostraba subcompleja para lidiar con los problemas vivenciados por víctimas de violencia de género, es la Ley n. 13.840/2006 (Ley “Maria da Penha”), la cual, además de traer nuevas tipificaciones penales relacionadas a estas formas de violencia contra la mujer, estructuró mecanismos procesales orientados hacia la prevención de estas formas específicas de victimización. Sin embargo, por medio de una investigación empírica – con observaciones y entrevistas semiestandarizadas de víctimas y actores del Sistema de Justicia –, se verificó que incluso medidas legislativas como estas no fueron suficientes para atribuir un efectivo protagonismo a las víctimas en el ámbito procesal penal brasileño. Muchas de estas conclusiones se deben a déficits en la implementación práctica de los dispositivos previstos en tales documentos normativos. Aunque de forma no exhaustiva, tales déficits constatados por los investigadores pasan por la escasez de condiciones efectivas para que la víctima demuestre su punto de vista en el curso del proceso, así como por la insuficiente aplicación de mecanismos dirigidos a la protección y satisfacción.

victimización. Si la absolutización de las perspectivas de la víctima pudiera conducir al Sistema de Justicia hacia una configuración particularista e inmediateista, parecería verdad también que la oficialización del problema penal y las construcciones dogmáticas advenidas de ella desconsideraron a la víctima como sujeto protagonista del conflicto que se pretende regular (HERRERA MORENO, 1995, p. 481-489)^[6].

Aunque esta progresiva preocupación con la víctima estuviese relacionada fundamentalmente a los límites de legitimación de la imputación penal al ofensor, la orientación a la víctima en la dogmática penal, sin embargo, parece no haber acompañado la evolución histórica de las investigaciones victimológicas. Partiendo de un estadio en que se buscaba clasificar las especies de víctimas y delimitar hipótesis de “precipitación victimal”, la comprensión de la víctima como persona introduce la experiencia de victimización al mismo tiempo individual y socialmente contextualizada. Revisitar los estadios evolutivos de la victimología puede auxiliar no apenas en el entendimiento de los motivos que llevaran las ciencias criminales a mostrarse poco receptivas a las preocupaciones victimológicas, sino también en la delimitación de posibles nuevas indagaciones en cuanto a los procesos de imputación moral orientada a la víctima. Aunque la problemática de la víctima haya sido analizada en estudios anteriores, habiendo el término *victimología* sido acuñado por Benjamin Mendelsohn en 1947 (DUSSICH, 2006, p. 116), fue en 1948 que se publicaría la primera investigación más sistemática acerca de la figura de la víctima. En su “The criminal and his victim”, Hans von Hentig enfatizó principalmente la contribución de la víctima a su propia victimización. Desde esta perspectiva teórica, la víctima pasa a tener alguna relevancia en la condición de agente moralmente responsable, teniendo en cuenta que su comportamiento y sus interacciones con el agente pasan a ser trabajadas como elementos importantes

[6] Describiendo el aislamiento de la víctima tanto en el ámbito científico como en las prácticas del Sistema de Justicia, Myriam Herrera Moreno (1995, p. 481-489) afirma que tal “destierro práctico, sólo parcialmente levantado o suavizado por las doctrinas jurídicas posteriores, acarrea especial carga onerosa a la institución victimal. En efecto, el estudio teórico y empírico del fenómeno criminal, la comprensión del delincuente y su mundo será, a no mucho tardar, objeto científico entusiastamente abrazado por la ya próxima disciplina criminológica; muy al contrario, la víctima constituirá, por largos años todavía, una suerte de ‘holandés errante’, atisbado como visión aflictiva, tan eterna como irremediable, entre el oleaje de las nacientes ciencias penales”.

para la comprensión del crimen – lo que es distinto de su posición anterior como mero y estático sujeto pasivo del delito (FATTAH, 2000, p. 22-23). Este momento inicial de la victimología, aunque haya impulsado el movimiento científico de “redescubrimiento de la víctima”, es todavía bastante problemático.

Poca atención se dedica al sujeto afectado por el delito como persona, cuya experiencia empírica y necesidades concretas deben ser llevadas en consideración en la atribución de responsabilidad penal. Una de las críticas a tales estudios victimológicos originales es justamente que, en el intento de distribuir entre los dos polos de la interacción las responsabilidades por el delito, acaban por fornecer argumentos que viabilizan la responsabilización de las víctimas por su propio sufrimiento (*blaming the victim*). El especial interés de este campo de estudio por alternativas no punitivas – ya sea al no responsabilizar al ofensor, ya sea al proponer alternativas reconciliatorias – serían pautadas por la busca de un *equilibrio*, consubstanciado en el direccionamiento de una atención humanitaria pretensamente igual a la víctima y al ofensor. Sin embargo, tal equilibrio puede ser de difícil justificación en determinados escenarios, especialmente en las relaciones interpersonales en que se hacen presentes una asimetría de poder (VAN DJIK, 1999, p. 2-3). Sería este el caso de agresiones relacionadas a cuestiones raciales, de género o de orientación sexual, además de otros contextos de vulnerabilidad de la víctima y déficits históricos, acentuándose ante la concentración de poder político o económico por parte del ofensor. La búsqueda por una atención indiferenciada al ofensor y a la víctima podría tener como consecuencia la vulneración de las libertades personales de la víctima, cuyas perspectivas y necesidades podrían ser silenciadas en virtud de la incapacidad de la respuesta penal de actuar en contextos de asimetría social, a la indiferencia de la capacidad de la víctima de actuar como sujeto moralmente responsable en su integralidad.

Estas críticas a las etapas iniciales de los estudios victimológicos despertaron la necesidad de redefinición de las redes teóricas e institucionales dedicadas a la problemática de la víctima. La introducción de estas nuevas ideas, especialmente después de la década de 1980, incentivó la victimología a adoptar una agenda científica propositiva cualitativamente diversa de aquella que movilizaba los estudios característicos de su fase inicial. El desarrollo de la autocomprensión de la

victimología se ha compuesto por iniciativas integradas, como la cosecha de datos, formulación de nuevas teorías, creación de programas, además de la institución de mecanismos procesales, con el propósito de ayudar a víctimas a recuperarse del trauma derivado de la victimización – movimiento de reconfiguración científica que influyó, y al mismo tiempo fue fomentado, por avances legislativos internos a los países y en el ámbito transnacional. Uno de los pasos más importantes fue la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1985, de la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, en la que se reafirma la existencia de millones de personas que sufren los daños decurrentes del delito y del abuso de poder, constatándose también que los derechos de estas víctimas “no han sido adecuadamente reconocidos” (FATTAH, 2000, p. 26-27)^[7].

A pesar de eso, la victimología gradualmente gana un nuevo enfoque: si antes los estudios buscaban precipuamente comprender las formas por las cuales el “ofendido” contribuía para el delito, la nueva orientación victimológica enfrenta esa tendencia con restricciones, dedicándose, en realidad, a comprender científicamente nuevos rellenos morales del proceso de victimización, en la línea de reafirmación de las libertades personales. La percepción pasa a ser la de que el victimólogo no se confunde con la víctima, pero tiene con ella un compromiso que es llevado adelante en sus investigaciones. Es en este sentido que la víctima es trabajada como un vínculo entre sociedad y ciencia, que comprende las experiencias individuales de victimización y las demandas sociales relacionadas como genuinos objetos de estudio (HERRERA MORENO, 2012, p. 74-75).

La victimología pasa, de esta manera, a ganar contornos más críticos, contexto teórico en que se busca comprender las estructuras sociales en que se realiza cada proceso de victimización, así como de qué forma la víctima, como sujeto empírico, relacionase o puede venir a relacionarse con tales estructuras. Para este nuevo cuadro, las experiencias individuales de sufrimiento asumen relevancia

[7] Consta de esta Declaración el concepto de víctima: “persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws operative within Member states, including those laws proscribing criminal abuse of power.” (ONU, 1985).

como objeto de estudio, pero también revelando el potencial de las víctimas de, dinámicamente, *mantener* o *modificar* las condiciones estructurales en que actúan socialmente.

No es por otra razón que los movimientos de defensa de los derechos de las víctimas son fundamentales para las investigaciones desarrolladas en esta nueva línea de investigación victimológica, en la medida en que, en ellos, las personas no solamente interpretan el contenido de su victimización, sino que también buscan formas de evaluar críticamente las estructuras que proporcionaron al conflicto, proponiendo mecanismos de superación de los problemas vivenciados^[8]. Si antes los estudios sobre la “precipitación victimal” consideraban las víctimas – de cierto modo – como moralmente responsables, a fin de comprender cómo la conducción libre de sus vidas podría aumentar los riesgos de materialización del delito, la evolución de la victimología expande de forma significativa esa atribución de capacidad moral: la víctima no solo interacciona con el criminoso, sino que también (i) posee y comunica una experiencia individual de victimización; (ii) es situada en un contexto social estructural que, en mayor o menor medida, influye en el delito y la forma que este asume; y (iii) actúa socialmente al relacionarse más o menos críticamente con tales estructuras sociales, sea individualmente o en asociación. Esa confluencia entre producción científica y las tesis de reafirmación de las libertades personales de la víctima resultó en su mayor reconocimiento como sujeto relevante para el orden jurídico y moralmente responsable, en la medida en que se le reconoce un potencial protagonismo en la interacción con

[8] Los movimientos feministas, como ejemplo paradigmático de la reconstrucción del pensamiento victimológico como afirmación de las libertades personales de la víctima, expusieron cómo las bases victimológicas tradicionales no consideraban realidades materiales que insertaban mujeres en determinadas posiciones sociales, las cuales acababan por influir incluso en la construcción de la noción de víctima. A partir de esto, se estimuló la discusión acerca de la abertura del concepto de victimización para el sufrimiento vivenciado por las mujeres en el ámbito privado, discutiéndose como el derecho podría desarrollar formas más adecuadas de respuesta a la victimización femenina. Las mujeres víctimas, por su parte, eran consideradas no simple sujetos pasivos de un comportamiento delictivo, sino agentes verdaderamente activos, con estrategias propias de supervivencia y resistencia. Sobre este conjunto de ideas, ver WOLHUTER; OLLEY; DENHAM, 1990, p. 25-42.

el medio social, despertando también la atención hacia la necesidad de adoptar medidas de protección adecuadas a las distintas formas de victimización.

Sin embargo, desde otro punto de vista, Ezzat A. Fattah (2000, p. 25) atenta para el hecho de que el mismo proceso de reorientación victimológica tuvo como efecto colateral su apropiación por razones populistas, en la línea de la venganza social y del ideario de ley y orden. Este acoplamiento del discurso de defensa de los intereses de las víctimas ocurrió por medio de serias distorsiones. Pese a que se verifique la existencia de movimientos que exigen contundentemente la exasperación punitiva como forma de protección^[9], las respuestas del Estado a la criminalidad quedaron lejos de abarcar la complejidad de las exigencias canalizadas por estos agrupamientos sociales.

Más allá de las demandas por recrudescimiento punitivo, una parcela significativa de los grupos en cuestión asume una agenda de compensación, asistencia, reconocimiento y protección de las personas afectadas por el delito. Estos fragmentos del discurso victimológico, sin embargo, encontraron poco amparo en las propuestas estatales más comunes de gerenciamiento de la criminalidad, centradas casi que exclusivamente en la justificación moral del refuerzo penal desde una víctima simbólicamente construida. La víctima deja de ser una persona socialmente actuante, que merece atención por haber sufrido los efectos de un delito, y cuyo cuidado se coaduna con la protección de intereses sociales más amplios. Ella se reverte en una construcción abstracta de *personaje representativo*, que exterioriza las preocupaciones de seguridad de la sociedad y que sirve a la justificación al populismo punitivo (GARLAND, 2005, p. 47 y 341 – nota 19 del capítulo 1). Lejos de elevar a las víctimas a la condición de sujetos, cuyas comunicaciones efectivamente repercuten sobre las definiciones de las políticas criminales, tal distorsión en verdad acaba por mantenerla en su ya conocido estado de aislamiento – pero agravado por una instrumentalización política que no hace más que camuflar la perpetuación de la indiferencia con relación a la víctima, no reconocida como

[9] Analizando críticamente movimientos de víctimas brasileños y sus demandas por recrudescimiento penal, PASTANA, 2003, p. 103-108. Sobre el asunto, ver también SHECAIRA, 2011, p. 65-66.

agente moralmente responsable y comunicativamente capaz de *realmente* tomar parte en el proceso de creación e interpretación de las normas penales.

No por casualidad es común entre los penalistas la reserva en cuanto a la *capacidad* de la dogmática jurídico-penal de recibir las tensiones morales que componen el proceso de victimización y las respuestas que le son conferidas por la sociedad. La participación de movimientos de defensa de los derechos de las víctimas en la conformación de las normas penales es interpretada como un elemento frecuentemente causador de irracionalidad en la producción legislativa, un argumento a partir del que se establece una dudosa conexión entre (i) presiones sociales por protección penal de víctimas y (ii) la institución de medidas punitivas de especial gravedad (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 36-37). La manifestación de esta desconfianza acaba por restringir el potencial de reorientación del proceso de imputación moral orientado hacia la víctima, principalmente por el temor de reposición de ciertos niveles de revanchismo en las ideas penales (ver SILVA SÁNCHEZ, 2009).

Más específicamente, en las tesis sobre la imputación objetiva, esta restricción se vuelve aún más evidente. Si bien es cierto que hubo algún diálogo entre el derecho penal y las ideas de matiz victimológica en este campo, también es verdad que esto está restringido a las líneas teóricas características de los momentos originales de la victimología, más propensas a la categorización del comportamiento de la víctima que contribuye para la producción de determinado resultado^[10]. Aunque ni siempre recurriendo a nociones “victimodogmáticas”^[11], la dogmática jurídico-penal de tradición alemana concentró sus investigaciones de orientación hacia la víctima en las consecuencias de la “autopuesta en peligro” para la teoría del delito, principalmente como problema de imputación objetiva^[12]. También llamada de

[10] Partiendo de un enfoque más propiamente victimodogmático, ver SCHÜNEMANN, 2002.

[11] Exponiendo el desarrollo de los estudios victimodogmáticos y el pasaje a las diferentes teorizaciones más orientadas a la noción de imputación objetiva, BONET ESTEVA, 1999, p. 209 y ss. Desarrollando el tema y especificando las discusiones para el derecho penal brasileño, GRECO, 2004.

[12] En 1993, Cornelius Prittwitz actualiza esta discusión por medio de la problematización de la tensión entre derecho penal y riesgo. El debate tiene como punto de partida el delito de causación de peligro a la vida y los criterios de punibilidad que inciden en las hipótesis en que una persona infectada por el virus HIV se relaciona sexualmente con una determinada pareja, sin informarla acerca de su condición. Tal discusión permite a Prittwitz la escisión entre, por un lado, un derecho de absorción simbólica de las

“imputación a la víctima”, la autopuesta en riesgo se fundamenta en dos postulados principales: la libertad personal y el principio de autorresponsabilidad, por medio de la afirmación de que un Estado que trata a sus ciudadanos como moralmente imputables atribuye a ellos la responsabilidad por las consecuencias de sus acciones, incluso con relación a la posibilidad de una autolesión o autopuesta en riesgo^[13]. La orientación a la víctima ejerció influencia directa sobre la teoría del injusto penal, especialmente en el plano de la tipicidad, con la delimitación de criterios de imputación objetiva, en que se buscaba atribuir a la víctima la corresponsabilidad por la ocurrencia de un determinado riesgo o resultado dañino, originado de su acción libre y consciente^[14].

No obstante, esas construcciones teóricas parecen caracterizarse por una ambivalencia en lo que concierne a la imputabilidad moral de la víctima, en sus posibles correlaciones con el problema de la imputación objetiva. De un lado, por más que la dogmática jurídico-penal de la imputación a la víctima eleve el riesgo de sumisión a las situaciones de vulneración de derechos – como vehiculado por la crítica victimológica –, es cierto que tales modelos teóricos confieren a la víctima espacios de libertad en que ella es reconocida como sujeto capaz de administrar, de forma autorresponsable, los riesgos que derivan de sus propias decisiones. Por otro lado, parece igualmente verdadero que estas mismas esferas de libertad son abstractamente reconocidas a la víctima *solamente* en la medida en que su imputación moral sirve a la limitación del poder punitivo que incidiría sobre el ofensor. La unilateralidad del movimiento de imputación moral a la víctima puede

expectativas sociales por producción legislativa, y, por otro, la creación de una “dogmática del riesgo” dirigida al delineamiento de mecanismos de prevención de peligros (PRITTWITZ, 1993, p. 27-28).

[13] Con mayor profundización y problematizando esta teorización desde la perspectiva de la imputación objetiva, POLAINO NAVARRETE; POLAINO-ORTS, 2013, p. 122 y ss.

[14] La autorresponsabilidad sería delimitada por una serie de criterios, que, si presentes, retirarían el contenido de injusto de la conducta: (i) la disponibilidad del interés colocado en riesgo por la víctima; (ii) que ella sea su titular único; (iii) que ella tenga capacidad de conceder consentimiento; (iv) que el consentimiento no sea prestado en consecuencia de fraude, coacción o violación de un deber; (v) que el consentimiento sea dado antes de la ocurrencia del hecho que generó el resultado; (vi) que el contenido de este consentimiento no sea contrario al núcleo fundamental de una determinada orden jurídica concreta (TAVARES, 2002, p. 290-291).

llevar a la desconsideración no solo de las circunstancias concretas en que ocurrió el ejercicio de su libertad de evaluación y elección, sino también de otras formas por que las mediaciones normativas podrían considerar las víctimas como agentes moralmente imputables.

La dogmática jurídico-penal relega a un segundo plano otros modos por los cuales la capacidad comunicativa de la víctima y su experiencia individual de victimización podrían contribuir a la definición de los criterios que permiten realizar la imputación objetiva – por lo tanto, más allá de las hipótesis de consentimiento y autopuesta en peligro. Una reorientación de los procesos de imputación en dirección a la víctima, reconociéndola como agente moralmente capaz cuya perspectiva importa, aporta nuevos elementos para una nueva conformación del sistema jurídico-penal, aproximándolo de las tendencias del pensamiento victimológico. Al final, desde la consideración de la víctima como sujeto individualizado y protagonista del conflicto criminal, el delito repercute diferentemente en la medida en que también distintas son las circunstancias de las víctimas y las estructuras de una determinada realidad social en que se realiza o delito, de manera que conocer las situaciones y los estándares de victimización puede fornecer el material necesario para la formulación de mejores estrategias de respuesta penal a la criminalidad.

En esta línea de revalorización de la víctima para la imputación objetiva, el conocimiento de *cuántos* y *quiénes* son realmente los sujetos afectados por el delito permite la colecta de datos que exponen realidades no siempre contempladas por las estadísticas oficiales^[15], por las ciencias criminales o por aquellos responsables por la conformación de las intervenciones punitivas. Investigaciones que engloban

[15] Además de la desconsideración de la cifra oculta, Sergio Adorno identifica una serie de otros problemas relativos a las estadísticas oficiales acerca del delito, incluso: la interferencia de criterios burocráticos en la mensuración de la criminalidad y en la evaluación del desempeño de la administración en su gerenciamiento; las negociaciones paralelas frecuentes entre agresor, víctima y poder público; así como el desistimiento de la víctima en llevar su caso al conocimiento de los poderes públicos, en general por desconfianza en las instituciones del Sistema de Justicia (ADORNO, 1999, p. 136). Sin embargo, en otro trabajo, el mismo autor hace la reserva de que también las pesquisas victimológicas deben ser analizadas con algunas restricciones: aunque sean comúnmente conducidas con gran sofisticación metodológica, tienen como obstáculo el facto de lidiaren con la memoria de las víctimas (ADORNO, 1998, p. 30).

los procesos de victimización permiten la obtención de informaciones como la amplitud y distribución de la criminalidad; el perfil de las víctimas reales y potenciales de un determinado delito; el levantamiento de indicadores que permiten evaluar el funcionamiento del Sistema de Justicia criminal; además de la posibilidad de verificar la manera y la intensidad por las cuales ciertos crímenes repercuten sobre diferentes víctimas (CUAREZMA TERÁM, 1996, p. 305-306)^[16]. Basado en esos parámetros, se hace posible no solo la construcción de teorías más sensibles al problema de las víctimas, sino también la formulación de políticas más elaboradas de prevención de la criminalidad, con lastro en evidencias válidas y confiables^[17].

Así mismo, el conocimiento de las víctimas gana mayor capacidad de rendimiento si es acompañado de la atribución de *accountability* moral. Las víctimas pasan a ser oídas no en la condición de simple sujetos pasivos, afectados por un comportamiento delictivo y carentes de una protección estatal verticalizada, sino que se tornan agentes verdaderamente activos, cuyos derechos, responsabilidades y mundivivencias importan para la comprensión del delito y para la delimitación de formas más apropiadas de administrarlo. La imputación moral de la víctima la desplaza a la condición de sujeto empírico que interacciona activamente con el

[16] Analizando la *International Crime Victims Survey* y destacando algunos de sus resultados, PÉREZ CEPEDA; BENITO SÁNCHEZ, 2013, p. 08:05-08:08.

[17] Utilizando clasificación de Jan van Dijk y J. de Waard (1991, p. 488-489), en el plano de la prevención primaria (que engloba intervenciones sobre un público menos específico, más difuso), es posible la concientización de la población acerca de formas comunes de prevenirse contra el delito, en general por medio de campañas informativas sobre cómo evitar ser victimado. Ya la prevención secundaria tiene como enfoque parcelas de la población consideradas vulnerables a ciertas formas de victimización, de modo que el conocimiento acerca de quiénes son estos grupos de riesgo viabiliza la formulación de políticas específicas contra aquellos delitos más frecuentes. Finalmente, posibilitase con mayor seguridad la implementación de mecanismos de *prevención terciaria*, tales como instrumentos de asistencia, soporte, compensación y formas alternativas de administrar los conflictos, todos con la orientación común de ayudar víctimas a superaren problemas de orden práctica y emocional derivadas de su victimización. Los autores definen la prevención de la criminalidad como el “total de todas las iniciativas privadas y políticas estatales otras que no la aplicación del derecho penal, dirigidas a la reducción del daño causados por los actos definidos como criminosos por el Estado”. Así, de las medidas de prevención en sus tres escalas, van Dijk y Waard excluyen la investigación criminal, la condenación, la punición y la ejecución de las penas.

agente, con las estructuras sociales – sea para su sustentación o enfrentamiento – y con el propio Sistema de Justicia criminal. La superación de la indiferencia a las personas afectadas por el delito, comprendiéndolas como sujetos cuya perspectiva individual es considerada relevante y llevada en serio, puede tornar las intervenciones jurídico-penales más condecientes con relación a las otras políticas no punitivas de atendimento a las víctimas, reduciendo la selectividad de las medidas penales e incrementando las prácticas del Sistema de Justicia.

El resultado tiene grandes chances de ser un incremento no solo en *crime prevention*, sino también, desde la valorización de la imputación moral orientada hacia la víctima, en la determinación de la víctima como sujeto empírico dotado de capacidad comunicativa y protagonista del conflicto criminal jurídicamente regulado. El problema pasa a ser definir *si* y *en qué medida* es posible transponer este nuevo contenido moral a las categorías de la teoría del delito, especialmente en la redefinición de criterios para la imputación objetiva. Es decir, la imputación moral orientada a la víctima requiere de los cánones de la teoría del delito la necesidad de componer la ecuación: de un lado, *(i)* la admisión de la experiencia delictiva como factor *individualizado*, socialmente contextualizado y que informa la interpretación penal; y, de otro, *(ii)* la necesidad de conformar, a partir de esto, un sistema de distribución de responsabilidad penal cuya aplicación se extiende a una generalidad de casos, delimitándose formas de imputación jurídica que estén acompañadas de la imputación moral de los individuos relacionados al problema criminal analizado.

3 IMPUTACIÓN MORAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LA VÍCTIMA COMO PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

La tentativa de una reorientación de la atención dispensada a la víctima en los debates en torno de los conflictos penales tuvo como efecto colateral la distorsión por *policy makers* acerca de las repercusiones para el Sistema de Justicia criminal. La reorientación a la víctima no escapa a la ambigüedad de promover políticas rígidas de enfrentamiento a la criminalidad, cuyo contenido no solo desafía las nociones liberales de pena proporcional, sino que también abre espacio para la

justificación utilitaria de la sanción penal como instrumento de neutralización de individuos peligrosos. Michael Tonry (2011, p. 5), describiendo la experiencia inglesa a partir del final de la década de 1990, demuestra cómo las políticas – caracterizadas por la facilitación de condenaciones y por un recrudecimiento punitivo – eran expresamente legitimadas por los liderazgos gubernamentales británicos como una forma de “reequilibrar el sistema [de justicia criminal] en favor de la víctima”^[18]. Sin embargo, esa tendencia no implicó una efectiva superación de la indiferencia direccionada por el sistema penal a la perspectiva de la víctima y a sus experiencias concretas con el delito. Incluso en estos contextos de pretensa revalorización de la víctima, el foco de las intervenciones punitivas continuaba siendo, esencialmente, el ofensor – antes a ser rehabilitado, ahora inocuizado –. En cambio, la víctima es convertida en mero personaje simbólico, instrumentalizado en las justificaciones políticas de las medidas de recrudecimiento, que, a su vez, se mostraban esencialmente desconectadas de la complejidad de los discursos de reafirmación de las libertades personales de la víctima.

Las nuevas tendencias consolidaron el ya conocido estado de aislamiento de las víctimas, en la medida en que no las consideran como agentes morales cuyas perspectivas individualizadas son relevantes para la interpretación penal, además de no tenerlas efectivamente en cuenta en la definición de las políticas de gerenciamiento del problema delictivo. Tanto el *welfarismo* penal como las políticas de inocuización parecen, en verdad, tratar a sus destinatarios más como *objetos* de una intervención estatal y menos como *sujetos* efectivamente participantes de la vida social (GÜNTHER, 2014, p. 4). Al seguir esta línea, desconsideran a los individuos como agentes morales que, pese a fallos y a veces inclinados a la transgresión, son capaces de aprehender los reclamos normativos y la censura vehiculada por medio de la reacción penal (VON HIRSCH; ASHWORTH, 2005, p. 23).

Eso denota, primeramente, una posible aproximación entre la imputación jurídico-penal y la imputación moral de los individuos, despertando para la posibilidad de desarrollar un proceso más amplio de redefinición de los modos por los cuales

[18] Además, más adelante en su texto, el autor trae también la discusión hacia el modelo estadounidense, argumentando que las leyes *three-strikes* eran incapaces de ser moralmente justificadas, por generar la aplicación de penas desproporcionales que comprometen la coherencia de un sistema penal.

el sujeto se inserta en las categorías dogmáticas: la capacidad de actuar y de ser imputado guarda relación directa con la comprensión de la *persona* como sujeto moralmente capaz de actuar y se expresar, responsabilizándose por las comunicaciones que exterioriza. En este modelo teórico, la responsabilidad está insertada en diversas interacciones comunicativas de la sociedad, presuponiendo la existencia de individuos dispuestos a un comportamiento crítico con relación tanto a esferas de organización ajenas cuanto a las pretensiones de validez llevadas a cabo por ellas mismas (MACHADO; PUSCHEL, 2013, p. 255). Ese “giro reflexivo” en el concepto de responsabilidad parece tener el potencial de redefinir la propia noción de imputación, en la medida en que los criterios para realizarla dejan de ser comprendidos como elementos previa y substancialmente dados por un programa apriorístico, rescatando la construcción de su sentido por medio de interacciones sociales que presuponen la existencia de agentes moralmente imputables. Como consecuencia de este tránsito hacia un paradigma comunicativo^[19] y de esta atribución de mayor relevancia a los procesos de imputación moral de los individuos, la persona es interpretada como “fuente autogeneradora” de sus conductas y manifestaciones, poseyendo *competencia performativa* para posicionarse críticamente ante sus elecciones y circunstancias^[20].

[19] Mientras el actuar orientado a las consecuencias implica coordinación intersubjetiva *estratégica*, que se funda en la adaptación de cálculos egocéntricos de beneficios, en el “actuar comunicativo” hay una orientación hacia el “entendimiento mutuo”: los actores establecen que perseguirán sus fines apenas si hubiera un acuerdo previo o potencial acerca de la situación y de las consecuencias previstas. Con eso, la teoría social crítica es reconstruida en torno de un paradigma comunicativo, según el cual la consciencia individual se construye intersubjetivamente en relaciones sociales lingüísticamente mediadas. (HABERMAS, 2003, p. 165-165). Como será demostrado *infra*, las posteriores teorías del reconocimiento, al reforzar el carácter asimétrico y frecuentemente conflictivo de las relaciones intersubjetivas, cuestionaron esta capacidad de obtener un consenso mediante discursos practicados por sujetos en una idealizada condición de igualdad.

[20] Este concepto más amplio, trabajado por Klaus Günther (2009b, p. 34-37) como definidor de una “persona deliberativa”, asume dos formas distintas, conforme el rol ejercido por el sujeto en las relaciones sociales: (i) *ciudadano*, referente a los espacios de sociabilidad en que el sujeto participa de una red discursiva formateada para producción jurídico-normativa; y, al mismo tiempo, (ii) *persona en derecho*, como individuo que, además de autor, es también destinatario de las normas jurídicas.

La condición de persona como moral y jurídicamente imputable no adviene tan solo de las capacidades cognitivas individualizadas de autorregulación y autoconsciencia. En verdad, el juicio de imputación encuentra su fundamento en los procesos de reconocimiento mutuo entre individuos^[21] – iguales entre sí y moralmente capaces de responder por sus actos –, elaborado a partir de las interacciones intersubjetivas, y a partir de que la existencia de derechos y deberes se hace posible^[22]. En la formación de la imputación moral se elaboran también los criterios de imputación desde una nueva perspectiva del sujeto que conlleva un redimensionamiento de su posición en el sistema jurídico-penal: más precisamente, concibiéndolo a partir de una nueva condición de participante activo y moralmente responsable, que trasciende los roles personales de mero espectador o receptor

[21] El cerne de la teoría hegeliana del reconocimiento residiría en la idea según la cual la autocomprensión cualitativa de un individuo depende del reconocimiento y de la afirmación por parte de los demás, proceso del cual depende reconocer todos los participantes de esta interacción en la condición de iguales (FORST, 2010, p. 327). El reconocimiento ocurre en tres esferas distintas, en las cuales los individuos presentan luchas por pretensiones subjetivas relativas a aspectos de sus identidades, conforme las especificidades de cada especie de interacción intersubjetiva. La primera de estas esferas está relacionada a las relaciones afectivas, en las que el *amor* desarrolla en el sujeto una relación de confianza en sí mismo, permitiéndole relacionarse en la comunidad con mayor facilidad y menor susceptibilidad al rechazo. La segunda esfera, por su parte, es la del *derecho*, en la que el reconocimiento parte de la noción de una igualdad universalizable, decurrente de demandas sociales por *generalización y ampliación* de derechos, a partir de las cuales se les reconoce a los sujetos la condición de agentes jurídicamente iguales y dotados de responsabilidad moral. Si en la esfera del afecto la autorrelación práctica ocurre en términos de *autoconfianza*, el reconocimiento en el derecho produce *autorrespeto*. La tercera esfera de reconocimiento, por otro lado, concierne a las relaciones de *solidaridad*, toma en consideración las particularidades del sujeto que definen distintamente su individualidad, resguardándola de evaluaciones puramente colectivistas de las propiedades subjetivas. Es en esta tercera esfera que tiene lugar la estima social, derivando de la lucha por reconocimiento la *autorrealización* del sujeto individualizado. Más sobre el tema, ver HONNETH, 2003a, p. 159-211 y, en Brasil, SOUZA, 2000.

[22] Así como la responsabilidad implica el reconocimiento del individuo como sujeto moralmente imputable, Günther (2009a, p. 272-279) también provee caminos para identificar situaciones en que el agente tiene su reconocimiento denegado. Esto ocurriría, fundamentalmente, cuando el agresor moralmente imputable es tratado como si no lo fuese, pasando a ser tratado como no-persona, foco de peligro, enfermo o simplemente como objeto de una intervención estatal. La negativa de reconocimiento ocurriría también cuando se atribuye al agente la responsabilidad por circunstancias – mismo extra-individuales – no causadas por él, o sobre las cuales no tiene control.

de la medida punitiva. De este modo, el sujeto involucrado en el conflicto penal es interpretado como actor individualizable que interacciona comunicativamente con las demás personas y con la propia red de comunicaciones que es establecida a partir de las medidas punitivas. Así, él es capaz de aprehender la comunicación cargada por las normas penales y por la intervención punitiva, relacionándose críticamente con ella y con su propia posición.

En este proceso, fundamentalmente conflictivo^[23], son ejercidas pretensiones de autoafirmación subjetiva, que pueden o no ser reconocidas por los demás actores que se relacionan con el delito y con las distintas formas de reaccionar socialmente a él. De ese conflicto intersubjetivo pueden derivar prácticas tanto de *subjetivación* (reconocimiento) como de *dessubjetivación*, dependiendo de cómo se estructura la dogmática jurídico-penal y de cómo el Sistema de Justicia criminal actúa con relación a la persona – es decir, encarándola en mayor o menor medida como sujeto moralmente imputable. De esto resulta la defensa de que, en lugar de un instrumento de pura contención de riesgos, la reacción penal debe ser comprendida como una *comunicación* que vehiculiza *censura*, aprehensible por sujetos moralmente imputables, capaces de comprender el mensaje transmitido por la pena y de relacionarse críticamente con su contenido. Si es verdad que la caracterización de un individuo como *sujeto* está intrínsecamente conectada a las formas por las que la sociedad lo reconoce como persona dotada de derechos, y capaz de ser moralmente imputada por las pretensiones de validez que comunica, parece igualmente correcto relevar la hipótesis de intervenciones punitivas viabilizaren subjetivación, de la manera en que aquí es delimitada. Esta concepción, con bases eminentemente comunicativas, repercute no solo en el ofensor del delito, sino que abre un amplio campo de investigación sobre el rol de la víctima en la atribución de responsabilidad: el reconocimiento del ofensor, comprendido intersubjetivamente como agente moralmente responsable, “va

[23] Axel Honneth parte de la noción de intersubjetividad desarrollada por Habermas, pero considera muy abstracta la idea de una formación de consenso a partir de relaciones discursivas que ocurrirían en condición de igualdad: antes, sería necesario investigar de qué modo la formación de identidades está constantemente tensionada en contextos asimétricos de lucha por reconocimiento (SILVA NETO, 2012, p. 42-44).

de la mano” con el reconocimiento también de la víctima, la cual es igualmente encarada como “agente comunicativo en el Sistema de Justicia penal”. A partir de la consideración de los individuos como sujetos moralmente imputables, que interactúan conflictivamente en relaciones sociales de busca por reconocimiento, la pena fundamenta un *mensaje moral* canalizado no solo al ofensor, sino también a la víctima y a la sociedad como tercera interesada (GÜNTHER, 2014, p. 5)^[24].

Klaus Günther (2009a, p. 284)^[25], desde una perspectiva teórica atenta a la problemática del reconocimiento, estudia la cuestión de la víctima de forma conjugada con su teoría de la responsabilidad: la tendencia de autores del delito de pulverizar su responsabilidad en factores extra-individuales, cuando no se muestran idóneos para realmente mitigar la culpa, tendría como consecuencia el menosprecio de la víctima, deficitariamente reconocida y abandonada a su propio destino. En la línea de la interpretación de Günther, el paradigma comunicativo es establecido como estructurador de las relaciones sociales, influyendo directamente sobre la pena. Al mismo tiempo en que se redescubre el ofensor como agente comunicativo, teniendo en vista que la censura es la forma por la que miembros de una comunidad tratan unos a otros en la condición de agentes moralmente responsables, también la víctima, antes olvidada en las políticas de rehabilitación del ofensor, es retomada como agente comunicativo, munida tanto de derechos de pedir justificaciones como de deberes de proveer respuestas. Con eso, sugiere que la reconfiguración de la pena como censura de carácter simbólico-expresivo, cuya consecuencia es la imputación moral al ofensor, carga consigo la potencialidad de atribuir reconocimiento también a la víctima. Sosteniendo la relevancia de una declaración pública de culpa que restituya simbólicamente las autorrelaciones

[24] Aunque sin adentrarse en los debates acerca del reconocimiento, Andrew von Hirsch (1998, p. 36) trabaja en sentido similar, al demostrar que la ascendencia de la víctima se coaduna con la tesis de que la punición, al expresar censura al autor del delito, asume que el daño sufrido es importante y atribuible a un individuo moralmente imputable.

[25] Sin embargo, la crítica de Pawlik (2015, p. 40) a Günther es contundente, ya que en el plan de la filosofía política, las posibilidades de subjetivación más allá de la violencia de Estado pueden significar una regresión al estado de naturaleza (*Naturzustand*) y, a su vez, en plan de la aplicación concreta del Sistema de Justicia criminal las “reales oportunidades de participación” de cada uno de los individuos siguen dependientes de su determinación.

positivas y las interacciones intersubjetivas abaladas por el crimen, Günther (2002, p. 218) expone que la reacción penal así configurada comunica que la violación no es consecuencia del acaso o del azar, pero sí de un injusto que afectó a la víctima, y que la sociedad entiende como inaceptable^[26].

El embate entre formas de reconocimiento de la víctima y del ofensor frente a las expectativas sociales direccionadas al derecho penal, en verdad, repone el debate clásico acerca de la orientación de la dogmática jurídico-penal por la filosofía política, en que se contraponen, de un lado, el discurso liberal de las preferencias personales y de la autonomía individual, y, de otro, la impositividad de la vida comunitaria. El problema central de una teoría de la justicia con fundamentación moral se encuentra en la oposición entre liberalismo y comunitarismo, aunque, como sostiene Rainer Forst (2010, p. 9-11), la complejidad y la multiplicidad de las diferentes teorías que transitan entre estos dos grupos dificultan definirlos como tradiciones teóricas uniformes y claramente definidas. En todo caso, la tesis central del comunitarismo sería que el “contexto de la justicia” residiría en la figura de la comunidad, la cual – con sus prácticas, valores e instituciones – define un “horizonte normativo” que delimita no solo la identidad de la propia comunidad, sino también la de sus miembros. La constitución de este *contexto* de justicia tendría también un contenido normativo, extraído exclusivamente del ambiente comunitario. Por su parte, las concepciones liberales se fundan prevalentemente en la idea de derechos individuales y procedimientos formales, contando con individuos que deciden acerca de la justicia de forma “impersonal”, “imparcial”, descontextualizada y no vinculada a una identidad edificada a partir de la comunidad. Así, la teoría liberal “censura la teoría comunitarista caracterizándola como *obcecada por el contexto*”.

Insertada en los términos de ese debate, la víctima repone la controversia sobre la acomodación de los intereses de las propias víctimas y la aprehensión de los conflictos intersubjetivos presentes en los procesos de victimización, además

[26] Joel Feinberg (2011, p. 114-115) afirma que la punición expresa el reproche por parte de la comunidad – algo distinto de la mera exteriorización de emociones – a la conducta del criminoso, retornando a él mediante la intervención punitiva de matiz retributiva cargada de sentido.

de cómo estos factores pueden ser internalizados por el sistema penal^[27] sin que los derechos individuales del ofensor sean indiscriminadamente vulnerados. La cuestión refleja también una tensión más amplia entre la persecución de intereses comunitarios y el lugar que resta al individuo – ofensor y víctima – ante ellos. Precisamente esta rehabilitación moral del conflicto despierta la necesidad de verificación de los postulados clásicos de la teoría del delito y de la pena. Con base en reflexiones de la filosofía del sujeto, podría ser admitido algo comúnmente visto con reserva por los penalistas: la interpenetración de la moral en los conflictos jurídicos, especificada para la problemática de la víctima y sus interfaces con el sistema jurídico-penal^[28].

En esta reorientación de las ideas por la filosofía del sujeto, los individuos se organizan racionalmente en relación a las mediaciones normativas, posibilitando la expansión de sus potencialidades individuales y la elaboración de prácticas de subjetivación normativamente aptas para lidiar con situaciones concretas de asimetría social^[29]. El propósito de ese nuevo paradigma sería entender de qué forma los procedimientos de racionalización del derecho viabilizan prácticas de subjetivación con relación a las asimetrías sociales, proponiéndose a posibilitar a los individuos el desarrollo libre de su personalidad y a recuperar el sentido de la realización práctica del comportamiento del sujeto como categoría filosófica.

[27] “(U)n ordenamiento jurídico estatal está lejos de ser algo monolítico e orgánicamente cohesivo. Antes, es el resultado heteróclito de la sedimentación de luchas sociales entre varias disposiciones contrarias y mismo contradictorias en el interior de la sociedad. El ordenamiento jurídico trae las marcas de esas luchas y conflictos. En ese sentido, cabe a la filosofía del derecho presentar las luchas y conflictos que imprimieron al ordenamiento jurídico su tendencia de racionalidad” (SAFATLE, 2012, p. 60).

[28] Fernando Andrade Fernandes (2001, p. 94 y ss.), en su “*O processo penal como instrumento de política criminal*”, llega al “trilema regulatorio” de Günther Teubner en los procesos de juridificación (*Verrechtlichung*), los cuales – en el embate entre derecho, política y sociedad – terminan por alienar los conflictos sociales en la construcción social de sentido del derecho. Especificando este raciocinio para los casos de Justicia de Transición, SAAD-DINIZ, 2011, p. 2084. Niklas Luhmann (2008) es aún más contundente al mencionar el lugar de la moral en la observación sociológica de la teoría de sistemas: la moral puede estar presente o ausente de cualquier comportamiento decisorio, pero bajo ninguna hipótesis o contingencia puede constituir ella misma un sistema diferenciado funcionalmente.

[29] Sobre la “fuerza normativa de las soluciones simétricas”, pero pretendiendo superar la dimensión social de las asimetrías, NASSEHI, 2010, p. 351-352.

Así, la disminución de las “asimetrías” por medio de la idea de simetrización de los conflictos posiblemente elevaría el potencial crítico de las medidas punitivas, revisando el alcance de sus consecuencias y redefiniendo los parámetros normativos de soluciones simétricas. Compensar asimetrías y elevar prácticas de subjetivación en las mediaciones normativas en casos que conllevan victimización parece en gran medida depender del punto de vista de las víctimas, reconociéndose su condición de sujeto comunicativo: ser afectado por el delito es una experiencia individual, vivenciada de forma distinta conforme las peculiaridades personales y circunstanciales de la persona victimada, cuya perspectiva es importante para comprensión del delito y de cómo el Sistema de Justicia puede inserirse en un contexto interaccionista de reconocimiento.

Particularmente, la noción de *menosprecio* (*disrespect*) y sus conexiones con las relaciones de reconocimiento pueden fornecer una llave de lectura interesante para la cuestión. Comprendido como injuria moral que se consubstancia en la denegación de reconocimiento en una de sus esferas (relaciones afectivas, derecho y solidaridad), el menosprecio abala las condiciones necesarias tanto para la ocurrencia de relaciones intersubjetivas adecuadas, como también para la protección de la integridad de los individuos. En este sentido, impacta sobre las autorrelaciones positivas de los sujetos y, consecuentemente, sobre la propia capacidad de ellos para relacionarse consigo y con los otros^[30]. Los conflictos sociales que impulsan demandas por reconocimiento advienen de estas experiencias de injusticia, siendo despertados cuando no se constatan, en situaciones concretas, aquellos motivos que serían capaces de hacer con que prácticas, reglas y medidas fuesen clasificadas como socialmente aceptables. La filosofía del sujeto trae al individuo para el cerne del problema, al afirmar que las razones para entender

[30] Honneth (2007, p. 133-134 y 137) asevera que la posibilidad de ser socialmente lesionado también tiene lugar en el ámbito intersubjetivo: la vulnerabilidad moral de los seres humanos sería consecuencia del hecho de que ellos deben la conformación de sus identidades a la construcción de una autorrelación; la cual, a su vez, es dependiente de la forma como ese sujeto se relaciona y es recibido por los demás participantes de la vida social. En este sentido, y abarcando la cuestión de qué significa la protección de las relaciones de reconocimiento en sus relaciones con la moralidad, Honneth define tal moral como “la quintaesencia de las actitudes a las cuales estamos mutuamente obligados a adoptar, a fin de asegurar conjuntamente las condiciones de nuestra integridad personal”.

como “buenas” estas mismas prácticas, reglas y medidas deben considerar las expectativas que los individuos direccionan hacia la comunidad. La delimitación material del menosprecio – es decir, de su contenido moral – depende de la perspectiva individual de sus víctimas, así como el punto de vista de los sujetos en interacción es determinante para la definición también de las formas concretas que deben asumir las relaciones positivas de reconocimiento (HONNETH, 2003b, p. 129-134; CAMARGO, 2006, p. 131). Esta nueva conexión ocurriría por medio de la consideración de la víctima como agente capaz de aprehender y exteriorizar comunicación, y cuya perspectiva individual acerca de la victimización es importante para la comprensión de los procesos de imputación y de formas más sofisticadas de administrar el problema de la criminalidad.

La reorientación del derecho penal en dirección a la filosofía del sujeto puede traer nuevos rumbos para el reconocimiento de las personas afectadas por el crimen, al comprender la victimización como experiencia individual cuyas repercusiones son tan distintas cuanto igualmente distintas son las circunstancias concretas de aquellos que la sufren. El reconocimiento del otro podría proporcionar una revisión de las mediaciones normativas de las relaciones intersubjetivas, renovando los estudios acerca de la fundamentación del derecho de punir^[31]. Así, parecen abrirse

[31] Al contrario de cambios puntuales, innovaciones más genuinas en el derecho penal exigen una mayor amplitud. Sin embargo, eso no conlleva la necesidad de alteraciones en diversos niveles del sistema, sino que se refiere a cambios que promueven una revisión de los fundamentos en que se basa la racionalidad penal moderna, produciendo así transformaciones no esperadas por el derecho penal tradicional. Demanda, primeramente, una redefinición de la autorrepresentación del sistema penal, lo que se caracteriza a sí mismo como mecanismo de distribución de sufrimiento por medio de la pena (con independencia de la teoría adoptada acerca de la finalidad de la punición). Entre las posibilidades abiertas por esta redefinición, está la abertura de alternativas que viabilizan una “mayor participación de la víctima”, además de instrumentos menos expiatorios y más conciliatorios. Asimismo, exige que la transformación no sea eventual, habiendo en verdad que ser más difusa, estabilizando la reorientación del sistema (XAVIER, 2015, p. 454-456). Según los teóricos de la racionalidad penal moderna, consiste ella en un sistema de pensamiento construido en el mundo occidental a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, dedicado a comprender y conformar una serie de prácticas institucionales que son designadas conjuntamente como “justicia penal”, con base en dos sentidos principales: un teórico-formal, nueva forma de pensar la justicia criminal que distingue a sí misma de otras racionalidades presentes en otros sistemas; y otro empírico-descriptivo, que hace referencia a una racionalidad concreta, históricamente situada en el contexto de transformaciones del sistema penal a partir del pensamiento europeo moderno.

nuevos horizontes para conseguir que el Sistema de Justicia y la comunicación de la pena reconozcan a la víctima (*subjetivación*), sin que eso conlleve, por otro lado, la denegación de reconocimiento al ofensor (*dessubjetivación*)^[32].

Si esta hipótesis de reorientación tuviera algún sentido, tolerancia, solidaridad y reconocimiento de sí en el otro podría ofrecer un rendimiento mayor que la diseminada pauta puramente negativa para la incriminación, la cual aísla a la víctima del debate al comprenderla como elemento de distorsión de un derecho penal que se busca tornar racional. La preocupación en evitar que la perspectiva de la víctima en el derecho penal vulnere los derechos individuales del acusado, aunque legítima teniendo en cuenta las distorsiones llevadas a efecto por *policy makers*, acaba alejándose de la comprensión según la cual la subjetividad es construida – e incluso protegida – mediante tramas de solidaridad. Lo más desafiante aquí sería evaluar las posibilidades de operar imputaciones morales que puedan dar cuenta de ofrecer una pauta positiva para la intervención punitiva, mediante reconocimiento de situaciones concretas en que se pueda efectivamente producir la subjetivación de las personas involucradas en los conflictos penales.

En el plano concreto del cotidiano del Sistema de Justicia criminal, fue poco explorada hasta el momento la evaluación de la efectividad de normas penales que buscan fomentar el empoderamiento de la ciudadanía y la creación de concretas condiciones para el ejercicio de la autonomía. Al menos en el medio científico brasileño, conviven, de un lado, un concepto sobrestimado de autonomía – que desconsidera las redes de solidaridad y reconocimiento intersubjetivo –, y, de otro, una mal estimada eficacia de la tutela penal de los derechos humanos. Si este

Entre las características de la racionalidad penal moderna estaría una “estructura normativa telescópica” – que yuxtapone una norma sancionadora a otra de comportamiento –, además de la noción de que la reacción penal debe ser imprescindiblemente afflictiva y proporcional al mal causado por el agente (PIRES, 2004, p. 39-41).

[32] “La pregunta elemental de Honneth es qué tipo de prácticas sociales están institucionalizadas en nuestra sociedad de tal manera que impliquen formas de reconocimiento recíproco y se basen en principios normativos, reconstruibles a modo de una gramática moral de la vida social” (BAUSURE, 2011, p. 76-77).

mecanismo fuese realmente posible, la revisión de los padrones tradicionales de imputación podría encontrar raíces sólidas en el reconocimiento intersubjetivo de las necesidades humanas, encontrando formas más sofisticadas y constitucionalmente adecuadas de administrar los conflictos en que se involucran ofensor y víctima, además de la propia sociedad como tercera interesada. Verificar las condiciones a partir de que los cánones de la imputación objetiva, de las estructuras del delito y de la fundamentación de la pena son afectados por la reintroducción de la imputación moral en la interpretación de las normas penales constituye una ambiciosa, pero promisoría agenda de investigación.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Conflitualidade e violência: reflexões sobre a anomia na contemporaneidade.** Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 19-47, mai. 1998.

ADORNO, Sérgio. **Insegurança versus direitos humanos: entre a lei e a ordem.** Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 129-153, out. 1999.

ALVAREZ, Marcos César *et al.* **“A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?”.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n. 86, p.247-288, set./out. 2010.

BAUSURE, Mauro. **Reificación y crítica de las patologías sociales en el marco del proyecto de teoría crítica de Axel Honneth.** Enrahonar, n. 46, p. 75-91, 2011.

BONET ESTEVA, Margarita. **La víctima del delito: la autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto.** Trad. Alfredo Chirino Sánchez. Madrid: McGraw Hill, 1999.

CAMARGO, Silvio. **Axel Honneth e o legado da teoria crítica.** Política e Trabalho, Revista de Ciências Sociais, João Pessoa, n. 24, p. 123-138, abr. 2006.

CUAREZMA TERÁM, Sergio J. **La victimología.** In: PICADO S., Sonia; TRINDADE, Antônio Cançado A.; CUÉLLAR, Roberto (comp.). Estudios básicos de derechos humanos, tomo V. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría.** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DUSSICH, John P. **J.** Victimology – past, present and future. 131st International Senior Seminar Visiting Expert’s Papers, Resource Material Series n. 70. Tokyo: UNAFEI, 2006.

- ESER, Albin. **Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal.** Tendencias nacionales e internacionales. Trad. Fabricio O. Guariglia e Fernando J. Córdoba. In: ESER, Albin; HIRSCH, Hans; ROXIN, Claus et al. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.
- FATTAH, Ezzat A. **Victimology: past, present and future.** Criminologie, v. 33, n. 1, p. 17-46, 2000.
- FEINBERG, Joel. **The expressive function of punishment.** In: TONRY, Michael (ed.). Why punish? How much? A reader on punishment. Nova York: Oxford University Press, 2011.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal.** São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERNANDES, Fernando Andrade. **O proceso penal como instrumento de política criminal.** Coimbra: Almedina, 2001.
- FORST, Rainer. **Os contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo.** Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.
- FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Proteção legal das vítimas de crimes no direito brasileiro.** In: FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; FALEIROS JUNIOR, Roberto Galvão (org.). Estudos contemporâneos de vitimologia. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.
- GARLAND, David. **La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea.** Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco.** São Paulo: RT, 2004.
- GÜNTHER, Klaus. **Anerkennung, Verantwortung, Gerechtigkeit.** In: FORST, Rainer; HARTMANN, Martin; JAEGGI, Rahel et al. (org.). Sozialphilosophie und Kritik. Frankfurt am Main: Surkhamp, 2009a.
- GÜNTHER, Klaus. **Criminal law, crime and punishment as communication.** Normative Orders Working Papers 02/2014. Cluster of Excellence at Goethe University Frankfurt/Main, 2014.
- GÜNTHER, Klaus. **Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention.** In: PRITTWITZ, Klaus; BAURMANN, Michael; GÜNTHER, Klaus (org.). Festschrift für Klaus Lüderssen. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2002.
- GÜNTHER, Klaus. **Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito?** Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. In: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009b.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HERRERA MORENO, Myriam. **Humanización social y luz victimológica.** Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, n. 26, p.73-85, anual. 2012.
- HERRERA MORENO, Myriam. **Sobre los orígenes científicos de la victimología.** Cuadernos de política criminal, Madrid, n. 56, p. 481-489, 1995.
- HONNETH, Axel. **Disrespect: the normative foundations of critical theory.** Cambridge: Polity Press, 2007.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003a.
- HONNETH, Axel. **Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser.** In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange. Trad. Joel Golb, James Ingram e Christiane Wilke. Londres:

Verso, 2003b.

JAKOBS, Günther. **System der strafrechtlichen Zurechnung**. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2012.

LUHMANN, Niklas. **Die Moral der Gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp, 2008.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella. **“Klaus Günther: culpa penal no Estado democrático de direito”**. In: NOBRE, Marcos (org.). Curso livre de teoria crítica. 3. ed. Campinas, SP: Papyrus, 2013.

NASSEHI, Armin. **Asymmetrien als Problem und als Lösung**. In: FATEH-MOGHADAM *et al.* (org.) Grenzen des Paternalismus. Stuttgart: Kohlhammer, 2010.

ONU. **Declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power**. Resolução 40/34, 29 Nov. 1985. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>. Acesso em: 18 fev. 2016.

PASTANA, Débora Regina. **A cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: Método, 2003.

PAWLIK, Michael. **Das Unrecht des Bürgers**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

PAWLIK, Michael. **“Der Bürger möchte bestraft werden”**. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 14 Mar. 2015.

PÉREZ CEPEDA Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. **Estudios de los instrumentos existentes para medir la delincuencia**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 15-08, p. 08:5-08:08, 2013.

PIRES, Álvaro. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. Revista Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. **Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales**. In: ROXIN, Claus; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. Política criminal y dogmática penal.

Lima: Ara Editores, 2013.

PRITTWITZ, Cornelius. **Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft**. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1993.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **El enclave de los Juicios de Transición: observación del caso brasileño**. In: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, v. 2, p. 2076-2104, 2011.

SAFATLE, Vladimir. **Grande Hotel Abismo: por uma reconstrução da teoria do reconhecimento**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Sistema del derecho penal y victimodogmática**. Trad. Mariana Sacher. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; CRACIA MARTÍN, Luis et al. (ed.). La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA NETO, Wilson Levy Braga da. **Teoria democrática e reconhecimento**. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA, Jessé. **Uma teoria crítica do reconhecimento**. Lua Nova, São Paulo, n. 50, p. 133-158, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Una crítica a las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”**. Revista de Estudios de la Justicia, Santiago, n. 11, p. 35-56, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Perspectivas sobre la política criminal moderna**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TEUBNER, Günther. **Verrechtlichung: Begriff, Merkmale, Grenzen, Auswege.**

In: KÜBLER, Friedrich. (Org.). Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und soziale Solidarität. Baden-Baden: Nomos, 1984.

TONRY, Michael. **Can twenty-first century punishment policies be justified in principle?**

In: TONRY, Michael (ed.). Retributivism has a past: has it a future? Nova York: Oxford University Press, 2011.

VAN DJIK, Jan J. **M.** Introducing victimology. In: VAN DJIK, Jan J. M.; VAN KAAM, Ron G.

H.; WEMMERS, JoAnne (eds.). Caring for crime victims: selected proceedings of the 9th International Symposium on Victimology. Monsey: Criminal Justice Press, 1999.

VAN DJIK, Jan J. **M.;** DE WAARD, J. "A two-dimensional typology of crime prevention projects; with a bibliography". In: Criminal Justice Abstracts, v. 23, n. 3, p. 483-503, set. 1991.

VON HIRSCH, Andrew. **Censurar y castigar.** Trad. Elena Larrauri. Madrid: Editorial

Trotta, 1998.

VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. **Proportionate sentencing: exploring**

the principles. Oxford: Oxford University Press, 2005.

WALKLATE, Sandra. **Researching victims of crime: critical victimology.** Social

Justice, vol. 17, n. 3 (41), p. 25-42, 1990.

WOLHUTER, Lorraine; OLLEY, Neil; DENHAM, David. **Victimology: victimization and**

victim's rights. Nova York: Roudledge Cavendish, 2009, p. 26-28

XAVIER, José Roberto Franco. **Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de**

pensamento: por uma sociologia das ideias penais. Revista Direito & Práxis, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 428-463, 2015.

O PAPEL DO RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO PARA PROMOVER O DESENVOLVIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Joyce Santos de Oliveira^[1]
Fabiana Cristina Severi^[2]

INTRODUÇÃO

Uma concepção de desenvolvimento adequada aos princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito deve ser abrangente e inclusiva. Isso quer dizer que o desenvolvimento de um país não deve ser focado exclusivamente na economia, mas necessariamente à realização da justiça e dos direitos humanos, além de

[1] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: joycesantosdeoliveira@gmail.com.

[2] Livre-docente em Direitos Humanos pela FDRP-USP. Professora do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: fabianaseveri@usp.br.

propiciar condições democráticas de participação nas decisões políticas. Portanto, os desafios para um desenvolvimento adequado nos termos acima propostos são muitos. É preciso que instituições e processos políticos estejam voltados a estes fins. Todavia, há a pressão do mercado, do capitalismo financeiro, para que se realize o oposto: exploração insustentável do meio ambiente, degradação das condições de trabalho e formas de vida.

Como pensar, portanto, em um modelo de desenvolvimento voltado à realização da justiça e direitos humanos em um cenário cujas relações de poder estão cada vez mais intransparentes e agressivas? Como adotar uma concepção de justiça que atenda as demandas sociais do presente e que, ao mesmo tempo, seja capaz de combater a degradação social e política promovidas pelo capitalismo financeiro contemporâneo? Como fortalecer a narrativa e a práxis dos direitos humanos de forma que sejam realmente eficazes para promover a inclusão e igualdade na sociedade?

Este trabalho pretende apresentar um esboço das teorias contemporâneas de justiça e o que elas têm entendido sobre a tensão Estado Democrático de Direito e capitalismo, bem como as possibilidades de realização da justiça e dos direitos humanos na práxis social. Aqui se concentrará na concepção de justiça do filósofo Axel Honneth, autor da corrente filosófica da escola de Frankfurt ou Teoria Crítica da sociedade. O objetivo é verificar se uma concepção de justiça fundada no reconhecimento intersubjetivo pode auxiliar na superação da contradição: capitalismo *versus* desenvolvimento democrático e inclusivo.^[3]

1. JUSTIÇA E RECONHECIMENTO

Axel Honneth ficou conhecido internacionalmente por sua teoria do reconhecimento apresentada, na década de noventa, no livro *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Em seu modelo teórico, o autor propõe

[3] Este tema é tratado de forma mais abrangente no quarto capítulo da minha dissertação de mestrado intitulada “Reconhecimento e emancipação na práxis: a normatividade da ideia de justiça em Axel Honneth”, defendida em outubro de 2018, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, sob à orientação da Professora Fabiana Severi.

que o desenvolvimento da autonomia e da moral dos indivíduos se dá a partir do reconhecimento recíproco entre eles em três esferas de interação social: amor, direito e solidariedade. Ele acredita que as mudanças estruturais das sociedades capitalistas modernas se dão pela via do incremento do reconhecimento recíproco naquelas três esferas de interação social, como se as expectativas de reconhecimento em cada uma delas tensionassem as relações intersubjetivas para seu aprimoramento.

Nas relações de reconhecimento haveria um processo simultâneo de individualização e socialização que promoveria a formação da subjetividade do indivíduo e contribuiria para a sua autorrealização. A tripartição fenomenológica dos padrões de reconhecimento é vista por Honneth como “etapas de autorrealização prática do ser humano”, como se em cada uma dessas esferas houvesse o aumento da autonomia individual e desenvolvimento moral. Assim, o amor fomentaria a autoconfiança dos indivíduos, o direito levaria ao autorrespeito e a solidariedade resultaria na autoestima dos sujeitos (HONNETH, 2009b, p. 155-156).

Estas três etapas sucessivas de reconhecimento seriam necessárias para a formação da autonomia individual. A primeira etapa compreende a esfera do “amor” e nela o indivíduo se sente reconhecido como ser único em suas relações de afeto íntimas, familiares e de amizade. Nesta etapa do reconhecimento, o sujeito adquire autoconfiança porque se compreende como um ser amado. Na segunda etapa do reconhecimento, os indivíduos se veem reconhecidos como pessoas de direito nas relações jurídicas, pois suas pretensões individuais foram institucionalizadas na sociedade à qual pertencem. No reconhecimento jurídico, o sujeito adquire autorrespeito, pois vê suas pretensões individuais observadas pelos seus parceiros de interação. A terceira e última etapa, a estima social, é vislumbrada por Honneth como a etapa em que os sujeitos são reconhecidos por suas capacidades e propriedades como úteis para a reprodução da sociedade, em um movimento de solidariedade. Nessa etapa, os sujeitos adquirem autoestima.

Em 2015, na obra *O direito da liberdade*, Honneth utiliza-se de sua teoria do reconhecimento como pano de fundo para propor uma concepção de justiça alternativa às teorias da justiça liberais contemporâneas. Segundo o autor, esse intento nasceu de sua constatação de que, nas sociedades modernas, as teorias

da justiça que prevaleceram foram aquelas que têm um teor abstrato e apartado da realidade social. Essas teorias da justiça estariam, para ele, embasadas em critérios puramente normativos sobre o justo, sem nenhuma consideração do contexto histórico.

Segundo o autor, embora seja a função de uma teoria da justiça formular os critérios normativos de legitimidade dos princípios de justiça de uma sociedade, uma de suas grandes limitações é fixar princípios puramente normativos, sem uma prévia análise da realidade prática da sociedade e da viabilidade de sua aplicação. Teria persistido, portanto, uma teoria da justiça pela qual se fixam princípios normativos sem que se verifique as possibilidades de efetivação nas instituições existentes na realidade social.

2. AS INCONSISTÊNCIAS DAS TEORIAS DA JUSTIÇA CONTEMPORÂNEAS

Para Honneth uma teoria da justiça tem que pressupor que a reprodução social de uma sociedade é determinada por valores e ideais comuns compartilhados e que é a partir da realidade social que são reconstruídos normativamente os princípios que seriam capazes de assegurar e realizar os valores universais (HONNETH, 2015, p. 31-33). Nesse contexto, Honneth busca fazer uma análise crítica das teorias da justiça liberais dominantes.^[4] Segundo o autor, conforme as diferentes abordagens destas teorias, cada uma delas apresenta uma proposta dependente de seus pressupostos normativos, mas o que ele quer pensar é no panorama geral e tentar demonstrar que: “a textura intrínseca da justiça não consiste em bens distribuíveis”. Para tanto, Honneth parte da constatação de que o paradigma procedimental e a articulação entre justiça distributiva e Estado são os pilares das teorias da justiça contemporâneas. Ao criticá-las, Honneth pretende apresentar um “modelo normativo alternativo” a partir da pergunta: como se deve compreender a justiça social se a ideia da distribuição de bens não representa uma solução adequada? (HONNETH, 2009a, p. 347).

[4] Em sua obra, Honneth se refere principalmente às teorias de Rawls e Habermas.

Honneth critica o postulado das teorias da justiça contemporâneas, o qual supõe que os princípios de justiça de uma sociedade são determinados pela vontade geral dos indivíduos em deliberações autônomas na esfera pública. Ele vê problema nesta concepção, porque parte da premissa abstrata de que a justiça é garantida segundo as possibilidades que uma sociedade tem de assegurar a autonomia individual. A partir desta ideia, as teorias da justiça teriam adotado um conceito de autonomia pessoal pelo qual a liberdade dos sujeitos é determinada conforme a sua possibilidade de autodeterminação individual, independentemente da cooperação de seus parceiros de interação. É daí que teria surgido o “paradigma da distribuição”, pois se a liberdade do outro é uma ameaça à liberdade individual, é preciso assegurar bens suficientes para a realização individual de cada um, ou seja, a justiça passa a ser sinônimo de capacidade de distribuição de bens por parte do Estado (HONNETH, 2009a, p. 349).

Portanto, segundo as teorias da justiça contemporâneas, há a necessidade de conceber um agir procedimental pelo qual os membros da sociedade voluntariamente cooperam para determinar os princípios normativos de justiça. Nesse contexto, a necessidade de um procedimento instituidor dos princípios de justiça pressupõe uma autonomia dos indivíduos envolvidos. Segundo esta concepção, a consolidação de princípios distributivos seria feita a partir de um acordo original entre cidadãos e cidadãos em uma deliberação democrática, com a garantia de igualdade de participação, porque a autonomia individual é pressuposta.

Além da crítica ao paradigma distributivo e procedimentalista, Honneth entende inadequada a confiabilidade no poder do Estado como instância apta a implementar os princípios de justiça distributiva deliberados pelos indivíduos procedimentalmente. Seria possível considerar outras agências não estatais ou ações individuais como imprescindíveis à realização da justiça? Para Honneth, o problema na concentração do Estado como garantidor da justiça reside no fato de que as esferas sociais das relações pessoais ou do mercado (consumo, trabalho e contratos privados) não são consideradas corresponsáveis pela realização da justiça. A concentração do poder no Estado para garantir e aplicar os princípios normativos de justiça retiraria dos próprios indivíduos a responsabilidade da justiça. Assim, a concepção de justiça nas teorias contemporâneas fica restringida pela

confiança no Estado e pela exclusão de outros arranjos sociais articuladores de princípios morais e de justiça, como família, organizações filantrópicas, sindicatos. O diagnóstico de Honneth é que aquelas teorias desconhecem a “real estrutura” e o “modo de efetividade” da justiça no tecido social, ou seja, não consideram adequadamente a forma como se realiza a justiça no cotidiano da sociedade (HONNETH, 2009a, p. 351-359).

Diante desse quadro normativo, Honneth quer propor uma concepção mais adequada de justiça. Pela perspectiva da teoria do reconhecimento, o autor entende que a autonomia deve ser pensada em seu caráter intersubjetivo e não como uma categoria monológica. Segundo o seu modelo teórico, a autonomia é adquirida pelos indivíduos por meio de relações intersubjetivas que garantam o reconhecimento recíproco, pelo qual os sujeitos passam a confiar no seu valor para o seu parceiro de interação e, portanto, passam a adquirir autoestima e autorrespeito. A autonomia não é conquistada necessariamente pela possibilidade de aquisição de bens materiais, mas pelo reconhecimento do indivíduo em suas necessidades e capacidades; deixa de ser uma concepção de bem material a ser gozada individualmente e adquire uma forma cooperativa (HONNETH, 2009a, p. 355).

Ao demonstrar que o paradigma distributivo não é adequado para pensar nos princípios normativos de justiça, Honneth desmantela a ideia de que esses princípios são fixados conforme um procedimento deliberativo democrático. Nesse ponto, qual seria a alternativa? Como esse procedimento deveria ser concebido como um acontecimento real na esfera pública democrática? Ao se substituir o paradigma de justiça distributiva pelo paradigma das relações recíprocas de reconhecimento, o procedimentalismo deixa de ser viável, porque esse modelo estaria preso a uma concepção de distribuição de bens materiais. Esta proposta seria incompatível com uma concepção de autonomia individual segundo a teoria do reconhecimento, pois relações intersubjetivas não podem ser concebidas como bens tangíveis.

Honneth é crítico ao modelo procedimentalista de justiça, porque ele considera que múltiplas formas de reconhecimento social são necessárias para a formação da autonomia individual. Para além da garantia de participação em processos de formação da vontade pública, os indivíduos necessitam de valorizações e de considerações intersubjetivas. Assim, não seria possível conceber a autonomia tão

somente como resultado do respeito intersubjetivo pela competência racional de formar juízos e tomar decisões; seria necessária adicionalmente uma valorização das necessidades e capacidades particulares dos indivíduos (HONNETH, 2009a, p. 365-364).

Para propor uma teoria da justiça mais adequada à realidade, Honneth procura, portanto, deslocar o paradigma distributivo para o paradigma do reconhecimento intersubjetivo; além de substituir o modelo procedimentalista fictício por um modelo que considere as condições historicamente dadas para delas extrair os princípios morais de justiça subjacentes e; complementar a atividade de regulação do Estado Democrático de Direito com instâncias não estatais de promoção da justiça. “Justo” seria o organizar e equipar socialmente uma esfera de interação social de acordo com a norma de reconhecimento a ela subjacente.

3. PATOLOGIAS SOCIAIS E TEORIAS DA JUSTIÇA LIBERAIS CONTEMPORÂNEAS

Como já afirmado, para Honneth, os pressupostos morais formais e abstratos de justiça levam a certas inconsistências normativas nas teorias da justiça contemporâneas, de modo que, a sua reconstrução procura identificar essas inconsistências e propor uma teoria normativa alternativa, centrada nas condições de reconhecimento recíproco. Sua proposta, além de identificar que a justiça está intrinsecamente relacionada com a realização da autonomia individual, diagnostica que há um equívoco na determinação do que é autonomia individual e, conseqüentemente, de liberdade individual, relacionadas a uma concepção também equivocada de justiça.

Ao tomar o sentido da categoria “liberdade” como autonomia do indivíduo, Honneth entende que, nas sociedades modernas liberais, qualquer discussão a respeito da justiça e de valores morais conflui para ideia de liberdade. É nesta categoria que um ordenamento social e instituições estabelecidas fundamentam suas bases morais. O autor identifica que a concepção de liberdade sofreu historicamente diversas modificações. Para ele, existem três concepções de liberdade (HONNETH, 2014b): a liberdade negativa (ou jurídica), a liberdade reflexiva (ou moral) e a

liberdade social. Cada uma dessas concepções amplia o conteúdo da categoria “liberdade” e ampara Honneth na construção de uma abordagem abrangente do termo que vai embasar a sua teoria da justiça.

Para conectar teoria da justiça e teoria do reconhecimento, Honneth, em *O direito da liberdade*, quer responder quais seriam os princípios normativos de justiça se a efetivação da liberdade de um indivíduo só se realizasse por via do reconhecimento intersubjetivo. Para tanto, o autor busca analisar as potencialidades de realização intersubjetiva nas instituições sociais existentes na realidade social, com o intento de superar o distanciamento entre teoria e práxis. No seu projeto teórico, Honneth busca reconstruir as instituições sociais realizadoras da liberdade tanto nas relações pessoais de amizade, afeto e familiares, como nas esferas do Estado e da economia (SILVA, 2013, p. 210-211).

Segundo Honneth, a primeira concepção de liberdade — a liberdade negativa ou jurídica — tem seu delineamento conceitual nas teorias contratualistas, de forte teor individualista.^[5] Nas teorias contratualistas, a liberdade diz respeito ao atendimento das necessidades dos indivíduos sem que haja barreiras externas. Trata-se de uma concepção puramente externa que não leva em conta qualquer deliberação interna do indivíduo, tampouco os objetivos e motivações de suas ações para realização de seus desejos: uma concepção que contempla uma ideia individualista do ser humano. Para Honneth essa forma de liberdade é consubstanciada como liberdade jurídica, uma vez que, em uma leitura restritiva do direito, este criaria uma barreira de proteção mínima à autonomia dos sujeitos para realizarem os seus planos de vida (HONNETH, 2015, p. 128-132).

Liberdade jurídica, nos termos trabalhados por Honneth, diz respeito ao conjunto de direitos subjetivos institucionalizados na sociedade. Eles são para o autor nada mais do que uma forma de garantia da autonomia privada. Historicamente, o sistema de direitos liberais nasceu com a positivação de direitos de proteção dos indivíduos, em um caráter meramente negativo, ou seja, de imposição de barreiras de proteção ao âmbito privado. Também os direitos sociais seriam uma

[5] Para Honneth: “Em seu nível mais elementar ‘liberdade’ para Hobbes é a ausência de resistências externas” (2015, p. 43).

forma de garantir aos indivíduos as condições materiais de exercer os direitos de liberdade negativa. Assim, somente os direitos de participação constituiriam uma exceção ao caráter privado dos direitos subjetivos, pois incentivariam a interação comunicativa dos sujeitos na esfera pública (HONNETH, 2015, p. 132-146).

Honneth entende que uma compreensão limitada da categoria liberdade deve ser superada, pois, no interior da reprodução da sociedade, isso leva ao desenvolvimento de patologias sociais. As patologias sociais, na acepção do autor, dizem respeito à interpretação inadequada dos princípios de justiça subjacentes às práticas sociais por parte dos indivíduos. Esses comportamentos equivocados causam distúrbios nas possibilidades cooperativas de interação social e nas práticas institucionalizadas historicamente (HONNETH, 2015, p. 209). Portanto, a liberdade jurídica compreendida como direitos institucionalizados está sujeita a formas de patologias sociais, porque o seu caráter abstrato leva a “erros de interpretação” na comunicação mediada pelo direito. Segundo o autor, as patologias da liberdade jurídica se expressam de duas formas: a primeira diz respeito a uma tendência dos indivíduos a se comportarem apenas como sujeitos de direito nos litígios — pautando suas ações com uma calculabilidade restringida aos seus direitos subjetivos e interrompendo as possibilidades comunicativas para a solução do conflito. A segunda modalidade de patologia diz respeito à própria auto compreensão dos indivíduos: uma má interpretação do alcance do direito de liberdade gera uma abstenção de ação, uma “indeterminação”, que torna os sujeitos passivos e avessos ao engajamento em projetos e aspirações (HONNETH, 2015, p. 159-161).

A juridificação da vida cotidiana é, segundo Honneth, prejudicial às relações comunicativas dos indivíduos, pois o direito, a partir dos anos 1960, passou a penetrar em todas as esferas das relações sociais, tais como, escola, lazer, cultura, etc. Nesse contexto, as interações sociais destas esferas, que outrora eram mediadas comunicativamente por valores e costumes comuns, passaram a ser empobrecidas por “atitudes estratégicas” que teriam a única finalidade de impor a submissão de um interesse particular aos respectivos parceiros de interação, conforme uma linguagem mediada pelo idioma dos direitos subjetivos (HONNETH, 2015, p. 163)

A segunda forma de patologia social da liberdade jurídica é apontada por Honneth como uma espécie de apatia dos sujeitos. A liberdade jurídica é aqui interpretada pelos indivíduos como liberdade de não se vincular a valores e como incapacidade de formar sua própria vontade ou opinião. Nesse caso, “a subjetividade do indivíduo não é imobilizada em função da entidade jurídica, mas, na verdade, apenas reproduz o caráter suspensivo do direito, ao se manter livre de toda a decisão vinculativa” (HONNETH, 2015, p. 171); isso explicaria a falta de engajamento político na esfera pública, ou o porquê que as pessoas não lutam. Portanto, a liberdade jurídica concebida exclusivamente como exercício de direitos subjetivos pode obscurecer as possibilidades comunicativas de resolução de conflitos, fazendo com que os sujeitos almejem uma “solução rápida e automática” pelo “médium do direito”. Por outro lado, uma interpretação inadequada do conteúdo da liberdade jurídica pode levar ao desinteresse de vinculação a valores e aspirações.

Já a segunda concepção de liberdade — a liberdade reflexiva ou moral — não representa, segundo Honneth, apenas uma ampliação histórica do conteúdo da liberdade negativa, pois já era identificada em filósofos antigos. A liberdade reflexiva consiste em compreender o indivíduo como ser livre para exercer uma ação que decorre de uma reflexão interna prévia. Entra aqui a dimensão racional do ser humano e sua capacidade de fazer escolhas. A liberdade moral representaria a possibilidade de avaliação ética dos princípios institucionalizados como universais em uma sociedade, de forma racional e livre de inclinações.

A limitação dessa forma de liberdade reside no fato de o indivíduo fazer tais ponderações segundo uma perspectiva autorreflexiva ou transcendental, ignorando as possibilidades comunicativas de formação dos princípios éticos (HONNETH, 2015, p. 180-181; SOBOTTKA, 2012, p. 164-165; SOBOTTKA, 2013, p. 220). Isso significa que essa concepção de liberdade também pode levar a patologias sociais, assim como a liberdade jurídica. As patologias sociais no âmbito da liberdade reflexiva dizem respeito a incapacidade de um indivíduo se ver vinculado ao arcabouço de princípios morais institucionalizados na sociedade à qual pertence. Ele tem seu próprio sistema moral desvinculado da coletividade, tornando-se ou um “moralista desvinculado” ou, no extremo, um terrorista fundamentalista (HONNETH, 2015, p. 208-210).

Honneth afirma que a primeira forma de patologia da liberdade moral — “o moralismo rígido” — gera um “efeito alienante esquecido do contexto” e se constitui em uma deformação da moral do indivíduo. Nesse caso, o indivíduo ou grupo cria critérios morais a partir de sua própria perspectiva, desvinculado dos princípios normativos consolidados em seu entorno social. Este indivíduo se torna um “legislador desvinculado” e engessa seu comportamento individual a tal ponto que dificulta as práticas comunicativas e a interação social, em uma “autolegislação moral que flutua livremente” (HONNETH, 2015, p. 210-212).

Já a segunda forma de patologia da moral diz respeito, segundo Honneth, ao processo de questionamento político por parte de um grupo sobre os princípios morais institucionalizados na sociedade. Se a intenção inicial é louvável, o problema se encontra na mesma raiz da patologia anterior: o questionamento parte de uma concepção moral desvinculada do entorno social e se dá por intermédio da violência terrorista — nesse tipo de situação “a ideia moderna de autonomia moral se mostra equivocada quando compreendida no sentido de uma exortação à adoção de um ponto de vista incondicionado e totalmente não mediado” (HONNETH, 2015, p. 216-217).

Diante das limitações da concepção da liberdade negativa (ou jurídica) e da liberdade reflexiva (ou moral) e das patologias sociais que estas podem fomentar, Honneth entende que a compreensão bifurcada da categoria liberdade é incompleta, pois a liberdade só pode ser concretizada em uma perspectiva intersubjetiva de interação. Por isso, o autor ressalta que é preciso identificar uma terceira forma de liberdade nas práticas cotidianas da realidade social e se apropriar de uma linguagem apta a interpretá-la na perspectiva não de um “eu” isolado, mas de um “nós”. Assim, a terceira concepção de liberdade — a liberdade social — é o cerne da construção da teoria da justiça honnethiana; diz respeito à liberdade construída intersubjetiva e cooperativamente: os sujeitos somente são livres na medida em que encontram suas expectativas reconhecidas em seus parceiros de interação.

4. OS FUNDAMENTOS DA TEORIA INTERSUBJETIVA DA JUSTIÇA PARA UM DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO E INCLUSIVO

Partindo do pressuposto de que uma concepção ampla de liberdade é o elemento central da justiça, a proposta de Honneth para construção de sua própria teoria da justiça é pensar na sociedade moderna como um conjunto de esferas de reconhecimento que proporcionam a autorrealização individual e que, ainda que não sejam institucionalizadas juridicamente, constituem esferas da liberdade social. Além disso, Honneth aposta na esfera democrática do Estado para que a terceira esfera seja voltada para a reconstrução das condições intersubjetivas de formação democrática da vontade, onde se encontram espaços de realização da liberdade individual e autorrealização (HONNETH, 2007a, p. 145).

Em *O direito da liberdade*, Honneth designa as esferas de reconhecimento intersubjetivo como esferas de eticidade, complexos ou esferas de ação ou esferas da liberdade social. Nelas, o autor procura reconstruir as instituições sociais — não necessariamente positivadas pelo direito — nas quais podem ser identificadas as condições intersubjetivas de autorrealização e, conseqüentemente, de concretização da justiça, além de procurar diagnosticar seus entraves ou desenvolvimentos indesejados. Estas esferas são divididas pelo autor em: esfera institucional das relações pessoais; esfera institucional de ação na economia de mercado (consumo, trabalho e economia); esfera institucional de abertura política (participação pública na política).

Na esfera institucional das relações pessoais, Honneth identifica uma mudança importante na passagem da sociedade estamental para a sociedade moderna, tanto nas relações de amizade como, principalmente, nas relações íntimas e familiares. Isso porque é com a inauguração das sociedades modernas que se dá margem para a união entre pessoas de acordo com seus vínculos afetivos e não por arranjos econômicos entre famílias (HONNETH, 2015, p. 302). Em tese, o amor passa a ser o único motivo para união de um casal, embora as famílias burguesas dos séculos XVIII e XIX ainda fossem impregnadas de relações assimétricas entre homens e mulheres. A família patriarcal foi, por muito tempo, o alicerce da sociedade capitalista moderna, na qual se consolidou um padrão de organização

social em que a mulher deveria ficar responsável pelos cuidados da casa e dos filhos, enquanto o homem burguês saía para trabalhar e participar de todos os atos da vida pública. O patriarcado se consubstanciou em uma organização política, econômica e social na sociedade capitalista, fundado na ideia de que o homem deve ocupar posições superiores às das mulheres (PATEMAN, 1993, p. 68-69).

Honneth pontua, no entanto, que, atualmente, os papéis familiares e sociais de homens e mulheres deixaram de ser rígidos e considerados naturais. Paulatinamente e graças às lutas feministas, há uma tendência a desaparecer a ideia de que a natureza e vocação da mulher é cuidar da casa e dos filhos. Embora ainda haja muito a se conquistar para corrigir as assimetrias entre homens e mulheres, o reconhecimento da mulher, segundo o autor, permitirá o fomento da sua autonomia e autorrealização no âmbito das relações íntimas e familiares, assim como nas demais esferas de interação social (HONNETH, 2015, p. 301-302). Além disso, o reconhecimento público da união homoafetiva aponta para novos rumos da construção da subjetividade dos indivíduos e o reconhecimento de novas formas de expressão da identidade e da sexualidade. Gênero e sexualidade passam a ser considerados experiências históricas de um sujeito singular, dotado de uma subjetividade e uma sexualidade a serem articuladas nas suas manifestações de afeto e desejo.

Já na esfera institucional de ação na economia de mercado (consumo, trabalho e economia), Honneth faz a reconstrução normativa do agir econômico mediado pelo mercado, mas entende que, no atual sistema da economia de mercado, todas as condições de realização da autonomia individual parecem ausentes. O mercado deveria depender de um contexto ético por meio de normas de ação pré-contratuais, para se constituir em uma esfera da liberdade social. Apenas com uma imersão moral, que envolva condições de justiça e igualdade na esfera da economia, poderiam ser encontradas a “legitimação coletiva do sistema de mercado” e as possibilidades de autorrealização individual (HONNETH, 2015, p. 324-325; p. 342).

Nesse contexto, um enlace moral da esfera institucional de ação na economia de mercado, respaldado por pressupostos morais, implicaria, por exemplo, na intervenção no mercado, proteção e conscientização do consumidor e do

trabalhador, por meio de princípios normativos internos de legitimação da esfera do mercado. No entanto, Honneth reconhece que apenas uma pequena parcela dos consumidores é movida por motivos éticos e ecológicos, o restante é guiado por motivos egocêntricos ou desorientação. Assim, a esfera de consumo poderia constituir um potencial normativo de realização da liberdade social, mas para Honneth ainda não é possível considerá-la um espaço de eticidade (HONNETH, 2015, p. 386; p. 412-413).

Honneth também considera o trabalho como parte da esfera institucional de ação na economia de mercado. O autor pontua que no mercado de trabalho há um comportamento ambivalente gerado pelo Estado de bem-estar social: por um lado, ele assegura aos trabalhadores um mínimo de bens materiais que permite a realização da autonomia individual; por outro lado, há um efeito dessocializante, porque isso impede a união dos indivíduos em torno dos problemas coletivos. Há ainda o efeito dessocializante do direito subjetivo, pois os sujeitos jurídicos monológicos se alienam de ambientes comunicativos. Assim, as possibilidades de realização da liberdade social na subesfera do trabalho estão deficitárias, pois as intenções associativas dos assalariados foram dispersadas e os trabalhadores perderam a potencialidade revolucionária. Dentre os muitos motivos para tanto, Honneth aponta como principais: a primazia do direito individual; a mecanização; a especialização das atividades (impossibilitando o trabalhador a reconhecer o valor do seu trabalho no produto final); a impotência dos sindicatos; a precarização e diluição do setor de serviços (causando ausência de sentimento de coletividade neste setor); a diluição das fronteiras e das condições de trabalho; além das desregulações e demais estratégias do capitalismo financeiro (HONNETH, 2015, p. 441-471).

Na esfera do trabalho mediado pelo mercado, Honneth diagnostica que falta motivação para a articulação pública da indignação e sentimento de injustiça. Houve a imposição pela via cultural, respaldada pela mídia, de que o mercado de trabalho não configura uma esfera social, mas uma esfera de liberdade puramente individual, a ideia de que o indivíduo teria de ser o único responsável pelo seu posto no mercado de trabalho — postulado liberal da conquista pelo próprio esforço (HONNETH, 2015, p. 472-481). Portanto, para retomar as possibilidades de uma

“eticidade democrática”, de realização da liberdade social e civilização moral do mercado capitalista, deveria haver garantias jurídicas de igualdade e oportunidade de participação coletiva dos trabalhadores nas decisões das empresas. Além disso, o autor aposta na internacionalização dos movimentos de resistência que poderiam tencionar transnacionalmente a esfera pública para a criação de mecanismos de regulação e proteção, tais como, certificação do padrão de qualidade do trabalho e supervisão dos acordos trabalhistas (HONNETH, 2015, p. 436; p. 484).

A última esfera de eticidade — a esfera institucional de abertura política — é considerada, por Honneth, a mais hierárquica esfera de liberdade social. Nesta esfera, surgida com os estados nacionais modernos, é concebida a participação pública na política, na qual os cidadãos constroem suas decisões coletivamente em discussões deliberativas segundo os procedimentos instituídos no Estado Democrático de Direito. Honneth faz a ressalva de que, diferentemente das teorias da justiça contemporâneas, essa esfera não deve ser compreendida como uma “corte suprema” completamente inclusiva e democrática, pois a realização da liberdade social nesta esfera está condicionada à realização da autonomia dos indivíduos nas esferas anteriores de ação: “ela só faz justiça aos seus próprios princípios de legitimação quando aprende, num processo de reiterado debate acerca das condições de inclusão social, que as lutas pela liberdade social devem ser travadas nas outras duas esferas” (HONNETH, 2015, p. 487).

Em sua reconstrução normativa da terceira esfera de eticidade, Honneth se depara com vários desenvolvimentos indesejados da esfera de participação pública. Um deles é a possibilidade de desvirtuamento xenofóbico por conta da fundamentação nacionalista dos Estados que remonta à formação dos estados nacionais. Honneth afirma que a formação dos estados nacionais criou condições de participação política dos indivíduos, mas de uma forma que estimulou sentimentos nacionalistas extremados. Essa ambivalência culminou, por exemplo, na ascensão do Estado nazista, o qual fomentou atitudes nacionalistas extremistas na esfera pública e representou uma interrupção na formação da esfera de participação pública democrática. Assim, por muito tempo, a participação política fora denegada às minorias étnicas e nacionais. Também para as mulheres, a participação política fora burlada historicamente desde a formação dos estados nacionais; a tardia

concessão do direito ao voto às mulheres é um dos muitos exemplos. Por isso, Honneth ressalta a importância dos movimentos estudantis e lutas feministas da década de 1960 como realizadores da liberdade social na esfera da participação política (HONNETH, 2015, p. 507-531; p. 549-554)

Honneth também se preocupa com o problema do desinteresse dos indivíduos em participar da vida pública. Para o autor, a despolitização dos indivíduos é fomentada pela mídia, que estimula um comportamento individualista e consumista. Além disso, para ele, o atual Estado Democrático de Direito apresenta um déficit democrático, pois há um uso ilegítimo deste para o exercício de poder. A formação democrática da vontade, mediada pelo poder legislativo, ainda é muito influenciada por interesses econômicos e particulares e, inclusive, respaldada pelo poder judiciário.^[6] Nesse contexto, parece haver, segundo Honneth, uma desconfiança por parte dos cidadãos de que há um “corporativismo estatal” e um “lobbismo desenfreado” que conspiram em acordos ocultos e práticas antidemocráticas, levando-os ao desinteresse pela participação na política (HONNETH, 2015, p.662-623).

Para Honneth, ainda que haja uma frágil legitimação do Estado Democrático de Direito como terceira esfera da eticidade, seria possível reconstruir nele as oportunidades de realização da liberdade social. Os requisitos seguintes seriam indispensáveis ao exercício igualitário da liberdade social na vida pública democrática: a primeira condição diz respeito às garantias jurídicas para o exercício, livre de coerções, da autonomia individual na esfera pública; o segundo requisito é a existência de um espaço de comunicação geral que supere as divisões de classes e possibilite o estabelecimento de um intercâmbio de opiniões aos diferentes grupos e às

[6] “Assim como o aparato administrativo, nos órgãos estatais, a Justiça era pensada como uma instância neutra, cuja tarefa deveria consistir na aplicação, em conformidade com o direito, das decisões governamentais tomadas de maneira democrática quanto à multiplicidade dos conflitos sociais [...] Aqui, como também na esfera da ação burocrática, a margem para considerações era tão grande que, com base na origem social dos funcionários do sistema jurídico, esta podia ser usada em benefício de uma estabilização da dominação da classe burguesa. Até hoje, o discurso da ‘justiça de classes’, reflete as experiências das classes despossuídas, que, remontando ao fim do século XIX e início do XX, mostrava-se impotente diante de um sistema judicial motivado por preconceito, hostilidade e um interesse de dominação que se pode claramente reconhecer.” (HONNETH, 2015, p. 598-599).

diferentes classes afetadas. O terceiro requisito exige um sistema de meios de comunicação de massa que traga ao público informações fidedignas e capazes de formar opiniões democráticas não induzidas — uma forma independente de produção da informação, desvinculada de interesses privados, e com possibilidade de atuação ética dos profissionais de comunicação. O quarto requisito da liberdade social na vida pública democrática compreende a disposição, por parte dos cidadãos participantes da formação discursiva da vontade, em realizar prestações de serviços não remunerados para preparar e realizar apresentações de opinião diante do público. O quinto requisito é a tomada de decisão de colocar os objetivos comuns à frente dos privados e, assim, de forma cooperativa trabalhar com os demais, visando uma melhoria das condições sociais de vida (HONNETH, 2015, p. 555-562). Honneth vê a esfera da participação democrática como a mais importante para a realização da liberdade social, pois nela os fluxos comunicativos, tensões e resistências dos indivíduos e movimentos de protesto influenciam na ampliação da liberdade social das demais esferas, em uma maior democratização das relações pessoais e da economia. Por outro lado, a participação na vida pública democrática é dependente da realização da autonomia individual nas demais esferas, ou seja, a realização da liberdade social na esfera da participação democrática depende de um sujeito autônomo nas relações pessoais e nas relações de mercado. Por isso, a justiça só é efetivada quando os indivíduos se autorrealizam nas três esferas do reconhecimento recíproco.

REFERÊNCIAS

HONNETH, Axel. **A textura da justiça: sobre os limites do proceduralismo contemporâneo.** Tradução Emil A. Sabotka; Joana Cavedon Ripoll. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, v. 9, n. 3, p. 345-368, dez. 2009a. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6896>. Acesso em: 14 abr. 2017.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009b.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade.** Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HONNETH, Axel. **Sofrimento de indeterminação: uma reatualização da *Filosofia do direito de Hegel*.** Tradução Rúrion Soares Melo. São Paulo: Esfera Pública, 2007a.

HONNETH, Axel. **Three, Not Two, Concepts of Liberty. Dewey Lecture in Law and Philosophy,** University of Chicago Law School, dez. 2014b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wsIFRjaGyRQ>. Acesso em: 19 maio 2018.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual.** Tradução Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

SILVA, Felipe. **Um ponto cego no pensamento político?** Teoria Crítica e a democratização da intimidade. In: MELO, Rúrion (coord.). **A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 201-233.

SOBOTTKA, Emil A. **A liberdade individual e suas expressões: institucionais.** **RBCS**, v. 27, n. 80, p. 219-223, out. 2012.

SOBOTTKA, Emil A. **Liberdade, reconhecimento e emancipação: raízes da teoria da justiça de Axel Honneth.** **Sociologias**, Porto Alegre, v. 15, n. 33, p. 142-168, maio./ago. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222013000200006&lng=en&nrm=iso; <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222013000200006>. Acesso em: 17 jul. 2018.

A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA RESOLUÇÃO CONJUNTA N. 01/2014 DO CONSELHO NACIONAL LGBT E DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (CNPCCP)

Rubens Beçak^[1]

Marcela Alves Palis de Vasconcelos^[2]

INTRODUÇÃO

Este trabalho possui como tema a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do sistema prisional brasileiro, especificamente no que diz respeito à população LGBT em situação de encarceramento.

Para tanto, fez-se necessária a análise bibliográfica e documental dos instrumentos normativos nacionais e internacionais que trazem em seu bojo a proposta de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana: a Constituição Federal de 1988; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção Americana de Direitos Humanos; a Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis Desumanos ou Degradantes; as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok); os Princípios de Yogyakarta; a Lei n. 7.210 de 11 de Julho de 1984 (Lei de Execuções Penais) e a Resolução CNPCP n. 04 de 29 de Junho de 2011 e Resolução Conjunta n. 01/2014 do Conselho Nacional LGBT^[3] e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).

Embora a Resolução n. 01/2014 reafirme o princípio da dignidade da pessoa humana e estabeleça parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil, eles permanecem inseridos em um contexto de insegurança pública. Numa pesquisa feita nos EUA (ITTC, 2015), por exemplo, foi identificado que presas LGBT têm uma probabilidade 15 vezes maior de sofrer violência sexual no ambiente prisional em comparação a pessoas heterossexuais.

[1] Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela USP. Professor do Departamento de Direito Público da DRP-USP. Correio eletrônico: prof.becak@usp.br.

[2] Mestranda em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: marcelapalis@usp.br.

[3] À luz da referida Resolução, entende-se por LGBT a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

As penitenciárias brasileiras possuem celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho, instituições prisionais dominadas por facções, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos, bem como falta de repasse dos recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN.

Ainda, a maioria das penitenciárias brasileiras não adequaram sua estrutura e burocracias de acordo com a Resolução Conjunta n. 01/2014 do Conselho Nacional LGBT e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e com isso os LGBT's encarcerados não têm respeitadas suas identidades de gênero, são tratados como empregados de outros presos, espancados e estuprados, são obrigados a esconderem objetos dentro do próprio corpo, ou seja, estão especialmente sujeitos as violências e cerceamentos existentes nos presídios em razão da homofobia, exclusão social e descaso para com esse grupo o que impede sua ressocialização e aumenta o índice de reincidência.

Portanto, a presente pesquisa justifica-se pelo cerceamento rotineiro dos direitos fundamentais da população LGBT no âmbito do sistema prisional brasileiro, configurando tema relevante para análise.

1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SUA EFETIVAÇÃO NA ESFERA PENAL

Antes do ano de 1945, o Estado possuía soberania absoluta e o indivíduo era sua propriedade, portanto, era um sujeito nacional. Não há que se falar em direitos e garantias fundamentais nessa época, uma vez que os poucos direitos do sujeito eram atribuídos pelo próprio Estado. Após o ano de 1945, houve a Virada Kantiana que segundo Fábio Konder Comparato (2008), o primeiro postulado ético de Kant é o de que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada razão prática. A representação de um princípio objetivo, enquanto

obrigatório para uma vontade, chama-se ordem ou comando e se formula por meio de um imperativo. Segundo o filósofo, há duas espécies de imperativo. De um lado, os hipotéticos, que representam a necessidade prática de uma ação possível, considerada como meio de se conseguir algo desejado. De outro lado, o imperativo categórico, que representa uma ação como sendo necessária por si mesma, sem relação com finalidade alguma, exterior a ela. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma.

Assim, ocorreu a abertura para um sistema normativo internacional em defesa dos direitos humanos. A soberania dos Estados se tornou relativa e o sujeito se tornou um ser internacional. Com essa internacionalização dos direitos humanos os direitos e garantias fundamentais pertencem ao sujeito em qualquer lugar do mundo em que ele se encontrar. O indivíduo passou ao centro do ordenamento jurídico, surgindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, entende-se por princípio da dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2015, p. 186)

Nesse sentido, não é possível falar de dignidade humana como um princípio isolado, uma vez que ele abrange todos os direitos e garantias fundamentais do homem. Assim, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 1º, inciso III que um dos fundamentos que regem a República Federativa do Brasil constituída em Estado

Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana. Reafirmando também, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu preâmbulo, que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Também no sentido de garantir a dignidade do homem, a Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execuções Penais), prevê a humanidade das penas em três sentidos consagrados: o condenado não perde sua condição humana; a pena deve ter o objetivo de integração social e são proibidas penas desumanas.

No que concerne à condição humana, a Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 5º dispõe que “toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Quanto ao objetivo de integração social, o artigo 1º da Lei de Execuções Penais prevê que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Sendo o último sentido atribuído à condição de humanidade das penas a proibição de penas desumanas, prevista no artigo 5º, XLVII da Constituição Federal de 1988: não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Embora esteja positivado a garantia de diversos direitos confirmadores da dignidade humana, a aplicabilidade desse princípio na prática nem sempre é efetiva, principalmente no que tange a esfera penal, já que os aparatos do judiciário não são suficientes e o sistema de governo brasileiro é mercantil. Em Uberaba-MG, por exemplo, existem três varas criminais e apenas uma vara de execução criminal.

Assim, é possível inferir que a quantidade de processos é exorbitante para apenas três varas criminais. A função social do juiz de direito é esquecida pela quantidade de serviço que passa a ser mecanizado, com sentenças padronizadas, apenas

para concluir o feito, ou seja, incompatíveis a quantidade de trabalho e a mínima duração do processo.

É por essa razão que atualmente as penitenciárias estão com superlotação, presos que já cumpriram sua pena continuam encarcerados, a análise de pleitos simples dura anos e diversas outras consequências negativas que atingem diretamente a dignidade humana do homem.

2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SUA APLICABILIDADE AO DEBATE

A teoria do estado de coisas inconstitucional tem origem no caso *Brown vs. Conselho de Educação* de maio de 1954 nos Estados Unidos em que foi declarada inconstitucional a segregação racial que ocorria nas escolas públicas. Após esta declaração vários sistemas jurídicos de vários países saudaram esta figura ou recurso judicial, a fim de salvaguardar os direitos fundamentais dos seus cidadãos. Este é o caso da África do Sul, Índia, Argentina, Peru e Colômbia.

Para Dirley da Cunha Junior (2016), a teoria se consolidou na Corte Constitucional Colombiana numa demanda promovida por diversos professores que tiveram seus direitos previdenciários sistematicamente violados pelas autoridades públicas.

Ao ser declarado, o ECI tem como finalidade, além do reconhecimento formal do quadro de violações contínuas e graves aos direitos fundamentais a construção de soluções estruturais, dialógicas e pactuadas voltadas à superação desse lamentável panorama de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face de ações e omissões lesivas do poder público, segundo George Marmelstein Lima (2015).

Assim, é possível inferir referida teoria como um verdadeiro estado de emergência social em que é tratado com naturalidade as recorrentes violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais, atingindo a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial aumentando a crise econômica e as desigualdades sociais o que exige a atuação mais assertiva do Tribunal Superior e, claro, do próprio Estado.

Ao reconhecer o ECI, Dirley da Cunha Junior (2016) pressupõe uma espécie de ativismo judicial estrutural, em que as decisões irão reforçar o sistema de garantias dos direitos fundamentais, interferindo na inércia das funções executivas e legislativas, com repercussões, sobretudo, orçamentárias.

Sendo assim, ainda que o mero reconhecimento do ECI não garanta efetividade nas soluções, servirá ao menos para que levante o assunto ao debate e assim construir soluções estruturais dialogadas e concertadas entre os poderes públicos, a sociedade e as comunidades atingidas.

Nesse sentido, no Brasil, por meio da ADPF 347, foi declarado o Estado de Coisas Inconstitucional pelo Ministro Marco Aurélio na sessão plenária de 09 de setembro de 2015, diante da calamidade do sistema carcerário atual. Ao deferir parcialmente a liminar, o STF proibiu o Poder Executivo de contingenciar os valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, determinando que a União libere o saldo acumulado do FUNPEN para utilização com a finalidade para o qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Determinou também aos Juízes e Tribunais que passem a realizar audiências de custódia para viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, no prazo de 24 horas do momento da prisão.

Diante das repercussões da decisão do STF, foi apresentado ao Senado o Projeto de Lei n. 736 de 2015 de iniciativa do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE), em que propõe a alteração das Leis n. 9.882/99 (Lei da ADPF) e 13.105/2015 (NCPC), para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo STF, dispor sobre o Estado de Coisas Inconstitucional e o Compromisso Significativo.

Pode-se perceber assim, que o reconhecimento do ECI surtiu o efeito necessário e trouxe questões referentes à violação dos direitos fundamentais ao debate, principalmente para reestruturar e evitar situações como a do presídio de Pedrinhas no Maranhão, em dezembro de 2013.

De acordo com a denúncia oferecida pelo Ministério Público, os presos pertencentes a uma facção criminosa do complexo prisional na unidade São Luís 2 de Pedrinhas, torturaram com crueldade e assassinaram outro preso. Em seguida, o corpo da

vítima foi cortado em mais de 50 pedaços, que foram jogados na lixeira. O fígado foi retirado e comido pelos responsáveis por sua morte. O crime ocorreu, segundo as investigações, devido a um desentendimento da vítima com um dos líderes da facção criminosa. Após o entreviro, a vítima teria sido “julgada” e “condenada” pelo grupo.

Diante de referido acontecimento, como não lembrar de José Saramago em seu livro Ensaio sobre a cegueira? Na história, o autor levanta a questão da natureza do homem como um ser animal. Diante de uma situação extrema, as pessoas tomam atitudes no mesmo sentido. Assim, quando os personagens, em sua grande maioria, perdem a visão, eles criaram novas regras de convivência, novos líderes, praticando atos que antes não eram aceitos pelas regras morais e do Estado, fazendo os leitores pensarem na “responsabilidade de ter olhos quando os outros os perderam”.

Assim, trazendo a história fictícia à realidade, à luz dos pensamentos de Giorgio Agamben, o governo tem a obrigação de garantir à população que a mesma não entre no Estado de Necessidade. Porém, diversos grupos considerados de forma paradoxal como minoria, são esquecidos e, portanto, de forma instintiva, começam a se reorganizar.

Considerando o apresentado, restaria claro o estado de coisas inconstitucional relativo ao sistema penitenciário brasileiro e a necessidade de adoção de providências estruturais em face de lesões e preceitos fundamentais dos presos.

3 O SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL

As normas jurídicas têm como objetivo o controle da sociedade. Sendo assim, desde que o homem começou a se agrupar e se organizar a fim de se proteger existem modelos de condutas (religiosos, morais e, posteriormente, jurídicos) e, conseqüentemente, penas no caso de seu descumprimento, como por exemplo, as leis dos hebreus, os Códigos de Hamurábi e de Manu.

As primeiras penas tinham caráter aflitivo em que o agente pagava pelo mal por ele praticado de forma física. Essa realidade se manteve até o século XVIII, marco

inicial para uma mudança de mentalidade no que diz respeito à cominação das penas e a forma de cumpri-las. O período iluminista foi grande responsável por essa alteração, sendo Cesare Beccaria o primeiro a levantar a discussão de como os seres humanos estavam sendo tratados sob a falsa justificativa da legalidade e a necessidade da aplicação de penas justas e proporcionais e também o inglês John Howard autor do livro *The State of Prisons in England and Wales* (As condições das prisões da Inglaterra e Gales), onde faz uma crítica à realidade prisional da Inglaterra e propõe uma série de mudanças para melhorar a condição dos presos. Assim, surgiram as penas restritivas de liberdade como pena principal e uma preocupação maior no que tange a proteção dos direitos humanos, em especial a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, para o cumprimento dessa pena fez-se necessário o surgimento dos sistemas penitenciários e conforme Cezar Roberto Bitencourt,

[...] além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdam, nos Bridwells ingleses, e em outras experiências similares realizadas na Alemanha e na Suíça. Estes estabelecimentos não são apenas um antecedente importante dos primeiros sistemas penitenciários, como também marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia. (BITENCOURT apud GRECO, 2013, p. 479)

Nesse sentido, à luz das explicações de Rogério Greco (2013) em seu livro Curso de Direito Penal Parte Geral, os sistemas penitenciários que mais se destacaram foram o pensilvânico, auburniano e progressivo.

O sistema pensilvânico da Filadélfia, conhecido também por celular, mantinha o preso recolhido à sua cela de forma isolada uns dos outros, não podendo trabalhar ou receber visitas, sendo que para garantir seu arrependimento e a sócio educação tinham que ler diariamente a Bíblia.

Em razão de sua severidade, esse sistema recebeu diversas críticas, uma vez que impossibilitava a readaptação social do condenado, surgindo assim o sistema auburniano.

O sistema auburniano surgiu na cidade de Auburn no Estado de Nova York e era menos rigoroso, uma vez que permitia o trabalho dos presos, inicialmente, dentro de suas próprias celas e, posteriormente, em grupos. O isolamento era apenas noturno, porém, uma de suas principais características era o silêncio absoluto pelos presos.

Ainda conforme Greco (2013), assim, surgiu o sistema progressivo na Inglaterra por meio do capitão da Marinha Real, Alexander Maconochie, sendo posteriormente adotado pela Irlanda. Esse sistema se realiza em três estágios, começando com a reclusão total, depois somente no período noturno, até entrar no terceiro estágio, um regime semelhante ao da liberdade condicional e, finalmente, a liberdade.

Dessa forma, é possível perceber que o modelo de prisão ideal é aquele que permite o estímulo do contato dos detentos com suas famílias e com a comunidade, trabalho, capacitação profissional, assistência jurídica eficiente e ambiente saudável. Sendo assim, uma possibilidade viável do preso cumprir sua pena, sócio educar-se e, posteriormente, reinserir-se na sociedade.

Atualmente, no Brasil, conforme o art. 59 do Código Penal e a teoria mista ou unificada, a pena possui duas finalidades: a reprovação e a prevenção do crime, garantindo assim a sócio educação e a diminuição da criminalidade.

Assim, diante da situação em que os presos estão inseridos, os presídios refletem de forma até mesmo mais intensa a insegurança vivida nas ruas, reforçando um ciclo vicioso de violência que, como padrão, envolve a vulnerabilidade, o crime, a prisão e a reincidência e, dessa forma, serve como incentivo para facções criminosas.

Conforme dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão ligado ao Ministério da Justiça, referentes ao ano de 2014, o país já ultrapassou a marca de 622 mil pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais, chegando a uma taxa de mais de 300 presos para cada 100 mil habitantes, enquanto a taxa mundial de aprisionamento situa-se no patamar de 144 presos por 100.000 habitantes (conforme dados da ICPS – *International Centre for Prison Studies*). Com esse contingente, o país é a quarta nação com maior número absoluto de presos no mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia (INFOPEN, 2014).

Contudo, ao passo que esses países estão reduzindo as suas taxas de encarceramento nos últimos anos, o Brasil segue o caminho inverso, uma vez que partiu de noventa mil presos no início da década de noventa, e saltou para mais de seiscentos mil presos, num intervalo de menos de 25 anos, incrementando sua população prisional na ordem de 7% ao ano, aproximadamente.

Nesse sentido, o Plano Nacional de Política Criminal do ano de 2015 se dividiu em duas finalidades, sendo que

[...] a primeira apresenta as medidas relacionadas à porta de entrada do sistema penal, com o objetivo de revelar o que tem levado ao quadro atual da política criminal, em que ocorre crescimento contínuo da população carcerária, sem impacto na melhoria dos indicadores de segurança pública. A segunda parte do plano volta-se para fixar diretrizes para o funcionamento do sistema prisional, do cumprimento de medida de segurança, do monitoramento eletrônico e das alternativas penais. (BRASIL, 2015, p. 5)

Para isso, a primeira fase de enfrentamento dos problemas penitenciários, conforme o Plano Nacional de Política Penitenciária é de que a política criminal e penitenciária precisa ser reconhecida como política pública e se adequar aos mais modernos instrumentos de governança em política pública. Assim, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP se propõe a analisar as alternativas penais, com justiça restaurativa e mediação penal priorizadas; a prisão provisória sem abuso; a implementação dos direitos das pessoas com transtornos mentais; a redução do encarceramento feminino; o reconhecimento do racismo como elemento estrutural do sistema punitivo e da vulnerabilidade dos mais pobres ao poder punitivo.

Na segunda parte do plano, foram consideradas as seguintes diretrizes para o melhor funcionamento do sistema prisional: egressos e política de reintegração social; gestão prisional e combate aos fatores geradores de ineficiência; condições do cárcere e tratamento digno do preso; trabalhadores e metodologia prisional nacional; ampliação da transparência, da participação social e do controle da execução penal; fortalecimento da política de integração social no sistema prisional; monitoração eletrônica para fins de desencarceramento; implantação do sistema

nacional de alternativas penais; adequação das medidas de segurança à reforma psiquiátrica e respeito à diversidade.

Assim, dentro da diretriz respeito à diversidade foi considerada como evidência a recorrência de violência física e psicológica contra a população LGBT nas unidades prisionais. Para garantir que a detenção evite uma maior marginalização das pessoas motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, expondo-as a risco de violência, maus-tratos ou abusos físicos, mentais ou sexuais o plano prevê assegurar as visitas íntimas para a população carcerária LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis) e implementar a Resolução conjunta n. 01, de 2014, do CNPCP e CNCD (Conselho Nacional de Combate à Discriminação), que estabelece parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade.

4 RESOLUÇÃO CONJUNTA N.01/2014 DO CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO CONTRA LGBT'S E A NECESSIDADE DE ACOLHIMENTO E ENCARCERAMENTO DIFERENCIADO

Considerando o cenário apresentado, pode-se afirmar que a população LGBT em situação de encarceramento é especialmente sujeita a tais violências e cerceamentos. **À luz do princípio da dignidade humana e com base no conceito de igualdade trazido por Aristóteles, no qual se verifica a necessidade de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, a Resolução n. 01/2014 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação Contra LGBTs estabelece parâmetros de acolhimento dessa população para que a função da pena seja efetiva.**

A Resolução prevê que a pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero, incluindo ainda que o registro de admissão no estabelecimento prisional deverá conter o nome social da pessoa presa. Ainda, pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade serão facultados o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero. Nesse sentido, protege-se o direito da personalidade que configuram, segundo Carlos

Alberto Bittar (2015, p. 13), direitos subjetivos e o mínimo necessário e imprescindível ao conteúdo do ser. O seu desrespeito torna a personalidade uma suscetibilidade irrealizável, sem valor concreto, uma vez que todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo e a pessoa não existiria com tal. Assim, como os travestis e transexuais se enxergam com um gênero diferente da forma que nasceram, o respeito ao nome social e a forma como se apresentam é o mesmo que garantir a sua identidade e dignidade, sendo medida essencial para a ressocialização.

Os direitos fundamentais, segundo Robert Alexy (2011), são mapas indicativos dos caminhos a serem trilhados na construção dos objetivos fundamentais da República Brasileira. Sendo assim, em razão do contínuo quadro de violência e discriminação que a população LGBT vive cotidianamente a Resolução dispõe que as travestis e os gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos e as pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

Ainda, a resolução assevera que não é possível a utilização desses espaços designados à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo, devendo ser a transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico condicionada à sua expressa manifestação de vontade e às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.

Nesse sentido, com base nos princípios de Yogyakarta, a resolução considerada a transferência compulsória entre celas e alas ou quaisquer outros castigos ou sanções em razão da condição de pessoa LGBT como tratamentos desumanos e degradantes.

O presídio do Roger em João Pessoa na Paraíba foi o primeiro a instar uma ala especial nos moldes da Resolução. Em análise ao documentário Homofobia no Presídio do programa O programa de televisão chamado “A Liga”^[4] esteve dentro deste estabelecimento prisional, e verificou que os gays e travestis possuem maiores

“privilégios” com relação aos outros presos, ou seja, são mais respeitados pelos agentes carcerários, as cachangas (camas dos detentos) podem ser decoradas e podem esquentar e temperar a comida vinda da cozinha.

Conforme depoimentos feitos no documentário Homofobia no Presídio, os presos estão satisfeitos com a divisão. Muitos gays e travestis narraram situações de violência enquanto viviam misturados aos outros presos, como serem feitos de empregadas, obrigados a lavar os pratos, cozinhar para todos, espancamentos, estupros e até esconder celulares, facas e drogas dentro do próprio corpo. Para os outros presos a medida também foi vantajosa, já que aliviou em partes o problema da superlotação e ficavam incomodados de conviverem com os gays.

Dessa forma, a criação de uma ala especial para os gays e travestis e a transferência dos transexuais, não serve para acirrar preconceitos, mas, sim, humanizar o sistema, garantindo uma proteção a condição psicológica e física dessa população discriminada, tendo em vista a homofobia presente dentro dos presídios.

Outra forma de minimizar os índices de reincidência e garantir a saúde psicológica dos presos é o estímulo ao contato dos detentos com suas famílias. Assim, a Portaria MJ n. 1.190/2008 e a Resolução CNPCP n. 4, de 29 de junho de 2011 garantem o direito à visita íntima para a população LGBT em situação de privação de liberdade.

Tal medida é um direito constitucional assegurado a pessoa presa e concedida com base na igualdade a todas as pessoas aprisionadas ou detidas, independente do gênero de sua parceira ou parceiro. Ainda, os LGBTs que receberem visitas íntimas deverão passar pelas mesmas burocracias que os outros presos, sem qualquer discriminação ou privilégios.

Nesse sentido, é garantido à pessoa LGBT, em igualdade de condições, o benefício do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado recluso, inclusive ao cônjuge ou companheiro do mesmo sexo.

Embora no Congresso Nacional exista a insistência em considerar família apenas a união entre homem e mulher, o direito brasileiro segue o conceito eudemonista, em que é considerado família aqueles que se unem pelos laços da afetividade. Portanto, é medida necessária garantir o amparo financeiro aos segurados sem fazer distinção pela orientação sexual dos presos.

[4] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=J4YZyjtYLws>. Acesso em: 30 jun. 2019.

Como assevera o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, é necessário fortalecer os mecanismos de integração social nos estabelecimentos prisionais, por meio da promoção do acesso a saúde, a educação e ao trabalho, em cumprimento ao que dispõe a Lei de Execuções Penais, como dever social e condição de dignidade humana.

Dessa forma, a resolução confirma tal necessidade garantindo a população LGBT o acesso e a continuidade da sua formação educacional e profissional sob a responsabilidade do Estado e a atenção integral à saúde, concedendo a manutenção do tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico à pessoa travesti, mulher ou homem transexual em privação de liberdade.

Por fim, para que todo o exposto tenha de fato efetividade o Estado deverá garantir a capacitação continuada aos profissionais dos estabelecimentos penais considerando a perspectiva dos direitos humanos e os princípios de igualdade e não-discriminação. Podendo ser feito, conforme princípio de Yogyakarta, por meio da implantação de programas de treinamento e conscientização, para o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão envolvidas com as instalações prisionais.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, entende-se que a dignidade da pessoa humana é efetiva quando os direitos e garantias fundamentais do homem são garantidos. Contudo, a aplicabilidade do princípio na sociedade atual possui diversas lacunas, sendo a espera penal a principal delas.

Dessa forma, as secretarias criminais e das varas de execuções criminais não são suficientes para a quantidade de demanda e como consequência o sistema penitenciário brasileiro vive hoje um estado de coisas inconstitucional.

A ADPF 347 reconheceu o ECI o que foi importante para levantar o debate e tentar encontrar soluções de melhorias para o sistema penitenciário e o cerceamento diário dos direitos fundamentais dos presos, sendo que a população LGBT é especialmente sujeita a tais violências e cerceamentos.

Assim, a Resolução n. 01/2014 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação Contra LGBT'S estabelece parâmetros de acolhimento dessa população encarcerada, o que garante a população LGBT respeito a sua identidade e proteção a sua condição física e psicológica dentro dos presídios.

No entanto, a maioria das penitenciárias no país ainda não adequaram ou adequaram em partes suas estruturas e burocracias conforme a resolução. A penitenciária de Uberaba, Professor Aluízio Inácio de Oliveira, por exemplo, não possui celas especiais para a população LGBT, a manutenção dos hormônios dentro do presídio é feita apenas com autorização médica, os travestis e transexuais são registrados com o nome do registro. A única medida conforme a resolução é a desobrigação dos travestis e transexuais de cortarem os cabelos.

Assim, a aplicação da resolução é uma medida para contribuir com a solução dos problemas nas penitenciárias como a superlotação, violências dentro dos presídios, doenças entre outras. A falta de sua aplicação impede a ressocialização da população LGBT encarcerada e aumenta o índice de reincidência, aumentando-se também a insegurança pública dentro e fora dos presídios.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção: Homo sacer, II, I**. São Paulo: Boitempo, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. **Conselho Nacional de Combate à Discriminação; Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução Conjunta n. 01, de 15 de abril de 2014**. Disponível em http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx. Acesso em: 3 jun. 2019.
- BRASIL. **Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/plano-nacional-politica-criminal.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2019.
- BRASIL. **Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN – junho de 2014**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-dependencia-web.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 18 jun. 2019.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- HOWARD, John. **The State of Prisons in England and Wales: With preliminary observations, and an account on some foreign prisons**. Warrington: William Eyres, 1777. Disponível em: <https://archive.org/details/stateofprisonsin00howa/page/n7>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LIMA, George Marmelstein. **O estado de coisas inconstitucional – ECI: apenas uma onda do verão constitucional?** 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apanas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>. Acesso em: 19 jul. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SESTOKAS, Lúcia. **Cárcere e grupos LGBT: Normativas nacionais e internacionais de garantias de direitos. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania**, 1 abr. 2015. Disponível em: <http://ittc.org.br/carcere-e-grupos-lgbt-normativas-nacionais-e-internacionais-de-garantias-de-direitos/>. Acesso em: 20 jul. 2019.

A DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA BASEADA NA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Rubens Beçak^[1]
Guilherme de Siqueira Castro^[2]

INTRODUÇÃO

No drama grego 'Antígona', de Sófocles, escrito por volta de 442 a. C., a princesa tebana Antígona desafia a proibição monárquica de sepultar seu irmão Polinice, que se aliou ao exército inimigo de Argos contra a cidade de Tebas e foi morto em combate. Antígona desafia a legislação em razão de critérios de justiça de respeito aos mortos e as leis dos deuses.

[1] Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela USP. Professor do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: prof.beçak@usp.br.

[2] Mestrando em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: guicastro@usp.br.

Em 1951, em São Paulo, o compositor Adoniran Barbosa lança o samba-canção 'Saudosa Maloca', que narra a reintegração de posse de um imóvel como uma tragédia e expõe a injustiça habitacional que os pobres estão expostos no contexto de rápida industrialização do Brasil pós-guerra.

Em pleno século XXI, tornam-se populares nas redes sociais o uso de memes que propagam as mais diversas informações.^[3] Um dos mais populares é o meme exposto na **fig. 01** deste texto. O meme arrola práticas sociais que foram consideradas legais em um dado contexto histórico, mas carecem de justiça, enquanto forma racional e universal de justificação das condutas certas e erradas. Sem adentrar na avaliação de cada prática arrolada na figura, o que demandaria textos específicos, deve-se admitir que o meme fornece uma explicação superficialmente plausível da tensão entre legalidade e justiça.^[4]

[3] Os memes são para a cultura o que os genes são para a genética, ou seja, se os genes são o elemento básico da estruturação da vida biológica, os memes são as unidades culturais básicas que habitam a mente humana. O conceito de meme foi cunhado no livro *Selfish Gene*, do biólogo inglês Richard Dawkins (Dawkins, 2007, p. 327). Exemplos de memes incluem ideologias, ideias, slogans, melodias, moda, tradição ou piadas. No contexto da internet, talvez a maior plataforma de propagação de memes, memes são ilustrações, com legendas, escritas muitas vezes de modo sarcástico, para chamar atenção do receptor da mensagem para uma ideia ou ideologia.

[4] O uso do advérbio 'superficialmente' demanda explicação. É preciso esclarecer que os autores não apoiam ou toleram tais práticas violadoras dos direitos humanos, ainda existentes no século XXI. Todavia, do ponto de vista da ciência histórica, o meme peca pelo anacronismo.



Figura 1-meme legalidade versus justiça, autoria desconhecida.

Deste breve rol de manifestações culturais, fica claro que a tensão entre Direito e Justiça remonta a tempos imemoriais. Tércio Sampaio Ferraz Junior esclarece que a ideia de justiça funcionou, desde a antiguidade, como um código doador de sentido ao Direito, cujo desrespeito ou violação pela legislação vigente induz a resistência (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 327/328). Isto quer dizer que a Justiça é ou deveria ser a diretriz primária do programa (*software*) que controla o Direito, entendido como uma máquina (*hardware*) de controle social e decidibilidade dos conflitos.

Um viés tecnicista do Direito, enquanto apartado da justiça, traz para a dogmática jurídica um problema sério de fundamentação. Os destinatários da norma jurídica necessitam enxergar um sentido justo na prescrição jurídica. Uma existência plenamente satisfatória requer justiça (MORRINSON, 2006, p. 468). O problema da fundamentação do Direito levanta uma questão específica: por que devemos obedecer às leis injustas? A resposta para essa questão mobilizou uma ampla gama de pensadores ao longo da história. São Tomás de Aquino, Étienne de La Boétie,

John Locke, Henry David Thoreau e Hannah Arendt foram alguns dos filósofos que se aventuram no tema do direito de resistência (COSTA, 2000, p. 02/03).

O direito de resistência pode englobar desde o direito de revolução (TEIXEIRA, 1991, p. 223), a desobediência civil e a objeção de consciência (RAWLS, 2000, p. 369). O direito de resistência foi positivado na Constituição alemã de 1949^[5] e consta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, parte integrante da atual Constituição Francesa.^[6] Por outro lado, várias Constituições, tal como a brasileira, reconhecem a objeção de consciência.^[7] Entretanto, desconhecemos uma positivação constitucional explícita em relação a desobediência civil.

No Brasil, a falta de previsão constitucional não impediu que a desobediência civil fosse reconhecida em precedentes judiciais, vide o caso do movimento secundarista paulista contra a política de remanejamento escolar do governo estadual em 2016. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP entendeu que

[5] Artigo 20 [Princípios constitucionais – Direito de resistência]. (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social. (2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário. (3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito. (4) Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

[6] Article 35 - Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>. Acesso em: 15 jan. 2018.

[7] Poder-se-ia discutir se a objeção de consciência é um direito de resistência frente à opressão ou simples obrigação alternativa. Salvo melhor juízo, não é um ato de desobediência. Cuida-se de um ato de discordância autorizado / permitido pelo ordenamento jurídico que prevê, em respeito a capacidade de autodeterminação do indivíduo, uma prestação alternativa para satisfação de um dever público imposto a todos. Cf. 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: (...) VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jan. 2018.

os estudantes praticavam atos de desobediência civil na ocupação de escolas públicas estaduais (BRASIL, 2015, p. 295):

Deveras, ainda que os atos iniciais de sobredita reorganização tenham sido revogados, ainda não se vê, ao menos nitidamente, a prática de atos tendentes a dar efetividade à regra dos arts. 206, VI, da Constituição da República e 14 da Lei n. 9.394, de 1996.

*Assim, ainda que parcialmente, entende-se subsistirem motivos para continuar a qualificar o movimento dos estudantes ora em processo de esvaziamento, ao que informa o noticiário como **manifestação de desobediência civil**, sem caracterização da intenção de desapossamento. (grifos nossos)*

Na literatura constitucional crescem os apelos para reconhecer o direito a desobediência civil como um direito fundamental, oponível contra o Estado (GARCIA, 2004, p. 295) ou pelo menos para reconhecer um nicho constitucional da desobediência civil (ARENDT, 1999, p. 89). Este texto problematizará essa tendência, ou seja, investigará as limitações da tese da desobediência civil como um direito fundamental.

A base teórica para analisar a estrutura da desobediência civil será o pensamento de John Rawls, que tratou do tema no capítulo sexto de seu livro 'Uma Teoria da Justiça'. Discutida a estrutura ideal do instituto no contexto da teoria da justiça rawlsiana, problematizaremos o discurso da desobediência civil como um direito fundamental, esboçando uma solução, ainda que provisória, para o tema.

2 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A TEORIA DE JUSTIÇA FORMULADA POR JOHN RAWLS

A razão pública utilizada por Rawls para interpretar o funcionamento das instituições são os princípios de justiça, construídos a partir de um experimento mental hipotético denominado posição original sob o véu de ignorância. Neste experimento, o filósofo convida o leitor a imaginar um momento hipotético inaugural da sociedade civil – **posição original** – no qual os indivíduos se reúnem para criar um contrato social, em posições iguais. Este contrato social será baseado

em princípios de justiça que orientarão o funcionamento da sociedade justa a ser fundada pelos contratantes.

Como as partes desconhecem o futuro, com suas contingências específicas, não sabem como sua vida será afetada e não possuem informação para escolher princípios de justiça individualmente mais vantajosos. Cobertas por um **véu de ignorância** que impede qualquer previsão ou sortilégio sobre os desdobramentos do contrato social, a consequência é que os princípios resultantes sejam equitativos. Daí afirmar-se que a teoria de justiça rawlsiana compreende justiça como equidade (RAWLS, 2000, p. 147).

E quais seriam os princípios de justiça que resultariam da metodologia rawlsiana? Basicamente são dois princípios. O primeiro é o **princípio da liberdade** e o segundo é **princípio da igualdade**.

Nas palavras do autor, o princípio da liberdade significa que “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras” enquanto o segundo princípio exige que “as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro do limite do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (RAWLS, 2000, p. 64).

Neste esquema há uma prevalência da liberdade sobre a igualdade, uma ordenação serial, em termos rawlsianos (RAWLS, 2000, p. 65). Na formulação de Rawls o primeiro princípio que prescreve um esquema de liberdades iguais para todos tem prioridade sobre a primeira parte do segundo princípio, que prescreve uma igualdade equitativa de oportunidades para todos. Em outras palavras, as liberdades públicas (v. g. liberdade de locomoção, liberdade de pensamento e manifestação, propriedade privada, proteção da vida e da integridade física) devem ser distribuídas igualmente a todos e só podem ser limitadas quando entram em conflito com outras liberdades básicas.

O segundo princípio pode ser dividido em duas partes. A primeira trata da distribuição de renda e riqueza e conforma o papel das organizações públicas.^[8] A segunda parte do segundo princípio disciplina as oportunidades de acesso dos indivíduos a cargos e carreiras, por meio de um sistema que combina acesso conforme o talento e oportunidades equitativas, denominado pelo filósofo como **princípio da igualdade equitativa de oportunidades** (RAWLS, 2000, p. 89).^[9]

3 A DESOBEDIÊNCIA CIVIL NA TEORIA DA JUSTIÇA RAWLSIANA

3.1 SOCIEDADES QUASE-JUSTAS: O PRESSUPOSTO DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Com base nas ideias sumariamente descritas no item anterior, a princípio parece contraditório que a teoria de justiça de John Rawls albergue a possibilidade de desobediência civil. Esse juízo de ilogicismo só aumenta na medida que Rawls sustenta que a princípio devemos obedecer a leis injustas. Para o autor, “a injustiça

[8] A primeira parte do segundo princípio não intenta garantir uma igualdade econômica absoluta entre os indivíduos, mas as desigualdades econômicas só são justificáveis se forem estabelecidas para o máximo benefício possível daqueles que se encontram nas situações de vulnerabilidade social. Como isso é possível? Para Rawls a igualdade é sempre preferível a desigualdade, a não ser quando a desigualdade gere um estado de coisas em que a posição do indivíduo mais vulnerável na sociedade melhora com a existência da desigualdade. Para entender isso é preciso ter em mente que a teoria de justiça de John Rawls desemboca em uma teoria de economia política (RAWLS, 2000, p. 286), que vislumbra quatro funções do Estado (uma das instituições sociais chave): alocação, estabilização, transferências e distribuição.

[9] O princípio da igualdade equitativa de oportunidades é pensado por Rawls como uma questão de justiça procedimental pura (RAWLS, 2000, p. 90). A justiça procedimental é aquela que não há critério independente para o resultado correto, mas na qual a existência de um procedimento correto ou justo implica em um resultado correto ou justo. O objetivo não é uma verdade atemporal, mas uma decisão que será aceita como legítima para as partes. Isso não quer dizer que o procedimento prescindia da verdade ou justiça como técnica de decisão, tampouco evitará decepções individuais. A legitimidade da decisão é resultado da participação e contribuição dos atores sociais, cuja solução não é apriorística, mas construída em contraditório, de maneira equitativa. Afinal, ninguém se engajaria racionalmente em um procedimento de resultado negativo certo. Poderá haver decepções de uma parte com o resultado, mas essa decepção é neutralizada e institucionalizada pela participação no procedimento, evitando-se a ruptura social.

de uma lei não é, em geral, razão suficiente para não obedecer-lhe assim como a validade jurídica da legislação (conforme a define a constituição em vigor) não é razão suficiente para concordarmos com sua manutenção” (RAWLS, 2000, p. 389).

A questão só ganha sentido quando John Rawls explicitamente reconhece que a sua teoria de justiça pertence ao mundo ideal (RAWLS, 2000, p. 389). Na realidade, Rawls divide a ideia de justiça em duas partes. A primeira parte, ideal, pressupõe a obediência rigorosa e organiza os princípios que fazem uma sociedade ser bem-ordenada em situações favoráveis, ou seja, uma “concepção de sociedade justa, que se possível, devemos seguir” (RAWLS, 2000, p. 269). A segunda parte, não ideal, se ocupa da obediência parcial, casos de desvio em relação a justiça perfeita nos quais os princípios da justiça funcionarão como uma razão comum para solucionar eventuais injustiças.

Neste sentido, devemos compreender que uma **sociedade quase-justa para John Rawls é uma sociedade não ideal, mas democrática**. Cuida-se de uma sociedade que reconhece em ampla medida os valores do Estado de Direito e dos princípios de justiça. Entre o ideal e o real há uma diferença de grau de adesão aos princípios de justiça. A hipótese de desobediência civil em Rawls não se aplica aos Estados totalitários, visto que não há uma razão pública a se reportar em ditaduras e sim uma razão privada de sujeição entre governo e súditos (RAWLS, 2000, p. 402/403).

Logo, a desobediência civil pressupõe um contexto de sociedade quase-justa. Para o autor, os princípios de justiça pautam o desobediente civil, na medida que os atos de desobediência civil só são justificáveis com base na concepção de justiça publicamente reconhecida. Se não há uma razão pública ou um interesse comum, não existe parâmetro de avaliação da legitimidade da desobediência civil (RAWLS, 2000, p. 391).

3.2 CONCEITO DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Para John Rawls a desobediência civil é um ato consciente, político, contrário à lei, público e não violento, geralmente praticado com o objetivo de provocar uma mudança na lei e nas políticas do governo, dirigido ao senso de justiça da maioria da comunidade (RAWLS, 2000, p. 404).

Um ato consciente significa que há intenção e conhecimento do desobediente sobre a ilegalidade da ação, de tal sorte que não é possível a desobediência civil culposa. Cuida-se ainda de um ato político, posto que dirigido ao senso de justiça da maioria com a intenção de obter apoio político para a revogação de uma lei ou política pública. Invoca-se a concepção comumente partilhada da justiça que subjaz a ordem política (RAWLS, 2000, p. 404). A desobediência civil é ainda um ato público, discursivo, oral ou escrito, destinado a expor as razões de oposição à certas leis ou programas do governo (CARRILLO, 2002, p. 247).

O ato de desobediência civil é ilegal, todavia Rawls defende que exercido dentro do **limite de fidelidade à lei** (RAWLS, 2000, p. 406). Em outras palavras, significa que a lei é violada por um ato de natureza pública e não violento, no qual o transgressor aceita as consequências jurídicas da própria conduta.^[10] Deste modo, a desobediência civil se distingue da ação revolucionária e das demais formas de resistência.^[11] Finalmente, Rawls considera que a desobediência civil é um ato não violento, por ser uma expressão conclusiva do argumento de alguém, baseado nos princípios de justiça.

Em suma, a desobediência civil é orientada pelo senso comumente partilhado de justiça, que por natureza é racional. A violência não é racional, visto que na posição original, sob o véu de ignorância, nenhum dos contratantes concordaria

[10] Oportuno consignar que ato contrário à lei não precisa ser dirigido a mesma lei contra a qual se protesta (RAWLS, 2000, p. 404), admitindo-se a existência de desobediência civil direta (viola a mesma lei a qual se protesta) e desobediência civil indireta (viola lei diversa a qual se protesta). Isso decorre de uma razão prática, pois às vezes o ônus de se infringir a lei ou política tida como injusta é muito alto. A guisa de exemplo, um cidadão pode julgar que eventual lei que tipifique o terrorismo em um dado ordenamento jurídico seja injusta, mas praticar um ato de terrorismo para violá-la pode atentar contra a própria definição de desobediência civil, além de implicar em uma sanção geralmente muito severa.

[11] Rawls trata, ainda, da objeção de consciência e da evasão de consciência como formas de resistência. A diferença entre as duas é a clandestinidade da segunda e a publicidade da primeira. Para o autor, a recusa de Thoreau em pagar impostos em razão da guerra com o México seria um caso de objeção de consciência e não de desobediência civil. A objeção (ou evasão) de consciência não é um apelo ao senso de justiça da comunidade, ao contrário da desobediência civil. Ademais, a objeção de consciência não se baseia necessariamente em princípios políticos, pode se basear em princípios religiosos ou ideológicos que não são partilhados pela comunidade política, mas por uma parcela dela (RAWLS, 2000, 407/409).

em legitimar a violência para fazer valer o seu senso de justiça em detrimento da legislação.

3.3 A JUSTIFICATIVA DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Para John Rawls a desobediência civil num estado de quase-justiça se justifica com base em três critérios, que tomamos a liberdade de denominar como **objeto específico, ato político subsidiário ou de *ultima ratio*, e dissenso equilibrado**.

O primeiro critério é do objeto específico. O autor pretende confinar o uso da desobediência civil para situações de extrema injustiça. Para Rawls a desobediência civil deve ser restringida a sérias infrações ao primeiro princípio da justiça, o princípio da liberdade igual, e a garantia contra violações da segunda parte do segundo princípio, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2000, p. 412). Por exemplo, os *sit-ins*^[12] promovidos pelo movimento negro durante a luta pelos direitos civis na década de 1960 nos EUA parecem preencher esse requisito, uma vez que se negava aos afro-americanos liberdades básicas, tais como a possibilidade de ocupar parte do espaço público, cargos público e acesso ao ensino superior.

Rawls acha difícil sustentar a possibilidade de protesto, por meio da desobediência civil, nos casos referentes a infrações ao princípio da diferença. Em linhas gerais, cuida-se de conflitos distributivos, nos quais o interesse privado e o preconceito obliteram a concepção pública da justiça. Para o autor “é melhor deixar a resolução dessas questões ao processo político, desde que as liberdades iguais necessárias sejam preservadas” (RAWLS, 2000, p. 413).

Essa é uma aporia da teoria rawlsiana da desobediência civil, pois remete o problema ao sistema político e na prática o deixa sem solução. Como veremos adiante, um dos critérios justificadores da desobediência civil é a subsidiariedade,

[12] Do inglês, pode ser traduzido literalmente como protestos sentados. Era um tipo de protesto utilizado pelos integrantes do Movimento pelos Direitos Civis, na década de 1960, nos EUA. Cuida-se de um protesto não violento, no qual estudantes afro-americanos sentavam-se em locais exclusivos aos brancos e lá permaneciam até serem retirados pela polícia, o que chamava atenção para a injustiça das políticas segregacionistas existentes em diversos Estados americanos, tais como Virginia, Illinois, Kansas, Carolina do Norte, Kentucky, Alabama, Flórida e Texas.

a situação de injustiça deve ser tratada preferencial pelos canais institucionais, somente em caso de esgotamento da via político-institucional seria legítimo recorrer a desobediência civil. Ao devolver a questão ao sistema político-partidário que não conseguiu dirimi-la inicialmente, parece pouco provável que algo novo será feito.

O segundo critério é o da **subsidiariedade** ou *ultima ratio*. Inicialmente, deve-se recorrer de boa-fé aos canais institucionais do Estado e ao campo político majoritário. Deve-se fazer uso do direito de manifestação, reunião e pensamento comumente positivados em sociedades quase-justas. Somente com o fracasso desta alternativa, o recurso a desobediência civil seria legítimo. John Rawls argumenta que em casos excepcionalmente graves, o esgotamento da alternativa política-institucional não precisaria ser demonstrado (RAWLS, 2000, p. 414).

O problema é determinar quando houve o esgotamento das vias institucionais. Rawls não responde este problema. A apatia da maioria preenche este requisito ou será necessário a rejeição de um projeto de lei ou uma petição? A questão depende da própria qualidade da democracia participativa de determinado ordenamento jurídico. O que é possível concluir deste critério é que a desobediência civil não é a primeira opção para lidar com a injustiça. A desobediência civil é uma alternativa subsidiária de participação política, manejável apenas nos casos nos quais os poderes constituídos demonstrarem-se indiferentes a uma situação de extrema injustiça.

O terceiro critério é o mais complicado e de funcionalidade duvidosa. Cuida-se do critério que denominamos como **dissenso equilibrado**. Para Rawls, as duas condições anteriores seriam, em tese, suficientes para justificar a desobediência civil. Contudo, em certas circunstâncias o primado do contrato social pode exigir que atos de desobediência civil sejam restringidos.

Em sociedades complexas e pluralistas, se uma determinada minoria tem justificativa para praticar atos de desobediência civil, então qualquer outra minoria, em circunstâncias semelhantes, também a têm da mesma forma. Se esses diversos grupos executarem atos de desobediência civil de maneira concomitante, podem desencadear consequências negativas para todos, pois há um limite para a capacidade de a sociedade lidar com a dissensão à margem da lei. Poderia ocorrer

uma grave desordem social, hábil a solapar o contrato social, uma situação revolucionária que pode ter efeitos deletérios ao primeiro princípio da teoria da justiça, o princípio da liberdade.

Qual é a solução para evitar a anomia? Para Rawls a solução utópica seria um **acordo de cooperação política** entre as minorias para regular o nível total da dissensão (RAWLS, 2000, p. 415). É claro que a viabilidade fática desta solução é questionada pelo próprio autor. A solução é inspirada na própria aceção de justiça como equidade que permeia todo o livro. Certamente, a manutenção do equilíbrio entre obediência e dissenso é uma estratégia inteligente, mas dependente das circunstâncias de cada caso e, principalmente, da capacidade de liderança articulada entre os diversos grupos reivindicadores de justiça.

3.4 O PAPEL DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL EM UM SISTEMA CONSTITUCIONAL

A desobediência civil é um apelo político de uma pessoa ou grupo de pessoas, exteriorizado por meio do descumprimento à lei, dirigido ao senso de justiça de uma comunidade política, para que se reconsidere uma política pública ou legislação tida como injusta.

O exercício da desobediência civil pressupõe, como vimos, uma sociedade quase-justa, onde os princípios de justiça são em sua maior parte reconhecidos e o regime político observa preceitos de participação democrática. Em uma ditadura não há como recorrer ao senso comum de justiça da comunidade e a via revolucionária, com o uso da violência, pode ser o único caminho justificável para enfrentar as injustiças.

Ora, se o recurso a desobediência civil depende de um sistema constitucional democrático, visto como sistema que reconhece em larga escala os princípios da justiça, qual o papel da desobediência civil neste sistema constitucional? Rawls defenderá que a desobediência civil é um dos recursos estabilizadores de um sistema constitucional, embora por definição seja ilegal (RAWLS, 2000, p. 424).

O papel estabilizador do sistema constitucional exercido pela prática da desobediência civil é deduzido pelo ponto de vista das pessoas na posição original.

Segundo o autor, os indivíduos elegeram a regra da maioria como critério justificador da obediência aos preceitos constitucionais, mas admitiram exceções em que a dissensão é apropriada, sob pena de negar ao outro a possibilidade de justiça.

Se é negada a possibilidade de justiça aos semelhantes, as partes na posição original negariam a situação de igualdade equitativa entre si e manifestariam uma disposição de explorar as contingências da fortuna, o que vai contra os pressupostos racionais da teoria da justiça de Rawls (RAWLS, 2000, p. 425). Em outras palavras a teoria constitucional da desobediência civil repousa unicamente sobre a concepção de justiça igualitária rawlsiana, “não admite fundamentação sectária, mas decorre da concepção pública da justiça que caracteriza a sociedade democrática” (RAWLS, 2000, p. 427). Não foi por outro motivo que fomos obrigados a descrever os princípios da justiça, ainda que sucintamente, em momento anterior deste trabalho.

Rawls enxerga a possibilidade de a desobediência civil ser reconhecida pelos tribunais como uma causa atenuante da pena e, em certos casos, excludente da ilicitude (RAWLS, 2000, p. 429). O autor não faz maiores digressões sobre o assunto, trata a questão de maneira lateral para sustentar o argumento principal da necessidade de existência de um senso comum de justiça em voga na sociedade. Discutiremos adiante essa afirmação na perspectiva do direito positivo brasileiro.

4 DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: PROBLEMAS DA PROPOSTA

Na doutrina brasileira, há quem defenda que a desobediência civil é um direito fundamental. Nesta linha, Maria Garcia (2004) pretendeu dar um embasamento jurídico no ordenamento jurídico brasileiro hábil a legitimar o exercício da desobediência civil. Para a autora, a despeito da Carta Magna brasileira não prever explicitamente o direito de desobediência civil, este pode ser extraído da redação dada ao artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Logo, o direito à desobediência civil decorreria de seu caráter material e de uma perspectiva aberta dos direitos fundamentais (BARBOUR, 2008, p. 20). O caráter material do direito é deduzido pela jurista do exercício da cidadania com liberdade, como direito de participação no poder político, e a desobediência civil se apresenta como uma das garantias desse exercício (GARCIA, 2004, p. 281). A perspectiva aberta dos direitos fundamentais decorre do próprio regime constitucional brasileiro, posto que este abrange um sistema de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição.

A autora também se ocupa dos modos de exercício da desobediência civil em nosso sistema constitucional e buscará uma forma de criar um regime jurídico de exercício do direito de desobediência civil, com uma forma processual e consequências jurídicas. Na parte mais radical de seu trabalho, a constitucionalista afirma que a desobediência civil é um direito subjetivo público, manejável por meio do direito de petição aos Poderes Públicos – artigo 5º, XXXIV, alínea ‘a’, da Constituição Federal (GARCIA, 2005, 298).

Nesta linha, o cidadão ou grupos de cidadãos submetem seu pleito aos poderes constituídos para apreciação da autoridade competente. Os desobedientes peticionam às instituições públicas demandando a sua exclusão dos efeitos de uma lei ou ato administrativo, ou sua revogação total ou parcial, diante da conflitância destes atos legais ou infralegais com a ordem constitucional vigente (GARCIA, 2004, p. 301). A autora defende, ainda, que nenhuma sanção poderia ser aplicada ao cidadão que peticionou ao Poder Público (GARCIA, 2004, p. 301). Por derradeiro, a autora enxerga na desobediência civil um papel de defesa da Constituição (GARCIA, 2004, p. 325).

Maria Garcia não utiliza o pensamento de John Rawls na elaboração de suas teses. Todavia, é possível fazer três aproximações das teorias de cada pensador. Em primeiro lugar, o filósofo defenderá que a desobediência civil exerce um papel estabilizador do sistema constitucional, enquanto a constitucionalista pugna que a desobediência civil é uma forma de defesa da Constituição. A ideia subjacente às expressões “estabilização da Constituição” ou “defesa da Constituição” implica em uma função corretiva da desobediência civil no sistema constitucional-democrático. A desobediência civil é um recurso de titularidade de indivíduos e grupos para não

perenizar injustiças face a incapacidade das instituições de fazê-lo. Em segundo lugar, Rawls trabalha com uma razão pública socialmente partilhada consistente nos princípios da justiça. Maria Garcia enxerga no regime constitucional de direitos fundamentais essa razão pública. Em terceiro lugar, ambos admitem a hipótese de não se punir o desobediente civil pelo desrespeito à lei.

A diferença entre eles é o grau de generalidade. A teoria rawlsiana, em seu elevado grau de abstração para tratar de um tema que envolve lutas políticas, liberdade, alocação de direitos sociais e eficácia do sistema de justiça, recorre, muitas vezes, a expressões genéricas e indeterminadas. Não há uma construção dogmática de como a desobediência civil funcionaria na prática, abrindo espaço para o ativismo judiciário e lutas sectárias sem fim, corrompendo o próprio tecido social. Maria Garcia parte de um ordenamento jurídico posto, pensa a questão em termos zetético e dogmáticos, mas peca ao tratar a desobediência civil como um direito manejável pelo uso do direito de petição.

No fundo, esses problemas teóricos revelam os limites da teoria da desobediência civil como um direito fundamental. Em um ambiente democrático e pluralista, a coincidência de visão em relação aos objetivos da sociedade política pode até ser partilhada, mas os meios definidos para alcançar esses objetivos podem gerar divergência. Por exemplo, dificilmente um agente racional é a favor da fome, mas os meios para mitigá-la ou erradicá-la variam. Para uma visão liberal, uma política eficiente implica um mercado equilibrado e competitivo sem intervenção estatal. Uma visão socialdemocrata admite políticas econômicas de intervenção no mercado, tal como tabelamento de preço, subsídios tributários ou subsídios diretos à população mais vulnerável.

Essas duas visões compartilham os objetivos e valores de uma sociedade democrática e constitucional. Todavia, em relação aos meios, as divergências são, em alguns casos, inconciliáveis. Rawls tenta afastar esse tipo de crítica com o argumento que diferencia consenso coincidente e consenso estrito (RAWLS, 2000, p. 430). Em outras palavras, premissas diferentes podem levar a mesma conclusão. Todavia as sociedades ocidentais mudaram muito desde a elaboração do livro 'Uma Teoria de Justiça', cuja primeira edição em inglês remonta ao ano de 1971.

Vivemos no ápice do que se denominou sociedade pós-moderna ou cultura pós-moderna. Neste cenário, a questão do saber e da justiça se dão em outros termos, atomizados, e as grandes teorias sociais perderam credibilidade como narrativas (LYOTARD, 2004, p. 73). Veja os debates nas redes sociais sobre direitos de minorias, direito humanos, distribuição de renda ou qualquer outro tema político relevante. Eles podem ser taxados de superficiais, mentirosos ou parciais, podem ser classificados como *fake news*, mas qualquer observador atento perceberá que o dissenso de concepções de justiça no mundo virtual já contaminou a política e as instituições.

Portanto, cabe indagar: em sociedades politicamente fragmentadas é possível recorrer a uma razão pública comum, pressuposto da teoria da desobediência civil? Parafraseando Hannah Arendt, no mercado das ideias, o destino da consciência não é muito diferente do destino da verdade do filósofo: torna-se uma opinião não diferenciável de outras opiniões. E a força da opinião não depende da consciência, mas do número de pessoas com quem está associada (ARENDR, 1999, p. 64).

Remetendo a questão ao exemplo inicial das escolas ocupadas por estudantes, quando o tribunal paulista reconhece neste contexto político fraturado que a ocupação de escolas é um caso de desobediência civil, está operando dentro dos princípios de justiça socialmente compartilhados ou toma parte dentre as concepções de justiça em voga na sociedade?

Se concluirmos que se cuida da segunda opção, haveria questões a serem discutidas, tais como imparcialidade do sistema de justiça e ativismo judicial. Por outro lado, conflitos distributivos análogos também deveriam ser tratados sob o viés da desobediência civil, como a ocupação de imóveis urbanos abandonados por grupos sem moradia e latifúndios improdutivos pelo movimento dos trabalhadores sem-terra. O mesmo tribunal parece desconsiderar esse tipo de argumentação nesses casos.

Todas essas questões apontam dificuldades para o amplo emprego da teoria da desobediência civil na contemporaneidade e, especialmente, dentro da gramática dos direitos fundamentais. Sob o ponto de vista dogmático, a tese de Maria Garcia não faz sentido. Se a injustiça decorre de leis e políticas públicas formuladas

pelas instituições, parece pouco provável que, mediante uma petição, o Poder Público reconheça a injustiça da lei ou política pública. Tampouco, aceitará aplicar a legislação de maneira seletiva, deixando de fazê-lo para aqueles em estado de desobediência civil. Nestes casos, o modal deôntico incorreria em um paradoxo normativo, uma ação poderia ser, ao mesmo tempo, proibida / permitida ou obrigatória / facultativa.

Dentro do sistema legal brasileiro, a desobediência civil funcionaria, no máximo, como causa supralegal excludente da culpabilidade, na modalidade inexigibilidade de conduta diversa e como circunstâncias atenuantes da pena quando o agente cometeu o crime por motivo de relevante valor social ou moral (artigo 59, III, 'a', do Código Penal) ou por circunstância relevante não prevista em lei (artigo 60 do Código Penal).

5 UMA ALTERNATIVA METODOLÓGICA PARA A DESOBEDIÊNCIA CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO POSITIVO.

Todas as objeções levantadas nos levam a concluir que a desobediência civil não é um direito fundamental. Não é possível concebê-la como um direito subjetivo, posto que a desobediência civil é, por essência, ilegal. Pensar de outra forma implica em reintroduzir o jusnaturalismo como fundamento do direito.

Isso não quer dizer que o direito está fadado ao positivismo alienante. A desobediência civil é um fato, tem repercussão no direito. Neste diapasão, aplica-se a desobediência civil, em menor escala, a visão doutrinária já sedimentada de direito e revolução (VILANOVA, 1981, p. 85). A revolução não é um direito, mas fonte de criação do direito (fato jurígeno). Cuida-se de uma fonte extra dogmática, absoluta, inaugural, ilimitada, material em relação ao ordenamento que irá substituir. A revolução é um fato não legitimado juridicamente por norma prévia, é, todavia, fato produtor de normas (VILANOVA, 1981, p. 87).

A desobediência civil funciona da mesma forma. É um fato jurígeno que pode levar a criação, extinção ou modificação do direito, por meio de atos políticos, contrários à lei, sem recurso a violência, voltados ao senso de justiça da comunidade política. Ao contrário da revolução, a desobediência civil não implica na destruição do direito constitucional vigente e não é absoluta, tampouco inaugural e ilimitada. Deve basear-se nos direitos e princípios constitucionais.

A proposta não é imune a críticas, posto que o problema de como lidar com o desobediente ficaria dependente do resultado da ação de desobediência civil. Ocorre que nas teorias anteriores também é assim. O apelo a comunidade política pode não encontrar terreno fértil para brotar uma mudança legislativa ou de política, ou o desobediente civil não consegue convencer a sociedade de que uma injustiça está em curso.

Entretanto, se a política pública é revista ou legislação alterada, cumpre as instituições analisar se haverá algum tipo de perdão ou atenuação da sanção, seja civil, administrativa ou criminal, conforme o caso, no ato legislativo, administrativo ou judicial que reconhecer a procedência do apelo político do desobediente civil.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, hannah. **Crises da República**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- BARBOUR, Vivian Legname. **STF e desobediência civil: um olhar sobre a atuação dos movimentos sociais na luta pela terra**. Trabalho de conclusão de curso. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3348636/mod_resource/content/1/Desobedi%C3%Aancia%20civil%20STF%20mst%20sbdp%20-%20barbour.pdf. Acesso em 15 jan. 2018.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP**. Agravo de Instrumento n. **2243232-25.2015.8.26.0000**. 7ª Câmara de Direito Público. Relator Desembargador Coimbra Schmidt. São Paulo: TJSP, 14 dez. 2015. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 15 jan. 2018.
- CARRILLO, Augustin Pérez. **Rawls y la justificación de la desobediencia civil**. Revista Alegatos, Cidade do México: Universidad Autónoma Metropolitana, n. 51, p. 245-258, mai./ago. 2002. Disponível em: <https://biblat.unam.mx/es/revista/alegatos/articulo/rawls-y-la-justificacion-de-la-desobediencia-civil>. Acesso em 15 jan. 2018.
- COSTA, Nelson Nery. **Teoria e Realidade da Desobediência Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DAWKINS, Richard. **O Gene Egoísta**. Tradução de Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- GARCIA, Maria. **Desobediência Civil: direito fundamental**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LYOTARD, Jean-François. **La condición postmoderna – informe sobre el saber**. Tradução de Mariano Antolín Rato. 8. ed. Madri: Ediciones Cátedra, 2004.
- MORRINSON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisseta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.
- VILANOVA, Lourival. **Teoria Jurídica da Revolução**. Revista de Estudos Políticos. Janeiro, n.º 52, p. 59-103. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 1981.

AS REDES SOCIAIS E O PROCESSO POLÍTICO BRASILEIRO: LIMITES E POSSIBILIDADES DE UMA DEMOCRACIA CONECTADA

Rubens Beçak ^[1]
Bruna de Sillos ^[2]

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta e discute os resultados parciais da pesquisa de mestrado,^[3] que propõe analisar as potencialidades e os limites das redes sociais para o fortalecimento do processo democrático brasileiro. Busca-se apresentar

[1] Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: prof.becak@usp.br.

[2] Mestranda em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: bruna.sillos@usp.br.

[3] Pesquisa de mestrado intitulada: "As redes sociais e o processo político brasileiro: análise dos limites e possibilidades de uma Democracia Conectada a partir do contexto das eleições brasileiras (2018)". Trata-se de uma pesquisa sociojurídica, de cunho qualitativo, que tem como método a revisão da literatura de trabalhos já produzidos sobre e-democracia, internet, redes sociais e democracia brasileira, e campanhas eleitorais por mídias digitais.

aqui algumas discussões, presentes na literatura sobre democracia digital ou ciberdemocracia, sobre o uso das redes sociais em campanhas eleitorais brasileiras.

O texto divide-se em duas seções. Na primeira seção, apresenta-se o campo de estudos da ciberdemocracia ou democracia digital, que tem orientado a referida pesquisa. Na segunda seção, discutem-se os elementos da democracia representativa, que a diferenciam de outros modelos tradicionais de democracia, de modo a refletir sobre os impactos das redes sociais na representação política. Ademais, são apresentados os dados secundários, da base construída no trabalho de monitoramento das eleições majoritárias brasileiras, desde julho de 2008, no projeto intitulado: *Elites políticas e tecnologias digitais: uma análise longitudinal do uso da internet e mídias sociais nas eleições brasileiras (1998 a 2018)*, para pontuar as primeiras experiências do uso das redes sociais em campanhas eleitorais brasileiras.

1 CIBERDEMOCRACIA COMO CAMPO DE ESTUDOS

Entende-se aqui que a ciberdemocracia sobrepõe duas tradições de estudos: a) o debate filosófico e normativo da concepção de democracia como sistema político. As narrativas democráticas, embora não sejam homogêneas, referem-se, de forma geral, a uma forma de governo baseada na soberania popular, assentada em concepções e instituições que asseguram direitos e participação política; b) e sobre as inovações interativas das tecnologias digitais e seus impactos sociais, econômicos e políticos nas sociedades contemporâneas (SILVA; SAMPAIO; BRAGATTO, 2016). Privilegiam-se, em especial, os trabalhos de Longhi (2017) e Bragatto (2011; 2016).

A democracia digital ou ciberdemocracia (também denominada e-democracia) trata da complexa relação entre tecnologias digitais de comunicação e as práticas contemporâneas. Refere-se ainda a um campo de estudos que se consolidou nas primeiras décadas do século XXI. Essa discussão não é recente, desde o surgimento da internet, observa-se o crescimento de estudos sobre o tema, buscando estabelecer relações conceituais e práticas, críticas ou normativa nesse campo (BRAGATTO, 2011).

Apesar da heterogeneidade teórica, é possível apontar algumas tendências e padrões nesse campo de estudos. Pode-se afirmar que a noção de democracia digital é concebida no imaginário das potencialidades técnicas dos recursos digitais para aprimorar os processos democráticos. Bragatto (2011) aponta que, tradicionalmente, os trabalhos privilegiaram os aspectos positivos da inserção da internet na dinâmica política, enfatizando que a internet, ao acentuar a democratização do acesso à informação, teria um importante potencial emancipatório.

Nessa perspectiva, iniciativas de participação digital vêm sendo desenvolvidas, no país, com o intuito de democratizar o acesso à informação, viabilizar mecanismos mais eficientes e transparentes de gestão pública, por meio de aplicativos e portais (governança digital) e de estimular a participação política, por meio da inserção de sujeitos e grupos em debates públicos e tomada de decisão (MENDONÇA; PEREIRA, 2016; FREITAS, 2016).

No campo da democracia digital coexistem trabalhos que propõem um olhar mais crítico sobre os impactos econômicos, políticos e culturais da internet. Alguns questionam a tendência das mídias digitais gerar maior estratificação social, distanciamento dos contextos reais e a “transposição para o ciberespaço formas de controle já perpetuadas no mundo em que vivemos” (BRAGATTO, 2011, p. 138). Aponta-se assim, que, se por um lado, as mídias digitais transformam as sociabilidades, os modos de subjetivação, as relações de trabalho e as práticas políticas, por outro, inauguram novas formas de subalternidade social (FREITAS, 2016).

Observa-se que a crescente apropriação social das mídias digitais e sua centralidade na vida cotidiana atual têm trazido importantes questões sobre internet, tecnologia e democracia. Refletir sobre democracia digital requer “configurar este núcleo conceitual ao redor do qual outros temas e outras ênfases circulam” (SILVA; SAMPAIO; BRAGATTO, 2016).

Nos termos de Silva, Sampaio e Bragatto (2016), a e-democracia é uma abordagem teórica e normativa dentro de um campo mais amplo de e-políticas. O que significa que, compreender os sentidos, potencialidades e limitações da e-democracia pressupõe entender a experiência prática, as formas de usos (e efeitos dos usos) das mídias digitais que envolvem diferentes sujeitos, múltiplos interesses e contextos (MENDONÇA; PEREIRA, 2016).

Entende-se aqui que a internet acirra o embate e a competição entre uma pluralidade de debates públicos, ao intensificar o que a teórica Nancy Fraser denomina de contrapúblicos subalternos, entendido como arenas discursivas alternativas, em que membros de grupos subalternizados desenvolvem seus contradiscursos e formulam interpretações diversas acerca de suas identidades e interesses (apud VALENTE; NERIS, 2018).

No entanto, a coexistência desses debates públicos na internet não é transparente, nem pressupõe um equilíbrio de forças políticas. Valente e Neris (2018) apontam que uma das razões para tal problemática é o “filtro bolha”, conceito formulado por Eli Pariser (2011), que explica como os algoritmos “produzem a personalização de experiência nas plataformas digitais” (apud VALENTE; NERIS, 2018, p. 109), o que, por sua vez, garante que os sujeitos tenham acesso a conteúdos próximos de seus interesses e concepções políticas.

Embora as temáticas contradiscursivas tenham maior destaque nas redes sociais, quando comparadas às mídias tradicionais, as narrativas hegemônicas ainda têm amplo espaço. Isso porque, conforme Valente e Neris (2018), sabe-se que:

algoritmos determinam o alcance das informações postadas, e que, em uma plataforma como o Facebook, ganhar alcance tem a ver com dominar uma determinada linguagem que “viraliza”, e ainda com o impulsionamento de conteúdos e páginas com recursos financeiros. (...) essas regras são pouco transparentes e são formuladas com pouca interferência dos usuários; – a interferência verifica-se pontualmente quando o público consegue exercer grande pressão e afetar a imagem pública das empresas. Em um contexto de grande concentração das atividades online em poucas plataformas, como é o caso do Facebook, para rede social, e YouTube, para vídeos, as balizas do debate digital ficam também concentradas em um punhado de atores empresariais (p. 114).

Além disso, mercantilização e comercialização da internet interferem nesses empates políticos. Longhi e Beçak (2012) apontam que poucos conglomerados empresariais - como *Google, Facebook, Apple* - constituem-se num grupo praticamente hegemônico no ramo do mercado e se beneficiam de um “vazio de normas de ordem pública” (p. 04) para agir de forma independente, sem qualquer deliberação democrática. Há ainda relevante preocupação com a falta de confiabilidade

nos dados disponíveis na rede (*Fakenews*), bem como a inexistência de controle dos discursos de ódio na rede ou de posições polarizadas, já que prepondera o anonimato (BRAGATTO, 2011). O que exige, por sua vez, disputar políticas de segurança digital e levar a sério o debate sobre democratização da informação (VALENTE; NERIS, 2018).

2 O MODELO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO E O PARADIGMA DA REPRESENTAÇÃO

A democracia semidireta, modelo brasileiro, adota o chamado paradigma representativo.

O modelo democrático brasileiro: a democracia semidireta (ou participativa), encontra elemento diferenciador da democracia representativa para o novo modelo consiste na possibilidade de utilização de instrumentos nos quais a população decide diretamente, quando assim demandada, sobre determinada matéria (BEÇAK, 2012).

Para Silva (2002), o poder democrático advém da soberania popular, sendo o povo a única fonte de poder. Dessa forma, no modelo democrático, a representação política direta ou indireta deve refletir a expressão dessa vontade soberana.

O autor destaca que, nos casos, nas democracias indiretas e, há um princípio derivado ou secundário da representação. A efetividade desse princípio se dá por técnicas eleitorais, que se renovam ao longo dos tempos.

A democracia representativa tensiona os mesmos espaços de poderes que outros modelos democráticos, como a democracia direta ou semidireta ou participativa. Na teoria jurídica, a democracia direta é exposta como um dado histórico e, a representativa como os desdobramentos constitucionais, essencialmente regidos pelos direitos políticos e partidos políticos (LONGHI, 2017). Em sentido diverso, Rubens Beçak (2014), aborda sob uma perspectiva analítica o aperfeiçoamento dos meios de participação, partindo do pressuposto de existência de uma evolução de modelos.

Para Longhi (2017), é majoritária a posição na teoria jurídica de que a democracia representativa é a única viável nas sociedades pós-industriais modernas, de forma que após o absolutismo o caminho para conciliar o inchaço populacional e a necessidade da participação popular foi a construção do conceito de representação política.

Assim, a vontade popular se faz presente por meio do instituto do mandato, importado, então, do direito privado. Contudo, o mandato “vinculado” ou imperativo, em que o representante fica preso aos interesses do “representado”, é algo que vem sendo paulatinamente abandonado, sendo que alguns países contemporaneamente atribuem nulidade ao mandato imperativo, sendo esse o paradigma representativo dos modelos de democracia (CAGGIANO, 2004).

O paradigma da representação continua em construção, tendo os partidos políticos relevante papel no perfil da representação, fortalecendo-se como agente decisivo na democracia do século XIX, e se mantendo (não sem críticas), dessa forma, que ao longo do século XX e XXI (URBINATI, 2006). Urbinati (2006), ao analisar o papel dos partidos políticos de massas nos sistemas representativos contemporâneos, compreende que estes significaram importante para a racionalização do dissenso, e estabelecimento de uma ponte entre o Estado e a Sociedade, capaz de viabilizar a participação.

A principal crítica à figura do partido político, atualmente, ecoa quanto à falta de representatividade, esvaziamento do debate político, programas partidários vagos, o abandono de legenda, elitização das cúpulas partidárias, entre outras. Situação essa que, supostamente, poderá sofrer alteração com o avanço das TIC - Tecnologia da informação e comunicação.

2.1 O USO DAS TICS NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

A Tecnologia da informação e comunicação (TIC) pode ser definida como um conjunto de recursos tecnológicos, utilizados de forma integrada, com um objetivo comum. As TICs podem ser encontradas em diversos setores, na indústria, no

comércio, no setor de investimentos, educação e, nesse trabalho será analisada sob a óptica jurídica e política.

Para Longhi (2017), o potencial de recorrência ostensiva às TICs para a maximização das oportunidades dos cidadãos no processo político é uma alternativa que se vem, preconizando como forma de se superar tais limites e, em seus termos “já suscitou novas práticas públicas” (p. 85) transpassando limites territoriais criam uma democracia local em rede mais participativa.

O uso da internet e das TICs já tem empreendido diversos estudos no contexto das eleições brasileiras, contudo são poucos os bancos de dados já sistematizados sobre a evolução desses usos pelos candidatos ao longo do tempo, bem como os padrões e eventuais efeitos desse uso na organização dos sucessivos pleitos eleitorais brasileiros, que possam servir como base para um diálogo com estudos longitudinais de natureza análoga sobre e-campanhas empreendidos em outros países (BRAGA, CARLOMAGNO, 2018).

Bragatto (2011) compreende que, as pesquisas atuais no campo da democracia digital, múltiplo em suas propostas de reflexão, têm proposto leituras mais refinadas sobre a internet, sem a pretensão de isolá-la, buscando compreender não apenas o impacto das mídias digitais no contexto social, mas também o impacto desse contexto sobre a internet. Compreende-se que a internet disponibiliza inúmeras ferramentas que, em si mesmas, não a definem, mas propiciam aos sujeitos usos alternativos para diferentes e, por vezes, contraditórios fins (SILVA; SAMPAIO; BRAGATTO, 2016).

No entanto, mesmo os trabalhos convergindo no entendimento de que a internet transforma a relação entre os sujeitos, as formas de organização e atuação de movimentos sociais, bem com a própria dinâmica da democracia, não há ainda um entendimento profundo sobre os tipos de impactos gerados e nem sobre o alcance dessa transformação (BRAGATTO, 2011). Como bem pontuam Silva, Sampaio e Bragatto (2016), a crescente produção científica sobre democracia digital não implica que o campo se tornou uma área “madura, estável e sem questões a resolver” (p. 25).

No campo do Direito, particularmente, ainda são poucas as produções científicas que abordem de modo sistemático os impactos que as diferentes inovações trazidas pela internet têm provocado nas práticas políticas do país e, no limite, em nossos processos democráticos (ITUASSU, 2011). Ou que propõem discutir normas e políticas de segurança digital ou mesmo mecanismos de democratização da informação. Assim, se faz necessário recorrer às ciências políticas e sociais, mas especificamente ao trabalho realizado por Braga e Carlomagno (2018), para obter substrato de análise de dados.

2.2 O USO DAS REDES SOCIAIS NAS CAMPANHAS BRASILEIRAS

A resolução de n. 20.106 do TSE, auxiliou na passagem do momento *proto-web*, para *web*,^[4] pois até então, as primeiras experiências de uso da internet nas eleições no Brasil, se davam por sites estáticos e sem mecanismos de interatividade (STEFFEN, 2003). A referida norma começa a regulamentar o uso da internet nas campanhas eleitorais, estabelecendo, inclusive, restrições ao seu uso. Uma definição da Lei era a de que propagandas apenas poderiam ser feitas em *websites* e não em outras redes.

Nas eleições dos anos 2000, houve um padrão primitivo de e-campanhas, com *websites* pouco informativos e interativos, personalização da comunicação política e fluxos de comunicação *top down* (FERNANDEZ, 2005). Na mesma pesquisa fica evidente que em 2002: eleições para presidente, governos estaduais, 2/3 do Senado, 513 deputados federais e deputados estaduais, ainda prevaleceu o

[4] Utiliza-se aqui a metodologia de Gomes et al. (2009), a qual analisa quatro momentos: Pré-web - Ausência de uso de websites, havendo apenas outras ferramentas de comunicação com o eleito, tais como e-mail e newsletter. Protoweb- Sites com pouca interação, contudo o uso da linguagem digital já começava a se difundir entre os candidatos, mas de maneira restrita, de modo que as campanhas eleitorais ainda tinham natureza claramente off-line; Web- as principais plataformas são os websites, o material online tende a reproduzir o conteúdo off-line. Há algumas experiências interação e participação por meio dos websites; Pós-Web- desloca a centralidade do website para as Redes Sociais, o website passa a ser um centro difusor e de oferta de credibilidade a informações difundidas por mídia, a interação candidato e cidadão se reforça por meio das mídias digitais.

estágio primitivo *web* de campanha eleitoral, contudo, Braga e Carlomagno (2018), apontam que a maioria dos candidatos à presidência usam *websites* de campanha, embora com poucas ferramentas de interatividade. “Destaque para o site de Lula e do Instituto Cidadania. Apesar do site primitivo, teve 1.3 milhões de acessos únicos e 13 milhões de acessos durante a campanha (p. 60).”

Em 2004, manteve-se um padrão de *web* primitivo, contudo, apenas em 2006: nas eleições para presidente, governadores, 1/3 do Senado, 513 deputados federais e 1.059 deputados estaduais, houve uma mudança de paradigma para *web* intermediário, ainda com baixo grau de interatividade. Algumas mídias sociais como o *Orkut* passam a ser utilizadas, mas sem processos de discussão e deliberação muito aprofundados (BRAGA, CARLOMAGNO, 2018).

O uso de padrões mais avançados de *web* vai ocorrer em 2008, com experiências dialógicas, ocorrido nas eleições de prefeitos e vereadores dos 5.567 municípios brasileiros, exceto DF. No Brasil, ganhou relevância a campanha de Gilberto Kassab (PFL) e Fernando Gabeira (PV) no uso da internet (BRAGA, CARLOMAGNO, 2018). Houve também as primeiras experiências de participação digital *online* e de “falas cidadãos” nas eleições majoritárias.

A já referida restrição legal ao uso das mídias sociais no Brasil deixou de existir nas eleições de 2010, que foi para presidente, 27 (vinte e sete) governos estaduais, 2/3 Senado, 513 deputados federais e 1.059 estaduais. Nesse pleito, deu-se destaque as campanhas de Marina Silva (PV), que utilizou intensamente a internet e obteve 18% dos votos válidos e de José Serra (PSDB) que teve intenso uso da mídia social *Twitter*. Outro ponto de atenção foi o uso de *websites* mais sofisticados, o que acaba por elitizar o pleito, gerando distanciamento entre os candidatos. Primeiras experiências, pós-*web* iniciais e iniciativas de controle civil *online*.

Em 2012, nas eleições para prefeitos e vereadores em 5.568 municípios brasileiros, houve um padrão *web* avançado e pós-*web* primitivo, com uso de mídias sociais com baixo grau de interatividade e baixo potencial mobilizador, “Facebook começa a ser utilizado de maneira intensa pelos candidatos para agendar temas de campanha e começam as estratégias colaborativas de campanha usando as tecnologias digitais” aprofundados (BRAGA, CARLOMAGNO, 2018, p. 55).

O estágio pós-*web* de campanha, com nível ainda intermediário de interação se dá na campanha de 2014: eleições para presidente, governos estaduais, senador, deputados federais e estaduais. A mídia digital *Facebook* se torna a primeira ferramenta de campanha e organização de debate público na internet. Nota-se a queda da frequência de *websites*, tornando-se menos interativos e participativos, transformando-se em produtores de conteúdo a serem difundidos dando centralidade às mídias sociais.

A profissionalização do uso da *e-campanha*, dá-se no pleito de 2016 para prefeitos e vereadores, surgem novas ferramentas de campanha como *WhatsApp* e *Instagram*, são amplamente utilizadas pelos candidatos, mas o *Facebook* se mantém como rede digital de maior impacto. Existem evidências do uso de *bots* para inflar presença *online* dos políticos, especialmente no *Twitter*.

Essa análise longitudinal, requer que sejam levantados alguns pontos no período pós-*web*, tanto o *website* como o uso de *bots*, são ferramentas mais custosas, que podem representar uma mídia de grande destaque a um determinado candidato.

Assim, é possível falar em uma “normalização” ou “equalização”, ao longo do tempo nas campanhas eleitorais brasileiras. Ou seja, da reprodução das desigualdades e dos padrões de competição do mundo *offline* na esfera virtual. Para tanto foram feitos estudos longitudinais, que acabaram por confirmar a tese da “normalização”, mostrando que atores com mais recursos (tanto candidatos individuais, como partidos políticos) possuem uma vantagem competitiva decisiva na disputa pelo voto na internet (SCHWEITZER, 2008, 2011; KOC-MICHALSKA *et al.*, 2016).

Nas eleições de 2018, houve a potencialização do uso das redes, contudo, essa análise será feita em trabalho específico, dado o respeito à sua proximidade e ao levantamento adequado de dados de Tecnologia da Informação e Comunicação.

Assim, é apresentado o panorama até as eleições de 2016, sendo esse o contexto de extração de resultados parciais.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, foi analisada a interferência da TICs no processo eleitoral brasileiro, de forma que sua evolução é fortemente marcada com a possibilidade de interação com o eleitorado.

Embora existam diversos limites à uma Democracia conectada, esse trabalho visou destacar suas potencialidades. No contexto eleitoral, pode ocorrer a reprodução de algumas questões existentes no mundo *offline*, como um maior destaque à candidatos que apresentem maior orçamento de campanha.

Como trazido, o processo eleitoral ocorre como condição da Democracia Representativa, que advém do modelo mandatário do direito civil, contudo, com as peculiaridades do modelo de mandato livre, oriundo da idade moderna. (BEÇAK, 2012), sendo que a e-democracia, bem como os TICs podem aperfeiçoar não só esse modelo, como a Democracia Semidireta.

Por essas, razões visando à aproximação da vontade do eleitorado, com as ações de seus representantes, campanhas e comunicações *pós-web*[5] auxiliam as interações com projetos de governo e anseios populares. É importante refletir quanto à escassez de regulamentação, do uso de mídias digitais no sistema eleitoral, uma vez que recursos midiáticos mais custosos, que gerarão maior visibilidade, ficarão com os partidos ou candidatos que disponham de maiores orçamentos.

Outro aspecto relevante é o crescente uso de *bots*, que claramente tem influenciado nas eleições ao redor do mundo, uma vez que manipulam mídias digitais dando maior destaque a determinado candidato, em detrimento dos demais. No entanto, não se pode negar a importância dos canais de comunicação em uma democracia *pós-web*, uma vez que podem viabilizar maior controle da sociedade civil e a interação propositiva com os representantes eleitos ou candidatos.

[5] Surge depois da criação das redes digitais e de seu uso maciço por alguns candidatos e políticos. O website do político deixa de ser o elemento central ou único da estratégia de comunicação dos candidatos e passa a ser um centro difusor e de oferta de credibilidade a informações difundidas por outras mídias. Os candidatos interagem com os cidadãos principalmente nas mídias digitais e não no website (BRAGA, CARLOMAGNO, 2017).

Por fim, esse trabalho fixou-se em uma análise histórico-evolutiva do uso da Tecnologia de Informação e de Comunicação nas campanhas eleitorais, sendo a abordagem longitudinal. De forma que alguns limites dessa prática devem ser destacados em análise específica. Assim, finaliza-se concluindo que a existência da e-democracia é uma realidade, irreversível, que deveria estar disponível de maneira igualitária a todos. E, por essas razões há a necessidade de ser cada vez mais estudada para destacar suas potencialidades e mitigar seus limites, de forma a se contribuir com os diversos modelos democráticos, fazendo prevalecer a vontade popular.

REFERÊNCIAS

BEÇAK, Rubens. **Reflexões sobre o evoluir democrático rumo à sua otimização: A Atualidade da “democracia deliberativa” e suporte teórico.** Enfoque histórico-evolutivo. Contribuição à Teoria Geral do Estado. Tese (Livre-Docência) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BIONI, Bruno Ricardo. **Autodeterminação Informacional: Paradigmas inconclusos entre a tutela dos direitos da personalidade, a regulação dos bancos de dados eletrônicos e a arquitetura da internet.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

BRAGA, Sérgio; CARLOMAGNO, Márcio. **Eleições como de costume?** Uma análise longitudinal das mudanças provocadas nas campanhas eleitorais brasileiras pelas tecnologias digitais (1998-2016). Revista Brasileira de Ciências Políticas, n. 25, Brasília, p. 7-62, 2018.

BRAGATTO, Rachel Callai. **Democracia e internet: apontamentos para a sistematização dos estudos da área.** Revista Compólitica, v. 1, n. 2, p 132-163, set./out. 2011.

CAGGIANO, Mônica Herman. **Direito Parlamentar e Direito Eleitoral.** São Paulo: Manole, 2004.

DUTRA, Ana Marília; FARIAS, Victor Varcelly Medeiros. **A legitimidade constitucional da participação popular virtual na democracia brasileira: uma análise do debate público de regulamentação do marco civil na internet no pensando o direito.** In: POLIDO, Fabrício; ANJOS, Lucas; BRANDÃO, Luíza Couto (org.). Tecnologias e Conectividade, Direito e Políticas na Governança das Redes. Belo horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018.

FERNANDEZ, R. G. Campanhas eleitorais na internet. 136f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política)- IFCH Unicamp, Campinas, 2005.

FREITAS, Christiana Soares de. **Tendências democráticas e autoritárias,**

arquiteturas distribuídas e centralizadas. In: SILVA, Silvano Pereira; BRAGATTO, Rachel Callai; SAMPAIO, Rafael Cardoso (org.). Democracia Digital, Comunicação Política e Redes: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Folia Digital, 2016.

ITUASSU, Arthur. **Participação, cidadania e ciberdemocracia no Brasil.** Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-graduação em Comunicação e-compós, Brasília, v.14, n. 2, 2011.

KOC-MICHALSKA, Karolina. **et al.** The normalization of online campaigning in the web.2.0 era. European Journal of Communication. v. 31, n. 3, p. 331-350, 2016.

LIMA, Bruno Morais Avelar. **As Jornadas de Junho de 2013 e o impacto das novas mídias sociais na dinâmica da mobilização social e no governo representativo.** In: POLIDO, Fabrício; ANJOS, Lucas; BRANDÃO, Luíza Couto (org.). Tecnologias e Conectividade, Direito e Políticas na Governança das Redes. Belo horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018.

LONGHI, João Victor Rozatti; BEÇAK, Rubens. **Democracia deliberativa e ciberdemocracia: riscos e desafios para sua implementação, 2012 [Niterói, RJ].** CONPEDI, Niterói, RJ, 2012.

LONGHI, João Victor Rozatti. **Processo legislativo interativo: Interatividade e Participação por Meio das Tecnologias da Informação e Comunicação.** Curitiba: Juruá Editora, 2017.

MACHADO, Diego Carvalho. **Tutela Jurídica da Privacidade, Anonimização de dados e Anonimato da Internet.** In: POLIDO, Fabrício; ANJOS, Lucas; BRANDÃO, Luíza Couto (org.). Tecnologias e Conectividade, Direito e Políticas na Governança das Redes. Belo horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino; PEREIRA, Marcus Abílio. **Dilemas na apropriação das TCIs pela ALMG: uma análise sobre a percepção dos gestores.** In: SILVA, Silvano Pereira; BRAGATTO, Rachel Callai; SAMPAIO, Rafael Cardoso (org.). Democracia Digital, Comunicação Política e Redes: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Folia Digital, 2016.

ROSSETTO, Graça; CARREIRO, Rodrigo; ALMADA, Maria Paula. **Twitter e comunicação política: limites e possibilidades.** Revista Compólitica, v. 2, n. 3, p. 189-216, jul./dez. 2013.

SEBASTIÃO, Sonia Pedro; ELIAS, Ana Catarina. **O ativismo like: as redes sociais e a mobilização de causas.** Sociedade e Cultura, Goiânia, v. 15, n. 1, p. 61-70, jan./jun. 2012.

SILVA, José Afonso da. **O sistema representativo e a democracia semi-direta.** In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (coord.). Sistema representativo y democracia semidirecta: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Unam, 2002.

SILVA, Sivaldo Pereira; SAMPAIO, Rafael Cardoso; BRAGATTO, Rachel Callai. **Concepções, debates e desafios da democracia digital.** In: SILVA, Sivaldo Pereira; BRAGATTO, Rachel Callai; SAMPAIO, Rafael Cardoso (org.). Democracia Digital, Comunicação Política e Redes: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Folia Digital, 2016.

SCHWEITZER, Eva. **Johanna.** Innovation or normalization in E-campaigning? A longitudinal content and structural analysis of German party websites in the 2002 and 2005 national elections. European Journal of Communication, v. 23, n.4, p. 449-470, 2008.

SCHWEITZER, Eva. **Johanna.** Normalization 2.0: a longitudinal analysis of German online campaigns in the national elections 2002-9. European Journal of Communication v.26, n. 4: p. 310-327, 2011.

STEFFEN, César. **Espaços digitais e visibilidade política: algumas considerações sobre a Internet na campanha presidencial brasileira de 2002.** Paper Intercom, 2003. Disponível: <http://bocc.ubi.pt/index.php3>. Acesso em 13 julho 2019.

URBINATI, Nadia. **Representative democracy.** Chicago: Chicago University Press, 2006 b.

VALENTE, Mariana; NERIS, Natália. **Elas vão feminizar a internet?** O papel e o impacto do ativismo *online* para os feminismos no Brasil. Revista SUR 27, v. 15, n. 27, p. 105-119, 2018.

VINHAS, Otávio Iost. **O Princípio da Neutralidade da Rede à Luz da Cibercultura.** In: POLIDO, Fabrício; ANJOS, Lucas; BRANDÃO, Luíza Couto (org.). Tecnologias e Conectividade, Direito e Políticas na Governança das Redes. Belo horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018.

A AUTONOMIA MUNICIPAL NO SÉC. XXI: DESDOBRAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA E A EFETIVA CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA ATRAVÉS DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Rubens Beçak^[1]

Rodrigo Crepaldi Perez Capucelli^[2]

INTRODUÇÃO: UMA ABORDAGEM NEOCONSTITUCIONALISTA

Dentre inúmeras possibilidades de problematização das relações entre Estado e sociedade, a forma de distribuição de poderes e competências influencia diretamente na atuação concreta da administração pública e sua interação com a sociedade para o direcionamento de decisões. Tanto a repartição de competências quanto a tutela dos direitos e garantias são matérias expressamente constitucionais, que, por influência neoconstitucionalista, transcendem a norma constitucional como fonte indireta de direitos, isto é, reconhece-se às normas constitucionais plena eficácia.

Esse contexto, somado a fatores como a municipalização, quando na mesma Constituinte passa-se a elencar um rol extensivo de direitos sociais^[3] - que podem ser diretamente exigíveis pelo indivíduo - fazem com que os poderes locais tenham um enorme desafio em relação à organização dos seus recursos: legitimar decisões de aplicações em um determinado conjunto de necessidades, em detrimento de outro conjunto.

Concomitantemente à intensificação da autonomia municipal, podemos observar a intensificação da participação social na elaboração e acompanhamento das políticas públicas. Torna-se grandioso e complexo o desafio atribuído ao município de lidar com a solidificação de suas responsabilidades dada pela Constituição de 1988 e, ao mesmo tempo, entender quais são suas reais necessidades. Talvez

[1] Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela USP. Professor do Departamento de Direito Público da FDRP-SUP. Correio eletrônico: prof.becak@usp.br.

[2] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: rcpcapucelli@usp.br.

[3] Constituição de 1988. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

por isso os partidos populares tenham tentado, em alguns de seus projetos, emponderar a sociedade civil de forma a trazê-la mais próxima à gestão pública.

COMPETÊNCIAS MUNICIPAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Ainda em período imperial, a primeira Constituição do Brasil foi elaborada em um esquema organizacional de províncias, que mantinham a centralização econômica, política e administrativa. Muito embora houvesse a previsão das chamadas *Câmaras Municipaes*,^[4] estas, constitucionalmente, só havia previsão de sua autonomia econômica, devendo haver regulamentação por meio de normativa infraconstitucional.

Naquele momento não havia confiança por parte dos governos provincianos em relação à capacidade político-administrativa dos municípios. Tal característica é facilmente observada pela Lei n. 1, de outubro de 1828, que ao regulamentar a norma constitucional trouxe elementos meramente organizacionais acerca das Câmaras, prevendo inclusive que estas seriam “[...] corporações meramente administrativas, e não exercerão jurisdição alguma contenciosa”, limitando-se à atribuições materiais unicamente em relação às chamadas *posturas policiaes* previstas no rol de seu artigo 66^[5].

A realidade dos municípios há pouco menos de dois séculos era desoladora: ficavam limitados à vontade do governo central, consubstanciado na figura do rei, e os recursos financeiros que lhes eram repassados atingiam uma média

[4] Art. 167. Em todas as Cidades, e Villas ora existentes, e nas mais, que para o futuro se crearem haverá Camaras, ás quaes compete o Governo economico, e municipal das mesmas Cidades, e Villas. Art. 168. As Camaras serão electivas, e compostas do numero de Vereadores, que a Lei designar, e o que obtiver maior numero de votos, será Presidente. Art. 169. O exercicio de suas funções municipaes, formação das suas Posturas policiaes, applicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e uteis attribuições, serão decretadas por uma Lei regulamentar.

[5] O artigo 66 previa um rol de atribuições como a limpeza, iluminação e despachamento das ruas, conservação de muralhas, segurança de edifícios, estabelecimento de cemitérios, posturas relativas ao silêncio e organização de ruas, tráfego e gados, venda de pólvoras entre outras.

de 3 a 5% do total de receitas, um patamar pífio em proporção a outras esferas administrativas.^[6]

O incentivo da participação popular historicamente não é uma tradição na sociedade brasileira, na verdade, a recíproca parece ser muito mais verdadeira: observa-se por todo o período da existência do país, desde colônia, império, ou mesmo república, que a grande preocupação política era justamente a concentração do poder, excluindo a maioria dos indivíduos das decisões que lhes afetavam. Ainda que desconsiderarmos o período colonial, no surgimento da primeira Constituição do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824, o sistema eleitoral era organizado por meio de eleições indiretas^[7], em que os eleitores de paróquia^[8] votavam nos chamados eleitores de província. Esses, por sua vez, votavam na escolha dos deputados e senadores. Para exercer tais direitos, o cidadão deveria pertencer ao sexo masculino e ter mais de 25 anos de idade. Estavam excluídos: religiosos regulares, estrangeiros não-naturalizados e criminosos, além de todos aqueles que recebessem salários ou soldos, exceto os criados mais graduados da Casa Real, os caixeiros de casas comerciais e administradores de fazendas rurais e fábricas.^[9] Com esta composição social, ficava claro o caráter elitista que acabaria predominando na Constituinte, já que se retirava das camadas populares o direito de eleger seus representantes.

[6] GIGLIO, Celso. Municípios e Municipalismo – História e Desafios para o século XXI.

[7] Constituição de 1824. Art. 90. As nomeações dos Deputados, e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em AssembléasParochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia.

[8] Constituição. 1824. Art. 91. Têm voto nestas Eleições primarias: I. Os Cidadãos Brasileiros, que estão no gozo de seus direitos politicos; II. Os Estrangeiros naturalizados.

[9] Constituição de 1824. Art. 92. São excluidos de votar nas AssembléasParochiaes: I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras; II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officiospublicos; III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas; IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communidade claustral; V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos.

Com a Constituição de República, em 1891, as atividades dos municípios foram ainda mais reduzidas, e os municípios materialmente tornavam-se instrumentos de coronelismo dominante, que se preocupava muito mais com os interesses decorrentes da eleição do que com fortalecer qualquer forma de democracia ou empoderamento local. Da análise da então vigente Carta Constitucional previa-se, curiosamente, um *Titulo* dedicado unicamente aos municípios, mas tal categoria só trazia em seu corpo um único artigo, o de número 68, com a previsão genérica de que “Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.”^[10].

Neste período os municípios não passavam de “[...] feudos de políticos truculentos, que mandavam e desmandavam nos seus distritos de influência, como se o município fosse propriedade particular e o eleitorado um rebanho dócil ao seu poder”^[11].

Assim pouco sobrava espaço para a participação popular, que se restringia ao sufrágio parcial. A Constituição de 1891 estabeleceu o sufrágio universal masculino^[12] (apenas para os alfabetizados, não-militares, e maiores que tivessem completado 21 anos) com o voto descoberto, mas, nos municípios seguiram com prefeitos eleitos ou nomeados na forma disposta pela legislação estadual, mas por muitas vezes as “eleições eram de antemão preparadas, falseadas ao desejo do ‘coronel’. [...] E, nessa atmosfera de opressão, ignorância e mandonismo, o município viveu quatro décadas, sem recurso, sem liberdade, sem progresso, sem autonomia.”^[13]

[10] Constituição de 1891.

[11] Meirelles, 2013, p. 41

[12] À respeito do sufrágio censitário masculino, mostra-se oportuno transcrever a repugnância de José Jairo Gomes, em sua obra *Direito Eleitoral (2016, p.99)*: “...encontra-se odioso e injustificável preconceito contra a mulher, durante muito tempo considerada inapta, desinteressada e naturalmente insensível para a vida política. Despiciendo aduzir que atualmente a tese da inferioridade feminina é insustentável em qualquer setor. Detêm as mulheres fatia expressiva do mercado de trabalho, sendo as principais provedoras de muitos lares, além de preencherem cerca de metade das cadeiras nas universidades, em diversos setores do conhecimento.”

[13] Idem. Ibidem. p. 39.

Já com a Constituição de 1934 houve o *renascimento*^[14]do município: havia a necessidade de se instituir em âmbito local uma governança instituída de poderes que iriam além da regulamentação de posturas, assim como também era imprescindível atribuir aos municípios parcela significativa da renda pública e dar-lhes poderes para organizarem-se de forma a garantir os direitos e prestar os serviços públicos essenciais previstos no ordenamento constitucional.

Apesar do rol de competências constitucionais ainda fazer alusão unicamente aos estado e à União^[15], a Carta Magna de 1934 previa a repartição de receita tributária com destinação significativa de verbas aos municípios, além de trazer a estes a possibilidade de se organizarem de forma autônoma^[16] em relação àquilo que fosse de seu peculiar interesse. Ao município foi atribuída renda própria, podendo ele decretar os seus impostos e taxas, e a arrecadação e aplicação de suas rendas bem como a organização de serviços de sua necessidade.

Quanto à participação popular, houve uma maior ampliação censitária permitindo que a mulher exercesse seu direito à voto, considerando como eleitores “[...] os brasileiros de um ou de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistassem

[14] Expressão utilizada por Hely Lopes Meirelles que refletia o posicionamento expresso da Constituição de 1934, decorrente de ideais sociais-democratas. (p. 42, 2013)

[15] A repartição de competências dava-se nos artigos 5º, 6º, 7º e 8º, sendo que respectivamente os mesmos: (a) previam competências privativas gerais da União; (b) previam competências privativas tributárias da União; (c) previam competências legislativas dos Estados e; (d) reviam competências privativas tributárias dos estados.

[16] Art 13 - Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente: I - a eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal, podendo aquele ser eleito por esta; II - a decretação dos seus impostos e taxas, a arrecadação e aplicação das suas rendas; III - A organização dos serviços de sua competência. § 1º - O Prefeito poderá ser de nomeação do Governo do Estado no Município da Capital e nas estâncias hidrominerais. § 2º - Além daqueles de que participam, *ex vi* dos arts. 8º, § 2º, e 10, parágrafo único, e dos que lhes forem transferidos pelo Estado, pertencem aos Municípios: I - o imposto de licenças; II - os impostos predial e territorial urbanos, cobrado o primeiro sob a forma de décima ou de cédula de renda; III - o imposto sobre diversões públicas; IV - o imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais; V - as taxas sobre serviços municipais.

na forma da lei.”^[17]; embora ainda proibisse os analfabetos e o mendigos^[18]. O constituinte de 1934 consignou, enfim, de forma mais clara, os parâmetros da autonomia municipal. Além disso, constou expressamente no texto constitucional a eletividade de prefeitos e vereadores, podendo aqueles serem eleitos por estes. Mas um duro golpe à autonomia municipal não tardou. A Constituição de 1937 trouxe enorme concentração de poderes nas mãos do Executivo, ferindo a repartição de competências de forma geral, e especialmente dos municípios ao cassar a eletividade dos prefeitos. Para MEIRELLES (2013, p.42):

Pode-se afirmar, sem vislumbre de erro, que no regime de 1937 as Municipalidades foram menos autônomas que sob o centralismo imperial, porque na Monarquia os interesses locais eram debatidos nas Câmaras de Vereadores e levados ao conhecimento dos governadores ou das Assembleias Legislativas das Províncias, que proviam a respeito, ao passo que no sistema interventorial do Estado Novo não havia qualquer respiradouro para manifestações locais em prol do Município, visto que os prefeitos nomeados governavam discricionariamente, sem a colaboração de qualquer órgão local de representação popular.

Em sequência, com o fim do governo centralizador, o período que antecedeu o golpe de 1964 tratou de reintensificar as disposições que fortaleciam ente municipal. Os debates que antecederam a elaboração da Constituição de 1946 envolveram temas significativos que resultaram em importantes mudanças como o reestabelecimento de receitas provenientes de impostos privativos do municípios, a previsão de repartição de receitas outras fontes tributárias, a eleição direta dos prefeitos e dos vereadores, a integração dos entes prevendo repartições de competência nos três níveis federativos, a restrição de hipóteses de intervenção no município, mas por outro lado manteve a participação popular basicamente no sistema representativo,

[17] Artigo 108 da Constituição de 1934.

[18] A Constituição de 1934, apesar de estender o direito à voto às mulheres, o fazia de forma não-obrigatória, exceto para aquelas que exerciam função pública, conforme dispunha o artigo 110 da referida Carta: “Art 109 - O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar.”

embora tratou de tornar também obrigatório o voto para as mulheres em seu artigo 131^[19] assim como retirou a proibição dos mendigos votarem.

Mas, infelizmente esta retomada de empoderamento político-administrativo encontrou resistência na prática, pois, dentre outros motivos, embora o município tenha a passado a existir constitucionalmente como um ente provido de receitas e com competências previstas constitucionalmente, a estrutura do ordenamento jurídico que lidava com as matérias regulamentares eram unicamente federais ou estaduais. Assim a autonomia municipal era dotada de uma fragilidade estrutural, fatores que exponenciaram os efeitos do regime militar que estaria por vir.

Com o regime militar, o período que antecedeu a Constituição atual ganhou contornos centralizadores e antidemocráticos. O país mergulhou em um período obscuro de exacerbação do nacionalismo impositivo, que privilegiou os poderes centralizados em detrimento do fortalecimento das democracias locais. Embora as Constituintes de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 em sua essência prevsessem mecanismos de repartição de receitas, de divisão de competência e de regulamentação dos municípios^[20], na prática a centralização organizacional de todo o aparato público nas mãos do governo central, agora encabeçados por militares, se traduzia em influências e em intervenções constantes, uma insegurança que não permitia que os municípios se desenvolvessem com suas próprias peculiaridades.

A Constituição de 1988 surgiu em meio a uma busca de materialização de direitos sociais, destacando-se, em relação aos seus fins democráticos e referentes à organização federativa: a autonomia municipal. No caso, os estados, o Distrito

[19] Art 131 - São eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos que se alistarem na forma da lei.,CF 1946

[20] Art 16 - A autonomia municipal será assegurada: I - pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores realizada simultaneamente em todo o País, dois anos antes das eleições gerais para Governador, Câmara dos Deputados e Assembléia Legislativa; II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade, de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei estadual; b) à organização dos serviços públicos locais.

Federal e os municípios receberam da Constituição, em seu artigo 18^[21], poderes administrativos, financeiros e políticos para o exercício de governo e administração próprios.

A intensificação da autonomia municipal como forma de descentralização federativa é lembrada pelo professor de José Afonso da Silva (2009, p. 619) como uma peculiaridade que traz importâncias consequências político-administrativas, e por isso “A inclusão do Município na estrutura da Federação teria que vir acompanhada de consequências, tais como o reconhecimento constitucional de sua capacidade de auto-organização mediante cartas próprias e a ampliação de sua competência [...]”.

Entendimento complementar tem Celso Ribeiro Bastos (2010, p. 310), acerca da ampliação da autonomia do município a partir da Constituição vigente, para quem:

O Município é contemplado como peça estrutural do regime federativo brasileiro pelo Texto Constitucional vigente, ao efetuar a repartição de competências entre três ordens governamentais diferentes: a federal, a estadual e a municipal. À semelhança dos Estados-Membros, o Município brasileiro é dotado de autonomia, a qual, para que seja efetiva, pressupõe ao menos um governo próprio e a titularidades de competências privativas. Nos arts. 29 e 30 a Constituição Federal assegura os elementos indispensáveis à configuração da autonomia municipal.

É necessário apontar que estruturalmente as disposições constitucionais acerca da repartição de competências ganharam uma maior complexidade mas não

[21] Constituição Federal de 1988. Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. § 1º Brasília é a Capital Federal. § 2º Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar. § 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar. § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

trouxeram formalmente competências privativas aos municípios, pois embora tenham inovado ao preverem aos municípios as competências comuns contidas no art. 23, trouxeram uma competência geral para o município prevista no artigo 30 para que estes pudessem “legislar sobre interesse local” e de suplementar as leis federais e estaduais “no que couber”, Tais previsões foram inseridas em um Título a parte, destinado tão somente aos municípios, que, apesar de mais extenso, é basicamente um somatório de previsões constitucionais anteriores somadas à disposições infralegais decorrentes de período ditatorial – cite-se Lei Complementar n. 2 de 1967.

De toda forma, a autonomia político-administrativa no município, destarte a fixação das competências pela Constituição de 1988, aproximou o gestor ao cidadão por submetê-lo a um nível organizacional em que o governante municipal representa um menor número de indivíduos do que àquele estadual ou federal.

Por mais que o mecanismo de participação popular por meio do voto tenha sido ampliado durante os séculos XIX e XX, a Constituição de 1988 não poderia limitar a participação social apenas à democracia representativa: de fato, aos anseios sociais que a Constituição Federal de 1988 se propôs a solucionar não existiria fórmula simples. A promessa de direitos como saúde e educação de forma universalizada – incluindo especialmente os municípios no dever da prestação de tais serviços – como direito de todos e dever do Estado, trouxe uma série de desafios não só econômicos mas organizacionais. A administração pública passa então a se preocupar com uma imensa demanda de direitos a serem prestados para uma população numerosa, distribuída em diversas comunidades com características culturais peculiares e, na maioria das vezes, distantes.

Sem prejuízo do mérito dos avanços trazidos pela Constituição de 1988 para os municípios, em outro – e muito mais denso – plano, as características principiológicas trazidas pela atual constituinte somada aos critérios de interpretação constitucional possibilitam uma concretude ainda maior das normas ali contidas. Por si mesmo o papel do município encontra fundamento para seu *empowerment*, principalmente em razão da característica plástica que possui a atual Carta Magna – e considerando a expressão aberta de ‘interesse local’-, que, alinhada aos mecanismos interpretação

constitucional, especialmente o da mutação constitucional, permite-nos uma releitura com ideais de fortalecimento do essencial pilar da democracia.

O INTERESSE LOCAL E A PARTICIPAÇÃO SOCIAL: A PLASTICIDADE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

É de suma importância a definição da expressão “interesse local” trazida pelo constituinte atual, e como tal previsão se comporta em relação às demais. Para tanto, uma série de princípios de interpretação constitucional podem ser elencados, assim como características da Constituição podem ser exploradas. Para fins deste artigo, destaco brevemente a característica chamada de “plasticidade”.

Não há um uníssono conceito dessa característica na doutrina. Raul Machado Horta, para quem a Constituição plástica “é aquela que apresenta uma mobilidade, projetando a sua força normativa na realidade social, política, econômica e cultural do Estado”^[22]. Qualifica-se plástica porquanto revela maleabilidade^[23].

Já segunda acepção do termo insere a plasticidade como sinônimo de flexibilidade. A Constituição flexível é um conceito que se insere na classificação da característica constitucional de suas normas quanto à sua estabilidade, das quais majoritariamente são definidas em quatro categorias: (a) imutável; (b) rígida; (c) semi-rígida ou semi-flexível; e (d) flexível.

Oportunamente, Luiz Roberto Barroso condensa a possibilidade de alteração da Constituição em duas categorias, de forma muito semelhante ao exposto nos parágrafos anteriores:

Com efeito, a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento,

[22] HORTA, 2014.

[23] Maleabilidade, por sua vez, permite a adequação de suas normas às situações concretas do cotidiano. Tanto as cartas rígidas como as flexíveis podem ser plásticas (...). O ‘quid’ caracterizador da plasticidade é a adaptação das normas constitucionais às oscilações da opinião pública, ao fluir dos fatos sociais e às mudanças sub-reptícias na realidade dos ordenamentos jurídicos” (BULOS, 2014, p. 107).

como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a rigidez constitucional. Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais.^[24]

Parece-nos mais adequada a ideia de que a plasticidade constitucional é uma característica que vai além da possibilidade de sua modificação ordinária, principalmente quando analisamos a partir da Constituição de 1988, já que esta detém uma série de mecanismos que vão além da positividade do direito. Vejamos que há a possibilidade de que normas constitucionais se mantenham efetivas mesmo diante de uma transformação nos costumes de uma sociedade, independentemente da intervenção do legislador. Sem o intuito de esgotar o tema, podemos ilustrar tais mecanismos como: (a) mecanismos de controle de constitucionalidade e convencionalidade; (b) princípios de interpretação constitucional (unidade, justiça, máxima efetividade, efeito integrador, concordância prática, proporcionalidade); (c) a mutação constitucional, entre outros.

A repartição de competências estabelecida na Constituição de 1988, apesar de mais completa, limitou-se formalmente, no que tange ao município, aos nove incisos ao artigo 30, muito embora tenha atribuído por inúmeras vezes ao “poder público” à prestação de direitos e garantias, fundamentais e sociais, e isso o inclui, inevitavelmente.

A expressão “interesse local” contida no artigo 30, inciso I, da Constituição de 1988, como competência legislativa do município traz a necessidade da disponibilização formas de comunicação entre o munícipe e a administração para que se saiba quais são os reais e particulares interesses dos habitantes daquela área geográfica. Além de inevitável, agora parece ser mais palpável, a participação social.

Isto porque é fundamental para sua definição que cada localidade possa criar os mecanismos para definição de seu interesse. Em outros termos, a definição do que é interesse local depende localmente do estabelecimento dos meios para tanto.

[24] BARROSO, 2010, p. 147

Dando-se concretude prática a afirmação feita, se o município tem autonomia para legislar sobre interesse local então deve ter autonomia para definir o que seria "interesse local", e para esta o município pode criar meios de participação popular para que a população, levando em consideração as variáveis regionais chegue a um legítimo consenso sobre o que é ou não de interesse daquela localidade, e, mais do que isso, tais meios também devem surgir naturalmente a partir da participação popular.

Para Dagnino, Oliveira e Panfichi (2006), novas preocupações teóricas e políticas trazem novos elementos para a análise da democracia na América Latina. Elas são resultados da combinação de diversos processos: a consolidação da democracia eleitoral em toda a América Latina; uma profunda insatisfação com os resultados dessas democracias em termos de justiça social; eficácia governamental e inclusão política e os múltiplos experimentos de aprofundamento e inovação democrática, ampliação do campo da política e da construção da cidadania, processos que se vêm desenvolvendo recentemente em todos os países da América Latina.

O aprimoramento da democracia não é uma tarefa fácil: na realidade deve atenuar uma conflituosa tensão entre a sociedade civil organizada e o Estado, de forma a discutir acerca da incumbência de iniciativas que propiciem a inserção de camadas de populações periféricas no procedimento decisório das políticas desenvolvidas pelo Estado, e/ou como o associativismo da sociedade civil pode ajudar no processo decisório do poder público.

De fato, parece o poder local mais propício a efetivar, com maior participação democrática, um ideal de implementação das políticas públicas, por estimular a atuação pública atenta às conjecturas locais e históricas das cidades. Sob este ponto de vista há a necessidade da criação de novos mecanismos de participação social não só para permitir que a população demande em relação aos seus direitos, mas para que seja ao mesmo tempo fonte informacional, legitimadora e eficiente para a tomada de decisões sobre os recursos demandados e arrecadados pelo Estado, inclusive para a definição do alcance da norma constitucional disposta no artigo 30, inciso I. Pois, por sua própria natureza, atribuir a legitimidade justamente para aqueles que decorrente dela sentirão seus efeitos parece ser o melhor caminho.

CONCLUSÃO

O processo de aperfeiçoamento democrático parece demandar uma descentralização das atividades administrativas e nos poderes legislativos, mas não sofre um avanço gradual e linear, mas intensifica-se por ciclos. No que pretendeu este artigo, uma das características que permite ou não uma maior intensidade da participação do município na estruturação do Estado é justamente a forma com qual ela é dispostas nas Constituições Federais, muito embora essa intensidade não se limite a uma análise positiva e fechada de suas normas.

Se de um lado a estruturação das normas constitucionais quanto a repartição de competências desenha o estado federativo a qual se propõe, se outro lado a autonomia municipal impescinde da análise daquilo que é ou não o seu interesse, e somente quando apontados para o mesmo horizonte é que ambos os lados poderão caminhar para uma estrutura condizente com os interesses locais.

É justamente da análise do que seria interesse local é que parte a importância da participação do cidadão. Nesta seara, embora ainda importante, a representação do cidadão por meio do sistema eleitoral parece não ser mais suficiente para o atendimento das necessidades da sociedade, e também parece não suprir mais as suas aspirações de democracia, embora seja imprescindível a liberdade das escolhas dos dirigentes municipais, e inevitável que essa escolha se dê por representação.

Para fins de aprimoramento democrático é salutar que se apresente como positivo o fortalecimento da autonomia municipal oriunda de uma descentralização dos poderes legislativos necessários ao Estado, deixando que as definições das prioridades sejam feitas "de baixo para cima", frente às particularidades necessárias a cada localidade a que se atribuiu poderes legislativos. Paralela e essencialmente, a participação social parece ter muito mais a adicionar às lacunas desta democracia do que pretender preencher espaços já ocupados pela representação política. A representação é uma necessidade objetiva em uma sociedade populosa e plural de forma a possibilitar certas tomadas de decisão em conjunto, e a participação é um anseio popular, ainda que muitas vezes não aflorado, por exercer individual ou coletivamente parcela da soberania a qual se atribui ao povo.

Tão logo, parece-nos muito mais proveitoso o fortalecimento da autonomia municipal quando esta é alinhada ao empoderamento do cidadão. Afinal, se ninguém mora no estado e nem na união, mas sim no município^[25] parece intuitivo participação política munícipe junto à administração local, afinal é nesta esfera que os problemas mais corriqueiros de concretizam. E neste sentido, a Constituição de 1988 traz a possibilidade de enaltecimento da autonomia municipal e a ampliação de sua competência, tornanadoo municipio um terreno fértil para a reivindicação e efetiva concretização da participação popular.

REFERÊNCIAS

[25] Frase atribuída à Ulysses Silveira Guimarães, notório político e advogado brasileiro.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais e a construção do Novo Modelo**. Editora Saraiva. 2ª Ed. 2010.

BASTOS Ribeiro Celso. **Curso de Direito Constitucional, 2010**

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo. Malheiros Editores. 3ª Ed. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

BRASIL. **Constituição (1891)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm.

BRASIL. **Constituição (1934)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

BRASIL. **Constituição (1946)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei n. 01** de outubro de 1828. Dá nova fôrma às Camaras Municipaes, marca suas attribuições, e o processo para sua eleição, e dos Juizes de Paz. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-1-10-1828.htm. Acesso em: 25 de julhod de 2019.

DAGNINO, E.; **OLIVEIRA, A.**; PANFICHI, A. (org.) **A disputa pela construção democrática na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2006

GIGLIO, Celso. **Municípios e Municipalismo – História e Desafios para o século XXI**.

HORTA, Raul Machado. **Permanência e mudança na Constituição. Revista de Direito Administrativo**. v. 1888. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45104/>.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo. Malheiros Editores. 17ª Ed. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro. Editora Civilização Brasileira. 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros, 2009.

AS FUNÇÕES DO REGULADOR DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Thiago Marrara^[1]

Allan Fuezi De Moura Barbosa^[2]

INTRODUÇÃO

O saneamento básico, de acordo com o Instituto Trata Brasil (2012, p. 9), define-se genericamente como “[...] o conjunto de medidas que visa preservar ou modificar as condições do meio ambiente com a finalidade de prevenir doenças e promover a saúde, melhorar a qualidade de vida da população e à produtividade do indivíduo e facilitar a atividade econômica”. Sua relevância decorre das finalidades de suas medidas, de ordem ambiental, de saúde pública e de melhora econômica, o que demanda a eficaz regulação da prestação adequada desse serviço para que os anseios sociais a ele atrelados sejam alcançados.

No Brasil, contudo, as atividades de regulação de saneamento ensejam inúmeros problemas, desafios e conflitos relacionados à sua delimitação, sobretudo pela difusão de mais de cinco mil titulares dos serviços, resultantes da competência municipal no setor, e de igual número de potenciais autoridades reguladoras. Essa complexidade subjetiva ainda aumenta, quando se considera que os milhares de

titulares municipais podem executá-los diretamente ou atribuí-los a entidades privadas. Não por outra razão, é natural que convivam no setor as figuras do titular, do regulador, do prestador, sem falar dos usuários e suas entidades representativas.

Especialmente na prestação indireta, viabilizada mediante contratos de concessão comum ou de parcerias público-privadas de longo prazo antecedidos por licitações, são suscitadas incontáveis questões a respeito dos limites do regulador, principalmente nos momentos em que se torna necessário solucionar disputas entre usuários e prestadores ou entre prestadores e titulares.

Em parte, tais indagações resultam do caráter notadamente relacional dos contratos de delegação desses serviços públicos. Como corpos obrigacionais que se alongam por décadas e pedem modelagens com ampla flexibilidade e adaptabilidade, é comum que nesses contratos se descubram e se debatam ausências ou insuficiências de cláusulas sobre aspectos essenciais da relação jurídica concessória, e que se identifiquem vícios de consentimento na sua formação, como fraudes e erros a afetar a declaração da vontade ora do titular do serviço, ora do prestador.

No desejo compreensível de solucionar tais problemas corriqueiros, afastando-se seus custos políticos, jurídicos e financeiros, os contratantes (titulares dos serviços públicos e prestadores) e os próprios órgãos de controle, como o Ministério Público, recorrem constantemente ao regulador e, por vezes, chegam a ponto de tentar lhe transferir a questionável atribuição de interferir em relações contratuais para modificá-las ou extingui-las em detrimento dos interesses de um ou outro polo contratante em disputa.

É nesse cenário, portanto, que se constata a imprescindibilidade de verificar e esclarecer as atribuições dos reguladores dentro da política nacional de saneamento básico e diante dos concessionários, como também dos titulares de serviços públicos, que figuram como concedentes comuns ou parceiros públicos. Com o escopo de colaborar com o esclarecimento desse cenário, o presente artigo parte de uma compreensão histórica da relação entre o regulador e o titular do serviço público em debate, aponta os fundamentos da política nacional de saneamento básico e suas atividades fundamentais, identifica e ressalta as principais atribuições do regulador

[1] Livre-docente em Direito Administrativo pela USP. Professor do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: marrara@usp.br.

[2] Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador associado ao Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal (CIDEEFF/ULisboa).

nesse contexto e, para concluir, aprofunda o debate acerca de seu papel e seus limites de atuação diante de contratos administrativos de natureza concessória.

1 RAÍZES HISTÓRICAS DA RELAÇÃO ENTRE REGULADOR E TITULAR DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO

O regulador pode interferir na relação contratual de concessão comum ou de parcerias público-privadas na área de saneamento básico? Pode alterar, completar e extinguir contratos que não tenha celebrado, mas apenas homologado ou deles participado com mero anuente-interveniente? Essas e tantas outras dúvidas – que se colocam com frequência aos atores do setor e despertam os órgãos de controle na sua relevante função de tutelar interesses públicos coletivos e difusos – têm raízes históricas que merecem ser brevemente resgatadas antes de se buscar solucioná-las.

Até a terceira década do século XX, o setor de saneamento básico era formado por empresas públicas e privadas, predominantemente de origem estrangeira (ARAÚJO e BERTUSSI, 2018, p. 172). O primeiro marco normativo para a regulação dos serviços de saneamento básico e energia elétrica no país foi o Código de Águas de 1934, por meio do qual foram estabelecidos princípios de um sistema híbrido entre o regime de concessões típico do direito administrativo, com a regulação econômica realizada através da utilização como paradigma regulatório a taxa de retorno. Essa heterogeneidade representaria uma contraposição de “[...] *uma visão liberal, de fortalecimento do Estado regulador e de descentralização de suas funções (mediante delegação para os estados federados) e uma visão centralizadora, que concentrava na esfera federal o poder decisório sobre todas as políticas mais importantes*” (BRITTO, 2001, p. 1081).

Assim, em um contexto de busca pelo bem-estar social, após a crise dos serviços descentralizados e privados, essa codificação consagrou um maior envolvimento do Estado para a consecução dessa demanda social (BRITTO, 2001, p. 1082). Desde a Constituição de 1934, em seu art. 13, a competência dos serviços públicos de saneamento básico ficou a cargo do município – divisão que fora reafirmada nas seguintes Constituições de 1937 e 1946. Conquanto a legislação codificada tenha sido mantida, a evolução nas décadas seguintes acabou por consolidar, nos anos

de 1960, uma nova formatação de prestação de serviços por meio de autarquias autônomas, ou mesmo de sociedades de economia mista, seja através do serviço autônomo municipal, ou de gestão estadual delegada pelos municípios titulares (BRITTO, 2001, p. 1083).

Com o advento do regime militar, foram propostas inúmeras medidas planificadoras no país, dentre as quais está o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANASA) de 1971, sustentado pelo Sistema Financeiro de Saneamento (SFS), com vistas à racionalização dos investimentos no setor – a partir de uma análise da capacidade das concessionárias de atingir o equilíbrio econômico e financeiro –, bem como à ampliação da cobertura em uma década (BRITTO, 2001, p. 1085).

Logo, com o escopo de promover o desenvolvimento nacional, o Estado brasileiro optou por absorver atividades de planejamento, regulação e execução de políticas públicas estratégicas, como a de saneamento básico. Ocorre que esse modelo de Estado “todo-poderoso”, titular, prestador e regulador de si mesmo, começou a ruir durante os anos de 1980 e de 1990, quando então se forjaram no país mecanismos de privatização para se reduzir o tamanho do aparelho estatal, enxugar suas finanças, torná-lo mais eficiente e responsivo às demandas sociais – mecanismos que foram gradualmente aprimorados, mas – apesar das trocas de governo – jamais abandonados.

Especificamente no setor em estudo, na década de 1980, com as seguidas crises inflacionárias, diminuíramos recursos atribuídos ao PLANASA por meio do SFS e as companhias concessionárias estaduais não pareciam dispor das melhores soluções para a gestão do saneamento, porquanto não teriam a proximidade que a gestão municipal poderia ter juntamente aos usuários e às organizações (BRITTO, 2001, p. 1087 e seguintes). Já na década de 1990, ao remodelar e reduzir seus papéis, o Estado se viu obrigado a forjar e empregar instrumentos que lhe permitissem continuar a zelar por interesses públicos primários. Exatamente por isso, nesse processo histórico de contenção e reversão da lógica de Administração Pública executora, antes muito atuante em atividades econômicas e serviços públicos como o de saneamento, dois movimentos despontaram como tática compensatória: a regulação e a agencificação.

Marcantes da década de 1990 e 2000, referidos fenômenos transformaram os modos de gestão de serviços públicos, criando um cenário subjetivamente mais complexo, em que um número de atores novos se somaram aos antigos titulares estatais e executores indiretos de serviços, gerando frequentes atritos e confusões quanto à função de cada um. Em outras palavras, as modificações do papel do Estado e de suas formas de relação com o mercado e a sociedade nas últimas três décadas moldaram um novo palco, em que os atores ainda procuram fixar e compreender suas posições. Esse palco diferencia-se daquele em que o Estado, como titular de serviços, atuava como ator solitário, um espaço monológico em que agia sem a preocupação de dialogar, de partilhar suas tarefas e falas e de coordenar suas ações com outros sujeitos.

Agora, porém, retomam-se as formas de delegação da execução, existentes desde o século XIX, mas sob nova roupagem. Em paralelo, o titular do serviço e o prestador passam a conviver com uma terceira figura, a do regulador, em parte protegido contra influências políticas indevidas por meio de garantias organizacionais, pessoais e processuais. Particularmente no setor de saneamento, essa situação começou a ganhar força já com o Programa de Modernização de 1994, que estabeleceu de modo expresso “[...] a separação entre regulação e prestação dos serviços. A regulação seria o instrumento para garantir o interesse público e a satisfação dos usuários, sendo, portanto, mais ampla do que aquela realizada no contexto da vigência do PLANASA” (BRITTO, 2001, p. 1088-1089).

Nesse movimento evolutivo, como se verifica, os atores multiplicaram-se, gerando dúvidas, questionamentos e choques naturais, a justificar preocupações práticas e teóricas com a delimitação precisa de competências de cada um. Dizendo de outra forma: em virtude da retomada dos módulos concessórios com o mercado e da emergência de órgãos e autarquias especiais com tarefas de regulação, inclusive em arranjos interfederativos, é preciso que se apontem com clareza o conteúdo e o limite das atribuições de cada ator envolvido no setor de saneamento básico. Eis a indagação que move este estudo: num contexto subjetivamente complexo como o atual, quais são, afinal, os papéis do regulador diante do titular do serviço e do prestador?

A resposta a essa pergunta fulcral é imperiosa para a garantia de segurança jurídica e para a tutela de interesses públicos primários, uma vez que, por exemplo, é capaz de solucionar questões acerca da gestão e do controle de contratos administrativos de natureza concessória no setor em discussão. Para construí-la, porém, há que se resgatar os pilares da política nacional de saneamento básico, buscando-se evidenciar as atividades administrativas que a materializam e delinear as competências, delegáveis e indelegáveis, dos titulares dos serviços e dos entes reguladores, de maneira a divisar seus papéis, sobretudo em relação a temas conflituosos.

2 CICLO DE ATIVIDADES DA ATUAL POLÍTICA DE SANEAMENTO

A política pública de saneamento no Brasil foi reestruturada com base no art. 21, inciso XX, da Constituição da República, que atribuiu à União a competência para instituir diretrizes no setor. Com suporte nesse mandamento, o Congresso Nacional elaborou a Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007, dispondo sobre as referidas diretrizes nacionais, que atingem, portanto, todos os níveis da federação.

Na Lei das Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico de 2007 (representada doravante pela sigla LDNSB), o Congresso delineou um ciclo de política pública muito nítido e que abarca cinco atividades destacadas, a saber: (i) o planejamento; (ii) a organização; (iii) a regulação; (iv) a fiscalização e (v) a prestação dos serviços aos usuários, pessoas físicas ou jurídicas. Note-se, desde já, que a regulação aí desponta como uma das cinco peças estruturantes do sistema de saneamento, separando-se explicitamente das tarefas de organização dos serviços públicos.

O *planejamento* configura a atividade central e fundante da política pública em cotejo, já que precede e organiza todas as outras etapas e ações, além de condicionar a validade dos contratos de delegação, como concessões comuns e parcerias público-privadas. Como se sustentou alhures, “o planejamento é a atividade de maior expressão da titularidade do serviço público, tanto que em regra não é delegável a terceiros, sejam outros entes públicos ou particulares” (MARRARA e OLIVEIRA, 2017, p. 824), consoante previsão do art. 9º, inciso I e art. 19, § 1º, da LDNSB. Isso significa que compete ao Município, na qualidade de titular dos serviços de saneamento básico, elaborar o plano, permitindo-se, sob algumas condições

legais, que una forças com outros entes locais para criar planos regionais comuns (art. 17) ou que, sob outras condições, aprove planos individuais simplificados.

De acordo com a disciplina legal constante dos art. 19 e 20 da LDNSB, o plano, elaborado com suporte em estudos técnicos e aprovado por ato do titular, apresentará um conjunto mínimo de disposições que, entre outros aspectos, tratarão dos objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para os serviços de saneamento, dos programas, projetos e ações necessárias para atingi-los e de mecanismos para avaliação de eficiência e eficácia. A princípio, essas disposições abrangerão o território do ente que o elaborou e deverão se harmonizar com outros planos, como o de bacia hidrográfica, além de se submeter a revisão quadrienal.

Por sua importância, a LDNSB não prevê a possibilidade de que o titular do serviço delegue o planejamento a terceiros. Trata-se de tarefa exclusiva, indelegável. É do art. 8º que se extrai essa conclusão, já que referido dispositivo lista como atividades delegáveis apenas a regulação, a fiscalização, a organização e a prestação, deixando de mencionar o planejamento.

De acordo com Wladimir Antônio Ribeiro, a omissão do artigo 8º é proposital, refletindo a indelegabilidade dessa atividade essencial. Argumenta, ainda, que seria incabível cumular o planejamento com as atividades de regulação. Afinal, nas suas palavras, *“dizer que o regulador é o responsável pelo planejamento seria o mesmo que dizer que o regulador define o conteúdo da política pública da qual exerce a atividade reguladora”*(RIBEIRO, 2016, p. 47). Essa acumulação geraria *“problemas profundos de legitimidade político-democrática do regulador, porque seria a ele atribuído definir aspectos essenciais da política pública”* (RIBEIRO, 2016, p. 47).

As atividades de *organização* dos serviços formam o segundo pilar da política de saneamento e igualmente recaem sob a responsabilidade dos titulares dos serviços públicos em questão, os Municípios. A LDNSB não chega a abrir um capítulo especial sobre o assunto, como o fez para o planejamento e a regulação, mas a definição do que venha a ser *“organização”* dos serviços deriva da lei a partir de interpretação sistemática.

Grosso modo, a organização consiste no conjunto de ações de caráter predominantemente concreto de preparação da prestação dos serviços públicos

de saneamento básico em qualquer das suas espécies. Trata-se de um conjunto de tarefas que se situa entre a fase inicial de planejamento e a de execução. Nela, entre outras funções, o titular adota parâmetros para a garantia de atendimento essencial à saúde pública, detalha direitos e deveres dos usuários, estabelece e estrutura mecanismos de controle social, além de implementar sistema de informações sobre os serviços, articulado com o sistema nacional de informações do setor (art. 9º, III a VI da LDNSB).

A organização ainda envolve as demais medidas necessárias para preparar a prestação do serviço, como a criação de órgãos ou entes descentralizados para a execução direta, a organização de licitações e contratos para a prestação indireta mediante colaboração de agentes de mercado e a execução de ações para instituição ou cooperação com consórcios e outros entes de gestão associada do serviço.

Diga-se bem: a opção pela execução indireta, nos termos do art. 175 da Constituição da República, gera para o titular do serviço (Município) o ônus da contratação administrativa, o que implica selecionar a modalidade concessória mais adequada (concessão comum, PPP patrocinada ou PPP administrativa), bem como estruturar e conduzir o respectivo processo licitatório. Nesse contexto, repita-se, o titular deverá modelar o contrato administrativo que será firmado, além de estruturar e executar a licitação, sobretudo com a indicação de seu tipo, ou seja, do critério de julgamento que pautará a escolha do licitante vencedor e, por conseguinte, orientará a elaboração das propostas comerciais dos agentes econômicos, públicos ou privados, interessados na execução do serviço a ser concedido.

Como as atividades de organização estão sujeitas à delegação, conforme autoriza o art. 8º da LDNSB, nada impede que sejam transferidas, por exemplo, ao ente regulador. Todavia, a delegação não ocorrerá de modo automático ou informal. Dependerá sempre de uma decisão político-administrativa e da anuência e capacidade do regulador para assumi-las e executá-las.

Reitere-se: somente nas hipóteses de delegação formal e expressa, o regulador se responsabilizará pela licitação, pela modelagem do contrato, sua celebração e gestão. Somente neste caso específico é que ele assumirá, por conseguinte, a responsabilidade por falhas na definição de metodologias, parâmetros e regras

de formulação de propostas. Se a delegação dessas atividades de organização ao regulador não for explícita, permanecerá nas mãos do titular a responsabilidade pela organização do serviço, de sorte que a ele competirá promover medidas resolutivas das falhas de modelagem ou contratação. Nessa hipótese, caberá também ao titular do serviço exercer alguns poderes, como o de intervir e retomar a operação dos serviços delegados por indicação da agência nas hipóteses legais e contratuais pré-estabelecidas (art. 9º, inciso VIII e art. 11, § 2º, inciso VI da LDNSB).

Em contraste com as tarefas de organização, a *regulação* foi disciplinada expressa e amplamente em inúmeros dispositivos da LDNSB, sobretudo os art. 21 a 28. O desempenho dessa atividade caberá originariamente ao titular, que poderá exercê-la por um órgão da própria Administração Direta ou por ente especializado da Administração Indireta, inclusive consórcios interfederativos. A regulação deverá ser exercida em linha com os princípios da independência decisória, da transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade. Por força dessas determinações, a figura do regulador jamais se confundirá com a do executor do serviço público. O direito brasileiro adota, aqui, o que se pode denominar de “vedação do regulador de si mesmo” (conforme o art. 2º do Decreto Federal n. 7.217/2010).

Na prática, a função reguladora desenvolve-se antes, durante e depois das fases de organização e de execução dos serviços. Nos termos do art. 11, inciso II e III da LDNSB, a validade dos contratos está condicionada não apenas ao plano, mas também a estudos de viabilidade técnica e econômica e à existência de normas de regulação. Condicionar o contrato à regulação é inevitável, pois, como se demonstrará oportunamente, a função reguladora no setor de saneamento envolve atividades prioritariamente normativas, de orientação, de gestão de informações e de controle tarifário. No campo contratual, a lei ainda atribui ao regulador o poder de interpretar cláusulas e fixar critérios para execução contratual. A princípio, porém, a lei não lhe permite integrar o contrato para suprir lacunas, modificá-lo ou rescindi-lo no lugar do titular do serviço público.

Embora a regulação geralmente abarque a fiscalização em inúmeros setores, a LDNSB preferiu tratar a fiscalização como atividade individualizada da política pública de saneamento no Brasil. Essa dissociação material se compreende por motivos de ordem prática. Em primeiro lugar, ela é útil, porque existem diferentes tipos

de fiscalização. Um deles se realiza com foco na verificação de cumprimento de obrigações contratuais. Trata-se de poder fiscalizatório de fundamento contratual, portanto. Outro se desenvolve com foco na observância, pelo titular e pelo prestador, de normas legais e regulamentares da política de saneamento. Trata-se de ação fiscalizatória mais abrangente, lastreada no poder de polícia.

Em segundo lugar, considerando-se que a fiscalização do contrato não se confunde necessariamente com a fiscalização de normas extracontratuais que pautam o funcionamento do setor e o comportamento dos atores que nele atuam, a distinção entre fiscalização e regulação prevista na lei serve para indicar que o titular do serviço poderá manter para si as tarefas fiscalizatórias e punitivas ou transferi-las, total ou parcialmente, para o regulador. A fiscalização é, assim, atividade sujeita à delegação e o seu responsável deverá verificar o cumprimento quer de leis e regulamentos, quer do contrato de delegação do serviço, sempre à luz do plano de saneamento vigente para a localidade (art. 20 da LDNSB).

A fechar o ciclo da política pública, a lei nacional cuida da *execução* do serviço de saneamento básico, ou seja, do conjunto de atividades jurídicas e materiais concretas que viabilizam o tratamento de esgoto, a drenagem de águas pluviais, a limpeza urbana ou o serviço de abastecimento de águas em atendimento às necessidades de determinada comunidade. De acordo com o art. 38 da LDNSB, a execução é igualmente delegável, ou seja, poderá ser realizada de modo direto ou indireto.

A execução indireta dependerá de contrato de concessão ou permissão (aos particulares, normalmente para serviços em localidades de médio e grande portes) ou de instrumento de delegação a cooperativas ou associações (para serviços restritos a condomínio ou localidade de pequeno porte, ocupada com primazia por população de baixa renda e onde outras formas de prestação gerarem custos de operação e manutenção muito elevados, incompatíveis, portanto, com a capacidade de pagamentos dos usuários) (MARRARA e OLIVEIRA, 2017, p. 826). Permite-se, ainda, a execução regionalizada, situação em que um único órgão, entidade pública descentralizada ou empresa prestará os serviços para vários titulares, territorialmente contíguos ou não, submetendo-se todos eles a um ente fiscalizador e regulador comum (art. 14 e art. 16).

Na prática, por se relacionarem diretamente a satisfação individual ou coletiva dos usuários, pessoas físicas ou jurídicas, as variadas tarefas e ações que concretizam a chamada atividade de execução dos diferentes tipos de serviços públicos de saneamento básico conformam o objeto central de atenção e operação da autoridade reguladora. Cabe verificar com quais ferramentas a regulação opera para orientar, direcionar e corrigir essas tarefas e ações executórias em favor da concretização das diretrizes nacionais do setor e, em última instância, do atendimento de direitos fundamentais dos usuários.

3 PAPÉIS DO REGULADOR CONFORME A LDNSB

O esclarecimento do marco regulatório do saneamento básico, com o delineamento das atividades que o estruturam, é imprescindível para se superar a obscuridade que ronda a delimitação dos papéis do regulador diante de outros atores, sobretudo os titulares dos serviços públicos. Mas isso não basta. É preciso explicitar outros fatores que condicionam os limites de ação do regulador e, por conseguinte, influenciam a construção de respostas às legítimas indagações formuladas anteriormente.

Não existe no Brasil um direito regulatório, mas direitos regulatórios! Há setores regulados variados, juridicamente assimétricos, cada qual com leis próprias, que aumentam ou reduzem o papel do regulador e lhe conferem ferramentas distintas de ação. Mais que isso. Dentro dos setores, também existem variações, seja pelo fato de se fragmentarem em modelos próprios de regulação estadual e local, definidos conforme as opções políticas de cada esfera federativa, seja por abrangerem um conjunto vasto de serviços públicos, somados ou não a atividades econômicas.

No campo do saneamento básico, todos esses fatores complicadores estão presentes! Os titulares dos serviços são municipais e, desse modo, cabe a mais de cinco mil entes federativos decidir a quem delega e como delega tais tarefas. Fora isso, o setor reúne uma gama de serviços, a começar pelas atividades tradicionais de abastecimento de água e coleta de esgoto, passando pela drenagem de águas pluviais e limpeza urbana, até a gestão de resíduos. Cada serviço apresenta características

próprias sob os pontos de vista econômico, técnico e de infraestruturas, exigindo normas regulatórias adaptadas e, simultaneamente, harmônicas.

Não bastassem tantos complicadores, a regulação aceita aprofundamentos e amplitudes distintas em razão de outras variáveis, como a forma de execução de serviço público (individualizada ou regionalizada) e a quantidade de tarefas adicionais que o regulador assume em cada caso, como as de fiscalização e organização. No sentido de confirmar essa riqueza de arranjos, o art. 23, § 1º da LDNSB é explícito ao dispor que *“a regulação de serviços de saneamento poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora e o ato de delegação explicitará a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas”*.

A diversidade e mutabilidade do cenário regulatório são frequentemente ressaltadas pelos especialistas da área. Wladimir Ribeiro (2016, p. 41), por ilustração, constata a flexibilidade que marca a regulação do saneamento básico no Brasil ao afirmar objetivamente que *“não há modelo único de entidade reguladora”*. As competências sofrem grande mutação, já que a entidade reguladora *“pode ter como atribuição apenas regular ou pode cumular essa atribuição com outras, por exemplo, a de gerir contratos; pode ocorrer, também, que a entidade reguladora exerça apenas funções estritamente regulatórias, porém referentes a diversos serviços públicos[...]”* (RIBEIRO, 2016, p. 41-42).

Em face dessa realidade, mormente quanto à variedade de modelos à escolha dos titulares dos serviços de saneamento básico, resta perquirir quais são as atribuições essenciais do regulador de saneamento e se elas são obrigatórias ou específicas para determinados arranjos. É preciso igualmente evidenciar em que medida as referidas atribuições se estendem a questões contratuais.

Seja um órgão do titular do serviço, seja um ente especializado, que integra ou não sua Administração Indireta, o regulador assume competências disciplinadas de modo relativamente claro nos art. 22 e seguintes da LDNSB. Nesses dispositivos, de início, o legislador destacou os objetivos da regulação, ou seja, os fins que ela deve perseguir e que, na prática, orientam todas as suas medidas e tarefas. De acordo com o art. 22, esses objetivos consistem em buscar a satisfação do

usuário, garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas, além de definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por meio de instrumentos que induzam a eficiência e a eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários.

Para tanto, independentemente da modelagem adotada no caso concreto, o regulador dos serviços de saneamento executará um conjunto mínimo de tarefas legalmente estipuladas e que podem ser agrupadas nos quatro grandes grupos a seguir sumarizados:

Normatização. A esse primeiro tipo de ação regulatória a legislação dedicou um número extenso de dispositivos. Prescreve o art. 23 da LDNSB que o regulador editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social dos serviços, atinentes a um conjunto mínimo de assuntos legalmente determinados. Esse rol abrange padrões e indicadores de qualidade; requisitos operacionais e de manutenção de sistemas; metas de expansão e qualidade com prazos; regime, estrutura e níveis tarifários, bem como fixação, reajuste e revisão de tarifas; medição e faturamento e cobrança de serviços; monitoramento de custos; avaliação de eficiência e eficácia; mecanismos de informação e auditoria; padrões de atendimento ao público e participação de usuários; medidas de segurança etc. Reitere-se que todos esses temas são objeto de *normatização* pelo regulador por força de mandamento legal e dentro de seus limites (OLIVEIRA, 2018, p. 108). Não se trata de um rol de tarefas executórias, nem de tarefas que dependam de previsão contratual mais ou menos detalhada.

Gestão de informação. O art. 25 da LDNSB destaca que os *“prestadores de serviços públicos de saneamento básico deverão fornecer à entidade reguladora todos os dados e informações necessários para o desempenho de suas atividades, na forma das normas legais, regulamentares e contratuais”* (g.n.). Esse dever imputado ao prestador abrange dados e informações próprios, como de empresas ou profissionais contratados para executar os serviços ou fornecer materiais e equipamentos. De um lado, pois, o regulador receberá, organizará, armazenará e protegerá dados e informações do setor regulado, devendo utilizá-las para viabilizar suas atividades, inclusive produzir relatórios, estudos e decisões. De outro lado, como

gestor de informações, o regulador exercerá um papel de provedor, devendo dar publicidade a seus documentos, decisões e atos de regulação e fiscalização, e garantir o direito de amplo acesso à informação por qualquer do povo, salvo nas situações autorizadas e motivadas de sigilo (art. 26 e 27).

Esclarecimento e orientação. O terceiro grupo de atividades regulatórias que fica evidente na LDNSB congrega funções de esclarecimento e orientação para titulares de serviços, prestadores e usuários. A esse respeito, o art. 27 da lei prevê que o regulador deverá: dar prévio conhecimento aos usuários de seus direitos e deveres, bem como das penalidades a que estão sujeitos; homologar manual de prestação de serviço e de atendimento do usuário elaborado pelo prestador e divulgar relatório periódico sobre a qualidade dos serviços regulados. As atividades de esclarecimento e orientação beneficiam igualmente os titulares e prestadores, como dito. Nesse sentido, ingressando na esfera contratual, o art. 25, § 2º da Lei prevê que nas atribuições do regulador se incluem *“a interpretação e a fixação de critérios para a fiel execução dos contratos, dos serviços e para a correta administração de subsídios”* (g.n.). Note-se que esse dispositivo trata unicamente de *“interpretação”* no sentido de esclarecimento de disposições contratuais, notadamente as cláusulas gerais explícitas e implícitas constantes do instrumento contratual. Ele não confere ao regulador poderes de alteração substancial do contrato, nem de integração de lacunas no intuito de superar problemas decorrentes da incompletude contratual.

Controle tarifário. O quarto e último grupo de atividades centrais pode ser chamado de regulação tarifária. De acordo com o art. 37 da LDNSB, *“os reajustes de tarifas de serviços públicos de saneamento básico serão realizados observando-se o intervalo mínimo de 12 (doze) meses, de acordo com as normas legais, regulamentares e contratuais”* (g.n.). Disso se conclui que as alterações tarifárias, por reajuste ou por revisão periódica ou extraordinária, não se submeterão apenas à legislação concessória e aos contratos firmados pelos titulares dos serviços, mas também à regulamentação construída no âmbito regulatório de modo dialógico e transparente. A confirmar esse mandamento, o art. 38, § 1º da lei esclarece de forma explícita que *“as revisões tarifárias terão suas pautas definidas pelas respectivas entidades reguladoras, ouvidos os titulares, os usuários e os prestadores”*. Em relação aos instrumentos contratuais celebrados, porém, tais dispositivos não conferem ao

regulador qualquer poder, a não ser o de estabelecer mecanismos que autorizem o prestador de serviços a repassar aos usuários custos e encargos tributários “*não previstos originalmente (sic)*” e por ele não administrados (art. 38, § 4º). A partir de uma pesquisa empírica, Araújo e Bertussi (2018, p. 198) apontam que “[a]s entidades reguladoras estaduais e municipais não estão sendo capazes de cumprir com as suas obrigações legais de definir estruturas tarifárias que não apenas gerem a modicidade tarifária, mas garantam o equilíbrio econômico-financeiro das empresas”. Isso, porquanto consideram haver um equilíbrio de baixo nível, na medida em que “[...] o sistema regulatório é influenciado pelo oportunismo governamental e adota políticas de preço inadequadas para a sustentabilidade econômico-financeira das empresas de saneamento” (ARAÚJO e BERTUSSI, 2018, p. 173). Ou seja, tende-se a fazer uma política populista através das tarifas cobradas dos usuários, em detrimento da justa tarifa, que ensejaria a disposição de recursos para investimento, com vistas ao melhoramento e à ampliação das infraestruturas do setor.

Ainda no campo das atribuições regulatórias, em 2018, a Medida Provisória n. 868 alterou a disciplina do setor em exame e, entre outras coisas, colocou as agências reguladoras sob a orientação da Agência Nacional de Águas (ANA). Essa autarquia federal passará a instituir normas nacionais de *referência* para a regulação da prestação de serviços públicos de saneamento básico (art. 4º-C da Lei da ANA – Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000). Referidas normas, que ainda não foram editadas, tratarão de padrões de qualidade e manutenção, regulação tarifária, padronização de instrumentos negociais de prestação firmados entre o delegatário e o prestador etc.

Isso significa que a ANA pautará as ações dos inúmeros titulares, reguladores e prestadores ativos no país, sobretudo no sentido de estabelecer uma padronização mínima para o exercício da função de organização dos serviços, de normatização e de controle tarifário. Trata-se, assim, da segunda tentativa mais efetiva de padronização nacional do setor, que antes ocorrera no regime militar, a partir do PLANASA/SFS (BRITTO, 2001, p. 1083 ss.), uma vez que se consideram que as políticas que sucederam ao PLANASA, “*em geral, foram pontuais e com baixa articulação entre os entes federativos*” (ARAÚJO e BERTUSSI, 2018, p. 173).

Essa articulação e mínima padronização nacional, intentada pelo governo federal com apoio da ANA, deverá facilitar a organização e elevar a previsibilidade no setor. Contudo, dificilmente reduzirá os custos de instituição e funcionamento dos reguladores, que mais guardam relação com as escolhas dos titulares dos serviços em relação às atribuições que lhes são delegadas, inclusive para além da regulação propriamente dita. Em estudo de amostra de 2.523 dos Municípios brasileiros, Turolla e Paganini (2008, p. 140) verificaram que, tomando-se como parâmetro uma taxa média de regulação de 3% das concessionárias, a regulação por agência própria e especializada apenas seria viável em 65 municípios, ou seja, em aproximadamente 3% da amostragem. Diante desse cenário, os autores apontam alternativas à criação de agências locais, a saber: a) a *delegação parcial* das atribuições regulatórias municipais para agência estadual, de modo a criar um modelo compartilhado de regulação, como ocorre no município de Juazeiro do Norte com a ARCE, do Estado do Ceará; b) a *delegação integral* da regulação à agência reguladora estadual, tendo o município a participação nas decisões da agência através de representantes eleitos do conjunto de municípios delegatários e da sociedade – a exemplo de Goiás, em que a empresa Saneamento de Goiás S.A. (Saneago) fica submetida à fiscalização da Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos – AGR; e c) a *regulação por consórcios*, como a feita pela ARES-PCJ no interior do Estado de São Paulo.

4 O REGULADOR E OS CONTRATOS DE CONCESSÃO

De acordo com o relatório de 2017 da Associação Brasileira de Agências de Regulação (2018, p. 14) com base na atuação de dezoito agências, a grande parte dos serviços regulados é prestada por empresas privadas (41%), seguidas por empresas estatais (35%) e por autarquias ou órgãos da Administração Direta local (11%). Nesse contexto, é fundamental ressaltar as atribuições do regulador em questões atinentes aos contratos administrativos – tais como os de concessão –, uma vez que, na maioria dos ambientes regulados de saneamento, a prestação do serviço público decorre de relações entabuladas com o particular, a partir dos mencionados contratos.

A descrição do ciclo da política de saneamento, com as cinco atividades centrais que a compõem e o reconhecimento de seu conteúdo e limites de delegação, assim como o exame mais aprofundado dos quatro grupos de tarefas centrais do regulador permitem que se exponham compreensões sobre seus poderes em matéria contratual e se demonstre como ele se dissocia do titular e do prestador dos serviços. Essas conclusões podem ser assim sintetizadas:

A legislação setorial não confere ao regulador de saneamento básico tarefas de organização de licitação, modelagem, celebração e gestão de contratos administrativos de concessão em qualquer das suas modalidades. Nesse aspecto, o setor de saneamento difere, por exemplo, de setores como o de transporte terrestre, em que o Congresso atribuiu expressamente à agência, ANTT, atribuições de publicar editais, julgar licitações, celebrar contratos de concessão e administrá-los.^[3] A referida agência federal de transportes terrestres organiza e realiza as licitações, além de firmar o contrato de delegação de serviços públicos como parte e em nome da União – modelo legal, como dito, completamente distinto ao vigente no setor de saneamento básico, em que atuam reguladores municipais, interfederativos ou estaduais.

Considerando-se que as tarefas de organização e realização de licitações e de modelagem e gestão de contratos enquadram-se no conceito de organização, a legislação setorial as atribui ao titular dos serviços públicos de saneamento, que poderá exercê-las por seus próprios órgãos e agentes públicos ou delegá-la, desde que o faça de modo expresso e compatível com o plano de saneamento que lhe compete, com exclusividade, elaborar.

[3] Nos termos do art. 25, da Lei n. 10.233, de 05 de junho de 2001, com redação dada pela MP n. 576, de 2012, cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário: “I – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para a prestação de serviços de transporte ferroviário...; II – administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferroviários celebrados até a vigência desta lei...; III – publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para a construção de novas ferrovias, com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados; IV – fiscalizar diretamente com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados (...).”

A delegação de atividades de organização deve ocorrer por previsão legal ou contratual expressa de tarefas de preparação e execução de processos de licitações e de celebração de contratos de concessão, bem como sua gestão, no lugar dos titulares de serviços. Afinal, tal atividade organizacional distingue-se sobremaneira das atribuições de homologar, regular e fiscalizar, inclusive em questões tarifárias, os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico.

Nesse contexto, ao exercer suas atividades de gestão tarifária, nos momentos de fixação, revisão e reajuste de valores, o regulador deverá observar a legislação dada pelo Congresso Nacional, os regulamentos próprios do setor, as metas de investimentos dos planos de saneamento elaborados e os contratos administrativos de delegação de serviços. Esses contratos poderão ser sempre interpretados pelo regulador por expressa disposição do art. 25, § 2º da LDNSB, mas por ele modificados somente quando lhe couber tarefas expressas de organização e gestão contratual delegadas pelo titular dos serviços.

Disso tudo se conclui que, em matéria contratual, os reguladores de saneamento básico assumem um núcleo inafastável de duas atribuições centrais, definidas na legislação e não sujeitas a restrições pelos titulares dos serviços. São elas: (i) gerir os procedimentos de reequilíbrio com reajuste ou revisão tarifária, respeitando os contratos firmados pelos titulares de serviços conveniados ou consorciados e (ii) interpretar os ajustes contratuais nos termos do art. 25, § 2º da LDNSB.

Fora dessas duas situações, sob pena de violar o princípio da legalidade administrativa, não poderá o regulador setorial exercer outros poderes contratuais no lugar dos contratantes (titulares dos serviços delegados e prestadores) ou de órgãos de controle. Isso significa que, se não for delegatário de funções organizacionais previstas na LDNSB, ele não poderá integrar lacunas, modificar contratos concessórios por qualquer forma, inclusive diante de vícios de consentimento, nem extingui-los por qualquer tipo de instrumento jurídico.

CONCLUSÃO

A Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (LDNSB) divide a política pública de saneamento em tarefas de planejamento, organização, regulação, fiscalização e execução dos serviços em questão. Ao regulador compete, por força da lei, exercer quatro atividades básicas, quais sejam: (i) normatização; (ii) gestão de informação; (iii) esclarecimento e orientação, inclusive a interpretação e fixação de critérios para a fiel execução dos contratos (art. 25, § 2º da referida lei) e (iv) controle tarifário, sempre de acordo com as normas legais, regulamentares e contratuais.

A depender do arranjo estabelecido entre o titular dos serviços e o regulador, ele também poderá assumir atividades de organização da licitação, de celebração e de gestão de contratos de concessão comum, parcerias público-privadas e instrumentos congêneres. A LDNSB, porém, não imputa essa tarefa obrigatoriamente ao regulador, ao contrário do que ocorre na legislação que trata de serviços de transportes terrestres e disciplina o funcionamento da agência reguladora do setor, a ANTT.

Além disso, embora exista a faculdade de delegação de serviços de gestão de licitações e contratos ao regulador de serviços de saneamento básico, acredita-se que a limitação de suas atribuições ao rol de atividades legalmente instituídas é mais adequada, sobretudo por evitar conflitos de interesses e confusão de papéis, deixando-se a atividade de organização para o titular do serviço. Seguindo-se esse modelo enxuto, a agência reguladora não atuará como parte contratual, senão, como visto, quando exercer suas competências legais de gerir tarifas em sede de reajuste e revisão e de interpretar os contratos administrativos sob sua regulação.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Flávia Camargo de; BERTUSSI, Geovana Lorena. **Saneamento básico no Brasil: estrutura tarifária e regulação, Planejamento e políticas públicas**, n. 51, jul./dez. 2018.

Associação Brasileira de Agências de REGULAÇÃO. **Saneamento básico: Regulação 2017**. 2018. Disponível em: <http://abar.org.br/saneamento-basico-regulacao-2017/>. Acesso em: 6 mai. 2019.

BRITTO, Ana Lúcia. **A regulação dos serviços de saneamento no Brasil: perspectiva histórica, contexto atual e novas exigências de uma regulação pública**. In: Anais do IX Encontro Nacional da ANPUR, vol. 2. Rio de Janeiro: ANPUR, 2001.

BRASIL, Instituto Trata. **Manual do saneamento básico: entendendo o saneamento básico ambiental no Brasil e sua importância socioeconômica**. 2012. Disponível em: www.tratabrasil.org.br. Acesso em: 6 mai. 2019.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

_____. **Decreto Federal n. 7.217**, de 21 de junho de 2010.

_____. **Lei n. 9.984**, de 17 de julho de 2000.

_____. **Lei n. 10.233**, de 05 de junho de 2001.

_____. **Lei n. 11.445**, de 05 de janeiro de 2007.

_____. **Medida Provisória n. 868**, de 27 de dezembro de 2018.

GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; PAGANINI, Wanderley da Silva. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil, **Eng Sanit Ambient**. v. 14, n. 1, jan./mar. 2009.

GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; TUROLLA, Frederico Araújo; PAGANINI, Wanderley da Silva. Viabilidade da regulação subnacional dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário sob a Lei n. 11.445/2007, in **Eng Sanit Ambient.** v. 13, n. 2, abr./jun. 2008.

MARRARA, Thiago; OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. Consórcios para prestação ou regulação de serviços de saneamento básico. In: DAL POZZO *et al.* (coord.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro.** São Paulo: Contracorrente, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. **A competência para normatização e o poder sancionatório das agências reguladoras de saneamento básico.** In: REGULAÇÃO, Associação Brasileira de Agências de. Saneamento básico: Regulação 2017. 2018. Disponível em: <http://abar.org.br/saneamento-basico-regulacao-2017/>. Acesso em: 6 de mai. 2019.

RIBEIRO, Wladimir Antônio. A forma e a função: as relações entre independências, regulação e competências do regulador. In: OLIVEIRA *et al.* (org.). **Regulação do saneamento básico.** São Paulo: Essencial Ideal Editora, 2016.

LICITAÇÕES INTERNACIONAIS: REGIME JURÍDICO E ÓBICES À ABERTURA DO MERCADO PÚBLICO BRASILEIRO A EMPRESAS ESTRANGEIRAS

Thiago Marrara^[1]
Carolina Silva Campos^[2]

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, o crescente combate à corrupção e as exigências populares por um Estado mais eficiente, transparente e moralizado, elevaram as pressões contra a Administração Pública. Isso a pressionou a se preocupar sob frequência redobrada com a execução de contratos administrativos (geralmente designada

[1] Livre-docente pela USP. Professor do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: marrara@usp.br.

[2] Mestranda em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico:

de gestão contratual ou processo administrativo contratual) e a colocar em prática seus poderes punitivos quer no intuito de reprimir infrações contratuais, quer para evitar a reconstrução de empresas condenadas por graves infrações a contratos firmados com o Estado.

Nesse contexto de mudanças, ganharam protagonismo as sanções de suspensão, de impedimento, de inidoneidade e de proibição de participar em licitações e contratar com o poder público. As três primeiras modalidades punitivas se aplicam com supedâneo na Lei Geral de Licitações e Contratos, na Lei de Pregão, na Lei do RDC, na Lei Orgânica do TCU, assim como em leis estaduais e municipais sobre licitações e contratos. A seu turno, as proibições incidem por forçada Lei de Defesa da Concorrência (art. 38), da Lei de Improbidade (art. 12) e da Lei de Crimes Ambientais (art. 22). Na Lei das Eleições, previa-se idêntica proibição como sanção adicional contra pessoas jurídicas condenadas por doações excessivas (acima dos patamares legais) a partidos políticos (art. 81, § 3º). Contudo, a Lei n. 13.165, de setembro de 2015, revogou o dispositivo.

A despeito dos diferentes pressupostos normativos e suas alterações, um exame do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), banco de dados mantido pela Controladoria Geral da União, confirma o aumento significativo de limitações sancionatórias impostas pelo Estado à participação de agentes de mercado em licitações. Em janeiro de 2016, constavam mais de 12 mil registros de pessoas físicas e jurídicas suspensas, impedidas, declaradas inidôneas ou proibidas de licitar no CEIS.

Apesar de legítimo e necessário, o incremento do controle da gestão contratual e o conseqüente recrudescimento da postura punitiva das entidades estatais contratantes automaticamente reduzem o número de agentes econômicos em mercados públicos e, por reflexo, tendem a enfraquecer a competição, aumentar o poder de mercado dos agentes econômicos ativos, elevar os riscos de cartelização e, pior, fragilizar o princípio da vantajosidade licitatória. Por essas e outras causas, ao mesmo tempo em que o Estado aprimora a gestão contratual, compete-lhe encontrar alternativas que não somente compensem a redução da concorrência no curto e médio prazo, como também promovam o aumento gradual da competição no certame por meio da atração de novos licitantes.

Sob essa premissa, um dos caminhos a se explorar é aquele que torna as licitações brasileiras atraentes para agentes econômicos estrangeiros. Não se trata de solução isenta de dificuldades. Dentre outros desafios, a valorização da competição mediante a atração de licitantes estrangeiros demanda que se resolvam inúmeras dúvidas jurídicas. De que modo a legislação brasileira trata da participação de empresas estrangeiras em licitações? Quais são as principais barreiras existentes nessa legislação? Como eventuais barreiras poderiam ser superadas?

O objetivo desse artigo se resume a contribuir com a elaboração de respostas a essas indagações iniciais e, a partir disso, viabilizar a adoção de medidas capazes de incrementar a concorrência em licitações públicas, sobretudo mediante a superação de barreiras à entrada geradas por fatores normativos enraizados na legislação geral de licitações. Sob esse propósito, o artigo parte da comparação entre licitações internacionais e licitações organizadas sob normas internacionais, trata das modalidades procedimentais cabíveis, examina a problemática da habilitação e do julgamento envolvendo licitantes estrangeiros, discute regras restritivas relativas à formação de consórcios e ainda trata de barreiras à entrada criadas por entidade profissionais brasileiras em desfavor de concorrentes estrangeiros.

1 DEFINIÇÕES PRELIMINARES: LICITAÇÕES INTERNACIONAIS E LICITAÇÕES SOB NORMAS INTERNACIONAIS

Há pelos menos dois desafios a superar antes de se examinar o regime jurídico das licitações internacionais no direito brasileiro. Em primeiro lugar, a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/1993) trata do tema com pouca sistematicidade, pois menciona as licitações internacionais de modo confuso e fragmentado no corpo de inúmeros dispositivos. A dispersão normativa pede a reunião dos dispositivos legais como passo prévio à interpretação. Do contrário, arrisca-se atingir conclusões precipitadas e incorretas.

Em segundo lugar, conquanto o legislador tenha se preocupado em oferecer um rol de definições gerais básicas na Lei de Licitações (art. 6º) – prática comum em outros ordenamentos jurídicos de referência –, nele não se encontra a definição de licitação internacional. Daí porque se mostra imprescindível, para fins introdutórios,

esclarecer quais são os elementos necessários para configurar uma licitação *internacional* e, mais que isso, como essa categoria de licitação se diferencia daquela realizada *sob normas internacionais*.

Começemos pela última indagação.

As licitações realizadas *sob normas internacionais* nada mais são que procedimentos licitatórios executados por entidade brasileira federal, estadual ou municipal sob um regime jurídico diferenciado, pois composto parcialmente por normas e condições estabelecidas por organizações internacionais ou entidades externas. Em contraste a uma mera licitação tradicional, a peculiaridade desses procedimentos reside em seu regime jurídico permeável, por uma decisão do próprio legislador brasileiro e nos termos de acordo celebrado com o país, a normas elaboradas por entes internacionais.

No escopo de viabilizar a satisfação de compromissos assumidos pelo Brasil em suas relações internacionais, a legislação brasileira admite que a Administração Pública empregue duas soluções: 1) utilize mecanismos de contratação direta ou 2) realize licitações sob normas externas derogadoras, em situações pontuais, do regime jurídico padrão, caso em que se terá uma licitação sob normas internacionais.

O caminho da contratação direta se sustenta no art. 24, XIV da Lei n. 8.666/1993. É aceitável a dispensa de licitação para “aquisição de bens ou serviços nos termos de *acordo internacional* específico *aprovado pelo Congresso Nacional* quando as condições ofertadas forem manifestamente *vantajosas* para o Poder Público” (redação dada pela Lei n. 8.883/1994) (g. n.). Na redação originária de 1993, o dispositivo mencionava a dispensa para “aquisição de bens ou serviços por intermédio de *organização internacional*” (g. n.). Com a alteração, aprimorou-se o texto e se evidenciou que a aquisição não ocorre por intermédio da OI, mas sim por ente brasileiro com base em acordos internacionais em geral, bilaterais, multilaterais ou plurilaterais. A nova redação também permite concluir que as regras não necessariamente precisarão derivar da OI.

Outro caminho aceitável para a viabilização dos compromissos internacionais reside na realização efetiva de uma licitação, porém sob regime diferenciado. A

esse respeito, dispõe o art. 42, § 5º da Lei n. 8.666/1993 (com redação dada pela Lei n. 8.883/1994) que:

Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior (g.n.).

À luz do texto transcrito, a adoção do regime diferenciado pressupõe que: a) a aquisição dependa de recursos financeiros externos; b) o financiador ou doador seja agência de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral; c) as normas licitatórias externas constem de documento jurídico aprovado pelo Congresso; d) o respeito a essas normas configure condição para a obtenção dos recursos; e) as normas externas se harmonizem com a regra geral do julgamento objetivo e f) que um despacho motivado do contratante autorize o emprego das normas externas.

Do texto legal ainda se extrai que a participação de agentes econômicos estrangeiros não constitui elemento essencial de uma licitação sob normas internacionais. Em outras palavras, é possível que o procedimento de contratação se limite a uma competição entre fornecedores ou empreiteiros: a) apenas nacionais; b) apenas estrangeiros ou c) ambos.

Em contraste, a licitação internacional visa a ampliar o acesso de competidores estrangeiros.^[3] Embora a Lei Geral de Licitações não defina as licitações internacionais

[3] Há autores que, porém, tomam a licitação internacional de modo amplo, incluindo as regidas parcialmente por normas de direito internacional. É o caso de Toshio Mukai (1997, p. 82).

em seu art. 6º ou em qualquer outro dispositivo, elas se encontram consagradas de modo esparso em vários dispositivos legais, por exemplo, no art. 3º, § 1º, II, no art. 55, § 2º, no art. 23, § 3º e no art. 53, § 3º. Fora isso, o tema é tratado em leis específicas, como a Lei n. 11.732/2008, ainda que apenas para efeitos de “drawback”,^[4] e o Decreto 6.702/2008. Ocorre que nesses diplomas tampouco se conceitua satisfatoriamente o que é licitação internacional.

A despeito da ausência de uma definição legal, o exame geral da Lei de Licitações permite sustentar que licitações internacionais configuram procedimentos licitatórios marcados pelo objetivo de atrair licitantes brasileiros e estrangeiros. Tanto faz ser a licitação conduzida com base no regime jurídico estabelecido pelo direito brasileiro ou sob a regência de normas de organizações internacionais. Uma licitação internacional pode ou não ser ao mesmo tempo licitação sob normas internacionais. Determinante para sua configuração é apenas o intuito de incentivar a competição pela presença de estrangeiros, sem prejuízo da participação dos brasileiros.

Note-se bem: o fator determinante não reside na abertura da licitação a estrangeiros, mas na sua adaptação à participação de estrangeiros. Vale registrar essa ressalva, pois desde a revogação do art. 171 da Constituição da República e diante do princípio da igualdade, toda e qualquer licitação está, a princípio, aberta a brasileiros e a estrangeiros estabelecidos no Brasil. Daí porque o fator de diferenciação não reside no grau da “abertura” do certame, mas sim no “objetivo” de atrair estrangeiros, sobretudo os que ainda não atuam no Brasil. Isso exige da entidade contratante esforços para adaptar o ato convocatório e seus anexos a essa pretensão.

Egon Bockmann Moreira, Bernardo Strobel Guimarães e Lino Torgal também se manifestam nesse sentido. Para eles, não há no ordenamento jurídico pátrio a

[4] Drawback foi concebido, em 1966, como um regime aduaneiro especial, que suspendia o pagamento de imposto de importação para produtos que seriam utilizados para posterior exportação, como forma de fortalecimento do setor de exportações. No entanto, em 1990 e em 2001, a prática do drawback foi estendida para as licitações internacionais, como forma de incentivar a concorrência internacional em grandes projetos, como os de infraestrutura, caracterizando-se por desonerar o imposto de importação de mercadorias utilizadas para fabricação, no Brasil, de máquinas e equipamentos a serem fornecidos internamente, decorrente de licitações internacionais, cujo pagamento advém de recursos estrangeiros. Por essa razão, os diplomas normativos que disciplinam a questão se esforçaram em conceituar as licitações internacionais.

figura das licitações exclusivamente nacionais, nas quais se admitiria a participação exclusiva de empresas brasileiras. Em virtude do art. 3º, §1º, II, Lei n. 8.666/93 e do art. 5º, caput da CF, qualquer pessoa que preencha os requisitos da lei e do edital está autorizada a participar do certame, não havendo diferenciação entre brasileiros e estrangeiros residentes no país. A nacionalidade ou naturalidade dos licitantes não há que ser invocada como critério de preferência nas licitações. Ao adotar tal posição, a legislação pátria “claramente se filia às diretrizes internacionais que estipulam que o acesso ao mercado público por empresas estrangeiras deve dar-se em termos análogos aos garantidos aos agentes econômicos locais” (MOREIRA et al., 2015, p. 72).

Eros Roberto Grau (1992, p. 428), quando da análise do Decreto-Lei n. 2.300/86, diploma que disciplinava o regime das licitações antes da Lei n. 8.666/93, ensina que a licitação internacional não se limita a permitir a participação de licitantes estrangeiros no certame, uma vez que, nos termos do art. 3º, §1º, I, do Decreto-Lei, cujo conteúdo foi acompanhado, em partes, pelo art. 3º, §1º, II, da Lei n. 8.666/03, é vedado aos agentes públicos estabelecer condições desiguais em virtude da naturalidade e sede das empresas na licitação. Para o autor, licitação internacional é aquela em que se assegura a publicidade no exterior, para além do território nacional, no intuito de conferir o caráter internacional à disputa. A esse respeito, contudo, bem pontua Rafael Wallbach Schwind (2013, p. 29) que a mera divulgação do certame no exterior é insuficiente a caracterizar uma licitação como internacional. Se assim o fosse, seria necessário que a lei, expressamente, previsse a necessidade da publicação do edital no exterior, bem como estipulasse os critérios de divulgação, o idioma do edital, em quais países o edital deveria ser publicado, dentre outros. Para o autor, com o avanço da internet, é possível que empresas estrangeiras tenham contato com editais de licitações brasileiras, sem que seja conferida publicidade internacional, e participem, dentro dos requisitos legais e do edital, do certame.

Da mesma forma, resta evidente que grande parte da doutrina toma a licitação internacional não como aquela realizada no exterior, aquela financiada por recursos externos ou que realize publicidade no exterior. Para ser configurada uma licitação internacional, o edital deve prever expressamente que o certame

é aberto a licitantes estrangeiros e adequar-se às disposições da Lei n. 8.666/93 que disciplinam a matéria (também nesse sentido, cf. SCHWIND, 2013, p. 34).

Na definição aqui adotada, a origem dos bens ou dos serviços objeto do contrato futuro tampouco constitui fator determinante para caracterizar a licitação internacional. Essa advertência é relevante, na medida em que a Lei de Licitações inclui definições sobre bens e serviços nacionais, buscando diferenciá-los dos estrangeiros, o que pode ocasionar mal-entendidos interpretativos. Para a contratação dos bens e serviços nacionais,^[5] é preciso ter em mente que a legislação autoriza somente a previsão de margens de preferência. Globalmente, porém, o preço adicional não deve ultrapassar 25% sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros, nem ser aplicado, em uma licitação, para bens e serviços cuja produção ou prestação no país seja inferior à quantidade a ser adquirida pelo Estado (art. 3º, § 5º e seguintes).

2 MODALIDADES DE LICITAÇÃO INTERNACIONAL

Ainda que reconheça a licitação internacional, a legislação prescinde de normas acerca de todos os seus aspectos operacionais. É preciso indagar, por exemplo: existe procedimento específico para essa licitação? Quais são as regras gerais de seu regime jurídico? Os licitantes estrangeiros se beneficiam de regras diferenciadas nas mais diversas fases do procedimento de contratação?

No tocante às modalidades, uma leitura apressada da Lei de Licitações induz interpretações equivocadas. Prescreveu o legislador que:

Art. 23(...)

§ 3º: A concorrência é a modalidade de licitação cabível (...) nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade

[5] Produtos manufaturados nacionais aqueles “produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal”, enquanto serviços nacionais são aqueles “prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal” (art. 6º, XVII e XVIII, incluídos pela Lei 12.349/2010).

dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país (g. n.).

Primeiramente, a Legislação abre espaço para o uso de três procedimentos, mas prevê a concorrência como regra geral e a tomada de preços e o convite como alternativas condicionadas. Em qualquer hipótese, a concorrência é aceitável, já que se trata do procedimento mais completo, adequado para análises aprofundadas de requisitos de habilitação necessários a revelar a verdadeira capacidade executória dos licitantes em relação ao contrato proposto.^[6] Para as outras duas modalidades, há que se observar condições especiais:

A tomada de preços internacional é válida para contratos de compras e serviços em geral no valor de até R\$ 650.000,00 ou contratos de obras e serviços de engenharia no valor de até R\$ 1.500.000,00. Além de o valor contratual não atingir esses tetos, exige-se que a entidade contratante disponha de cadastro internacional de fornecedores.

O convite internacional vale para contratos de compras e serviços em geral de até R\$ 80.000,00 ou contratos de obras e serviços de engenharia de até R\$ 150.000,00, mas somente quando inexistir fornecedor do bem ou do serviço no país. Essa última condição deve ser entendida da seguinte maneira: o convite não deve incluir fornecedores estrangeiros que ainda não operam no Brasil, quando houver no mínimo três fornecedores atuantes no Brasil (brasileiros ou estrangeiros devidamente autorizados nos termos do Código Civil) com capacidade de atender à demanda estatal.

Para além dessas três modalidades, resta saber se é lícita a realização de concurso internacional e de leilão internacional. A princípio, o art. 23, § 3º não trata do assunto e, por interpretação negativa, chegar-se-ia rapidamente à conclusão de

[6] *A escolha da concorrência como modalidade geral repousa no fato de que ela “amplia o universo da licitação, porquanto dispensa qualquer pré-requisito para a participação de interessados. O que vem ao encontro das circunstâncias mercadológicas em que se operam (...) os certames internacionais, que se peculiarizam por sua competitividade ou complexidade”. (PEREIRA JUNIOR, 2009, p. 279). Portanto, a previsão de que a concorrência pode substituir qualquer outra modalidade de licitação demonstra que ela é mais ampla e completa que as demais.*

que o emprego dessas duas modalidades seria ilegal. No entanto, um exame mais abrangente da Lei oferece respostas em outro sentido.

O leilão internacional encontra previsão não no dispositivo que contém sua definição legal (art. 22, § 5º), mas sim em outro trecho da Lei. O art. 53, § 3º estabelece que, “nos leilões internacionais, o pagamento da parcela à vista poderá ser feito em até vinte e quatro horas” (g.n.). Desse breve texto resulta que, uma vez respeitadas as situações contratuais em que o leilão é possível (ex. alienação de bens ou concessões de serviços), nada impedirá sua adaptação à participação ampla de estrangeiros a despeito do valor do contrato e independentemente de qualquer outra condição especial.

Quanto ao concurso, igualmente, não há menção expressa na Lei de Licitações da sua previsão para realização no âmbito internacional, tanto que, para alguns autores, esta é a única modalidade licitatória que não pode se dar no âmbito internacional (PEREIRA, 2013, p. 72). Entretanto, a possibilidade de realização de *concurso internacional*, apesar de não constar expressamente da Lei n. 8.666/1993, decorre de uma argumentação “*a maiori, ad minus*”. Se for lícito o mais, será lícito o menos! Entende-se essa argumentação na medida em que se reconhece que o concurso constitui modalidade voltada à seleção de trabalho técnico, artístico ou científico e que envolve pagamento por remuneração ou por prêmio. Ora, uma vez que se aceita a realização de uma concorrência internacional para execução de serviços complexos e com grande dispêndio de recursos financeiros pelo Estado, qual a razão para se negar a abertura de um concurso a licitantes estrangeiros, por exemplo, para fins de contratação de um projeto arquitetônico?

Assim como a concorrência, também é possível que o concurso envolva uma ampla análise de requisitos de habilitação. Fora isso, essa modalidade permite uma formatação flexível da comissão de licitação, sobretudo para viabilizar a presença de grandes especialistas no serviço ou na mercadoria que é objeto do contrato e, a depender da estratégia licitatória, sequer envolverá dispêndio significativo de recursos financeiros, já que ao vencedor se poderá atribuir um prêmio no lugar da remuneração financeira. Por todas essas razões, não se mostra incompatível com a Lei de Licitações a condução de concurso internacional a despeito de menção em norma explícita.

3 REGIME JURÍDICO DAS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

Um dos princípios centrais do modelo licitatório é a isonomia. Todo certame visa a oferecer aos agentes econômicos as mesmas oportunidades de acesso a mercados públicos, de sorte a consagrar o ideal de Estado democrático e republicano, bem como os princípios da ordem econômica, mormente a livre iniciativa. Assentado sobre esses valores, o art. 3º, § 1º, inciso II da Lei n. 8.666/1993 veda ao ente contratante determinar trato diferenciado de espécie “comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre *empresas brasileiras e estrangeiras*, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, *mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais...*” (g.n.), a não ser em relação a serviços de informática e automação no termos de legislação especial (Lei n. 8.248/1991).

O art. 3º, contudo, não trata, nem delimita toda a complexidade do regime jurídico das licitações internacionais por inúmeras razões. Em primeiro lugar, o art. 42, *caput*, dispõe que, “nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá *ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes*” (g.n). Em segundo, existem normas especiais acerca da habilitação, do julgamento e de aspectos contratuais relativos a empresas estrangeiras. Por mais que alguns desses dispositivos legais se refiram unicamente à *concorrência* internacional, eles incidem por analogia a qualquer procedimento licitatório internacional.

4 REQUISITOS DE HABILITAÇÃO

Como etapa destinada à investigação da viabilidade de execução do futuro contrato pelos licitantes em disputa, a habilitação varia tanto em virtude da modalidade procedimental, quanto da natureza nacional ou internacional da licitação. Há que se levar ambos os fatores em consideração quando se investiga a legalidade de requisitos de habilitação contidos em certo ato convocatório. Além deles, imprescindível à verificação da legalidade é a observância da razoabilidade na escolha desses requisitos pela entidade contratante, haja vista que a inadequação ou o excesso em sua definição muitas vezes ocasiona a

redução da competição e, por reflexo, prejudica o interesse de a Administração Pública celebrar o contrato mais vantajoso.

De acordo com a Lei n. 8.666/1993 (art. 27), os requisitos de habilitação se esgotam na documentação tratada pelos art. 28 a 31, toda ela supostamente útil a comprovar em relação a cada licitante: 1) a habilitação *jurídica*; 2) a qualificação *técnica*; 3) a qualificação *econômico-financeira*; 4) a regularidade *fiscal* e 5) *trabalhista*, inclusive no tocante ao cumprimento de normas constitucionais relativas ao *trabalho de menores* (art. 7º, XXXIII da CF).

A legislação aponta os cinco elementos como um “teto”, como já prelecionaram Adilson Abreu Dallari (2007, p. 135) e Marçal Justen Filho (2012, p. 458). Melhor dizendo: os requisitos previstos no texto normativo representam a “documentação máxima” exigível dos licitantes com o objetivo de verificar sua capacidade de execução do contrato proposto. Orientada pela razoabilidade e pela finalidade pública da contratação, a entidade estatal deverá selecionar os requisitos adequados para cada licitação e seu respectivo objeto dentre os permitidos na lei. Isso se extrai inicialmente do art. 27, *caput*, conforme o qual a Administração solicitará documentação “exclusivamente” sobre os itens apontados em seus incisos, ou seja, não inventará exigências que extrapolem as previsões legais.

Já o art. 32, § 1º dispõe que “a documentação de que tratam os art. 28 a 31 poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão”. Em linha com os comentários de Marçal Justen Filho (2005, p. 353), a dispensa de requisitos de habilitação caberá nos “casos em que não houver dilação temporal entre o momento da contratação e da execução da prestação por parte do particular”, ou seja, “quando a prestação for executada pelo particular imediatamente após avençado o contrato”, caso em que “não haverá necessidade em maior investigação da idoneidade dele”. Além disso, será aceitável “quando o montante quantitativo da licitação for reduzido ou quando a natureza do contrato não exigir maiores indagações sobre a situação subjetiva do interessado”.^[7]

[7] Pereira Júnior (2009, p. 32) adverte, porém, que a prova de regularidade perante a seguridade social não pode ser afastada da habilitação, uma vez que a Constituição proíbe a contratação, pelo Poder

5 HABILITAÇÃO EM LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

A Lei n. 8.666/1993 abordou de modo expresso as licitações internacionais ao tratar da fase de habilitação. Determina o art. 32, § 4º que:

As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente (g.n.).

Perante esse rico parágrafo normativo, é preciso enfatizar inúmeros mandamentos. Em primeiro lugar, dele se extrai que a participação em licitações brasileiras se abre tanto a empresas estrangeiras que “*funcionem no país*”, quanto a empresas estrangeiras “*que não funcionem no país*”. Ambas são sociedades constituídas sob leis estrangeiras e cuja sede não se encontra no país. No entanto, as primeiras operam em território nacional sob autorização governamental, inclusive por meio de contratos com o Poder Público, e desempenham suas atividades no solo brasileiro de forma contínua e permanente; enquanto as segundas não agem no território nacional, ou agem de forma eventual e isolada, mas podem celebrar contratos com o Brasil, por exemplo, após vencerem uma licitação conduzida por embaixada no exterior ou uma licitação realizada no país, mas cujo contrato se execute em território estrangeiro.

Em relação às primeiras empresas (sociedades estrangeiras em funcionamento no Brasil), o art. 32, § 4º não as menciona, mas o art. 28, inciso V, sim. De acordo com esse último dispositivo, conforme o caso, na documentação relativa à habilitação jurídica, é “possível” exigir do licitante, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no país, “decreto de autorização (...) e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente,

Público, de pessoa jurídica em débito com a Previdência (art. 195, § 3º, CF). Essa observação deve ser lida com ressalvas, pois naturalmente a comprovação do recolhimento apenas será exigível no caso de a empresa empregar mão de obra vinculada ao regime previdenciário brasileiro, o que nem sempre acontecerá.

quando a atividade assim o exigir”. Embora a exigência pareça recair no espaço de discricionariedade do ente contratante, uma interpretação sistemática do direito brasileiro revela que a norma da Lei de Licitações não se sustenta.

Com efeito, em alguns momentos, a Lei de Licitações de 1993 deve ser interpretada à luz do direito civil, que disciplina as regras concernentes, dentre outros, à personalidade jurídica. Com ressalta Bacellar Filho (2007, p. 28), o direito administrativo e o direito civil estão inseridos na mesma ordem constitucional, de modo que há uma construção de vasos de comunicação entre eles; um diálogo necessário que influencia a interpretação das relações regidas por ambos os ramos do direito. É exatamente o que ocorre nesse cenário.

O Código Civil de 2002 disciplina a sociedade estrangeira nos art. 1.134 a 1.141. Em apertada síntese, referidos dispositivos: 1) exigem que qualquer sociedade estrangeira solicite autorização do Executivo para funcionar no Brasil (art. 1.134); 2) permitem ao Estado brasileiro estabelecer condicionamentos à autorização no intuito de defender os “interesses nacionais” (art. 1.135); 3) exigem inscrição da empresa em livro especial para sociedades estrangeiras (art. 1.136); 4) impõem o respeito à legislação e a sujeição aos tribunais pátrios (art. 1.137); 5) determinam a abertura de representação permanente no Brasil com poder para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade e 6) tornam obrigatória a aprovação pelo Estado de alterações no contrato social ou no estatuto como requisito de sua eficácia em território brasileiro (art. 1.139).^[8]

Fora isso, cumpre frisar que as empresas estrangeiras que desejem operar no Brasil e acessar mercados públicos devem observar as regras contidas no Código Civil no que toca à autorização governamental e às demais exigências previstas nos artigos mencionados em momento anterior à fase de habilitação na licitação, em razão de dois motivos.

[8] “O cumprimento das normas relativas à autorização e registro implica uma *equiparação jurídica* entre a sociedade estrangeira e a nacional, ficando ambas sujeitas *in totum* ao ordenamento jurídico brasileiro e à jurisdição nacional. A partir desse instante, os atos que as empresas estrangeiras praticam no Brasil sujeitam-se de modo integral ao direito e à jurisdição pátrios” (MOREIRA et. al., 2015, p.77).

O primeiro reside no fato de que o art. 28, V, Lei de Licitações, é expresso a determinar que se apresente o decreto governamental de autorização no momento da habilitação da empresa. Já o segundo motivo diz respeito às dificuldades de se condicionar a assinatura do contrato a uma condição futura e incerta, uma vez que a autorização para funcionar no Brasil não ocorre de modo automático. Caso fosse autorizada a apresentação tardia do decreto governamental, a celebração do contrato administrativo poderia ser inviabilizada por conta do indeferimento da autorização ou por demora excessiva em sua expedição, casos em que se frustraria a licitação em prejuízo a interesses públicos primários.

Já no que se refere às empresas estrangeiras que *não funcionam* no país (inclusive as que meramente detêm ações de SPE),^[9] o Código Civil não se aplica, mas o art. 32, § 4º da Lei de Licitações prevê algumas normas relevantes. Por um lado, esse dispositivo confere a tais empresas o direito subjetivo de se habilitarem apenas com a juntada de *documentos equivalentes*, mas condiciona a aceitação destes e doutros documentos estrangeiros à autenticação consular e à tradução juramentada para o português. Por outro, o dispositivo demanda que as empresas mencionadas disponham de representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente. Contudo, referida exigência afigura-se despropositada à primeira vista. Afinal, se a empresa não funciona no Brasil, por que deveria ter representação em território nacional?

[9] A participação de sociedade estrangeira em sociedade de propósito específico não deve ser considerada como atuação nacional para fins de aplicação das normas civilistas. De acordo com o art. 1.134 do Código Civil, as empresas estrangeiras não precisam de autorização quando são “acionista de sociedade anônima brasileira”. “Logo, é perfeitamente possível que uma empresa estrangeira que não atue no Brasil venha a participar da licitação se, ao final desta, ela vier a assumir unicamente a condição de acionista da sociedade de propósito específico responsável pela execução do objeto (desde que a SPE seja uma S.A.)”. (MOREIRA, et. al., 2015, p. 87). Tal hipótese é relevante nos casos em que da licitação resultar um contrato de natureza concessória, nos termos do art. 9º, da Lei nº 11.079/2004 (Lei de PPPs), que exige a constituição de uma SPE, e do art. 20, da Lei no 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), “que faculta que o Poder Concedente exija sua constituição previamente à execução do objeto, desde que haja previsão editalícia nesse sentido”. A incidência de tais regras pode conduzir, portanto, à possibilidade de participação de empresas estrangeiras em certames licitatórios relativos a projetos de infraestrutura, desde que não se configure a atuação isolada de empresa estrangeira (MOREIRA, et. al., 2015, p. 87).

Para solucionar essa dúvida, é imprescindível distinguir certos casos. No primeiro, a empresa estrangeira que *não atuava* no Brasil, vence a licitação e passa a agir em território nacional, hipótese em que necessitará cumprir as regras do CC, inclusive mediante a fixação de representação no país. No segundo, a empresa estrangeira ganha a licitação conduzida no Brasil, mas não se estabelece no país, pois executará o contrato a partir de território estrangeiro. Na terceira, a empresa atua fora do Brasil, ganha certa licitação realizada fora do país e executa o contrato no exterior.

Em virtude da pluralidade de hipóteses concebíveis – todas elas a demonstrar os diferentes graus possíveis de relação de um licitante estrangeiro com o território nacional –, o art. 32, § 6º adequadamente relativiza as exigências previstas no § 4º. No entanto, essa mitigação atinge somente os casos de: 1) licitações internacionais para aquisição de bens e serviços cujo pagamento se faça com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação; 2) compras, celebradas com empresa estrangeira, de equipamentos fabricados e entregues no exterior, com a condição de que haja prévia autorização do chefe do Executivo e 3) aquisição de bens ou serviços realizada por unidades administrativas brasileiras com sede no exterior. Nessas três hipóteses, afasta-se igualmente a exigência de que o contrato contenha cláusula que declare o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual (art. 55, § 2º).^[10]

Ainda que seja compreensível e lógico em sua finalidade, o mandamento contido no § 6º mostra-se bastante problemático, haja vista que nele se impõe o afastamento das exigências do § 4º, mas não se explicitam quais, nem como. Todas as exigências cairão por terra ou apenas algumas? Os três casos excepcionais receberão

[10] Nos contratos em geral, o foro será sempre o local da sede do órgão da Administração direta ou indireta que tenha celebrado o contrato, não sendo possível a escolha, pela própria Administração Pública, de foro diverso do local em que se situa. Para Justen Filho (2005, p. 497), o escopo desse mandamento é tutelar a soberania do Estado brasileiro, daí ser fundamental estabelecer a competência da jurisdição brasileira. No entanto, defende o autor que o §2º é parcialmente inconstitucional, pois, ao determinar a obrigatoriedade de cláusula de eleição de foro da sede da unidade administrativa, entra em conflito com o art. 109, §2º, da Constituição Federal, que faculta ao particular escolher o local em que litigará com a União (JUSTEN FILHO, 2005, p. 497).

tratamento idêntico? A solução desses problemas requer a interpretação lógica e teleológica dos dispositivos legais em comento.

No tocante às licitações realizadas *sob normas internacionais*, se os contratos forem executados no Brasil, é compreensível exigir a autorização de atuação da empresa no Brasil e a representação em território nacional por força das normas posteriores e superiores do Código Civil. Nesse caso, a ressalva do § 6º perde o sentido. O direito à possibilidade de juntada de documentos equivalentes também deve ser mantido nessa hipótese, bem como a determinação de consularização como meio de reconhecimento de autenticidade de um documento produzido no exterior. Já a exigência de tradução dependerá das regras da entidade financiadora internacional.

Nos dois casos restantes (aquisição de equipamento fabricados e entregues no exterior e aquisição de bens ou serviços por unidades estrangeiras), a representação no país torna-se desnecessária, pois o fato de o licitante estrangeiro vencer a licitação não o obriga a atuar no Brasil. Por reflexo, não terá que observar o Código Civil simplesmente por celebrar o contrato com a Administração.^[11] Já o direito do estrangeiro à juntada de documentos equivalentes na licitação para fins de habilitação se mantém por igual. Afinal, se ele não atua nem nunca atuou no Brasil, naturalmente não terá como juntar documentos nacionais. A seu turno, a consularização e a tradução mostram-se desnecessárias quando a contratação ocorrer no exterior, porém afigura-se oportuno exigir que ente contratante providencie a documentação adequada a viabilizar o controle efetivo da licitação. Uma solução para tanto consiste em exigir dos interessados em licitações de unidades administrativas brasileiras no exterior a entrega de documentos em inglês.

Nos casos não enquadrados na exceção prevista no art. 32, § 6º da Lei 8.666/93, os licitantes estrangeiros deverão observar o disposto no art. 32, § 4º e apresentar, *sempre que possível*, “documentos equivalentes, autenticados pelos

[11] Em sentido semelhante ao aqui defendido, Marçal Justen Filho também relativiza as exceções do art. 32, § 6º ao afirmar que “o dispositivo refere-se especialmente à parte final do §4º, que previu a obrigatoriedade da eleição da jurisdição brasileira e da manutenção de procurador com poderes para receber citação perante a Justiça brasileira. Dispositivo dessa ordem poderia inviabilizar a contratação, especialmente nas hipóteses em que o contrato devesse ser executado no estrangeiro” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 358).

respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado”. Devem, ainda, “ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente”. Todos esses mandamentos merecem algumas considerações.

A consularização configura regra obrigatória para apresentação dos documentos das empresas estrangeiras, como já se manifestaram a Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais^[12] e o Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco,^[13] dentre outros. Os documentos referentes à constituição de tais empresas, uma vez elaborados sob as leis de seu país de origem, devem ser submetidos ao crivo do consulado brasileiro, no intuito de se conferir autenticidade aos mesmos e para que tenham validade internamente. Ademais, em tese, todo documento estrangeiro deve ser traduzido por um tradutor juramentado no Brasil. No entanto, tal regra vem sendo relativizada no intuito de assegurar a efetiva competitividade na licitação, como já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça.^[14] Diferentemente da consularização, a ausência de tradução juramentada não é suficiente a ensejar a inabilitação da empresa licitante, já que constitui um vício formal facilmente sanável.

Por fim, a exigência de um representante legal com poderes para responder judicial ou administrativamente pela empresa constitui requisito indispensável, na medida em que facilita a relação da empresa estrangeira com a Administração Pública. O representante será o canal de comunicação entre a empresa estrangeira e a Administração, devendo ter poderes para receber citação e responder judicial e administrativamente, de sorte a evitar delongas processuais (afinal, quando há representante, a citação da empresa não se efetiva através de carta rogatória). A representação deve, assim, perdurar até que se encerre o vínculo entre o

[12] Resposta à Impugnação SEF 200/2011, Secretaria do Estado da Fazenda de Minas Gearais. http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/licitacoes/concorrencia/Resposta_Impugnacao_Concorrencia_SEF_200_2011.pdf

[13] TJPE. Ap. nº 56288-3/99. 2ª Câmara. DJ 10/08/2001. Revista Fórum Administrativo – Direito Público. Vol. 16. Ano 2. Jun 2002.

[14] STJ, MS 5.281/DF, Rel. Demócrito Reinaldo, Rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção, j. 12/11/1997, DJ 09/03/1998.

particular e a Administração Pública; vínculo este que não se confunde com o fim do processo, mas se refere ao fim da conexão entre as partes contratantes.

Documentos equivalentes

O direito do licitante estrangeiro à juntada de documentos equivalentes merece comentários adicionais pela sua relevância para a real abertura dos mercados públicos brasileiros. Documento equivalente significa documento análogo, que desempenha a mesma função ainda que expedido em outro país. Por cumprir a mesma função, ele serve a viabilizar o cumprimento um critério de habilitação na falta de documentos brasileiros, por exemplo. Como a lei não faz qualquer diferenciação, documentos equivalentes são aceitáveis a princípio para qualquer critério de habilitação, salvo no tocante a informações detidas exclusivamente pelo Estado brasileiro, as quais, por natural, não podem ser objeto de atestados de entidades estrangeiras, nem de entes privados.

Como se demonstrou, o art. 32, § 4º confere o direito de juntada de documento equivalente a empresas que não operam no Brasil. “Empresa” deve ser entendida como sinônimo de licitante estrangeiro, não somente como sociedades comerciais com propósito lucrativo e sede em outro país. Apesar da confusa redação do art. 32, § 6º, demonstrou-se que a documentação equivalente vale também em licitações para aquisição de equipamentos fabricados e entregues no exterior ou de bens ou serviços por unidades estrangeiras.

Dúvida resta sobre a aplicação desse direito para empresas estrangeiras que atuam no país. Situações existem em que a licitação ocorre no Brasil e dela participa uma empresa estrangeira em fase de instalação ou recém-instalada no país. Em ambas as situações, o art. 32, § 4º a princípio não se aplicaria à luz de uma interpretação literal. Não obstante, defende-se que o direito de juntada de documentos equivalentes deverá beneficiar esses licitantes sob pena de se colocá-los injustificadamente em situação desvantajosa em relação aos demais licitantes brasileiros e, pior, a licitantes estrangeiros que sequer operam no país. Em outras palavras: se uma empresa não vinculada ao Brasil desfruta do direito de juntar documentos equivalentes; uma empresa estrangeira recém-instalada

no país há que gozar do mesmo benefício, sobretudo quando necessário para comprovar sua experiência técnica anterior.

A despeito dessas discussões, em qualquer das hipóteses narradas, o uso de documentos equivalentes se sujeita a condições. A Lei de Licitações exige a validação consular e a tradução juramentada. Tais requisitos legais sofrem exceções já debatidas, devendo-se aplicar em regra a licitações realizadas no Brasil. Diante da obrigatoriedade da consularização e da tradução, cabe à autoridade pública fixar, a partir dos limites mínimos estabelecidos em lei, um prazo razoável para entrega da documentação, ou seja, prazo que permita a observância das condições legais por licitantes estrangeiros e sua efetiva participação no certame.

Fora isso, é preciso discutir se e em que medida outros requisitos de limitação do uso de documentos equivalentes podem ser estabelecidos por lei estadual ou municipal, bem como por atos normativos da Administração. Essa discussão é relativamente simples, pois se resolve mediante o emprego de técnicas de hierarquização das fontes do direito positivo e com suporte em normas de divisão de competências administrativas no federalismo brasileiro.

A competência exclusiva para editar normas de direito comercial, civil e normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertence ao Congresso Nacional. Como se viu, o direito à juntada de documento equivalente está assegurado na Lei Geral de Licitações e Contratos editada pelo Congresso e, a princípio, supõe-se que configura norma válida para todos os entes da federação. De outra parte, ao cuidar da matéria, a Lei n. 8.666/1993 não previu qualquer necessidade de detalhamento posterior, nem se valeu da técnica da deslegalização.

Esses motivos bastam para afirmar que Estados e Municípios prescindem de competência para modificar ou limitar referida norma, por exemplo, mediante requisitos adicionais que dificultem ou obstem o direito subjetivo garantido ao licitante estrangeiro em certames estaduais ou locais. A mesma vedação atinge a Administração Pública de qualquer esfera federativa no exercício de seu poder normativo interno e em sua competência para elaborar atos convocatórios. Descabe ao ente contratante se valer do poder normativo interno para restringir o direito de juntada de documentos equivalentes.

A proibição de que Estados da federação, Municípios e entes da Administração Pública em geral limitem o direito em questão se sustenta igualmente no objetivo geral da vantajosidade, consagrado no art. 3º da Lei Geral de Licitações. Dele resulta o dever de o ente contratante tomar as medidas necessárias para estimular a competição no certame com o escopo de elevar as chances de o Estado celebrar o melhor contrato. Após a edição da EC n. 6/1995, a estratégia elaborada na fase interna da licitação com o objetivo de promover a vantajosidade há que levar em conta o fato de que a norma constitucional anteriormente discriminadora de empresas de capital nacional e empresas estrangeiras deixou de existir, razão pela qual a competição no certame necessita ser pensada sem distinções entre brasileiros e estrangeiros, salvo no tocante a empresas de pequeno porte por força do art. 170, IX da CF.

6 BARREIRAS CRIADAS POR ENTIDADES PROFISSIONAIS

A participação de licitantes estrangeiros em certames brasileiros gera uma discussão inevitável acerca da relação entre condicionamentos legais ao exercício de atividades profissionais e legislação geral de licitação. Entra-se aqui em um debate sobre a validade de normas de leis federais, ordinárias ou complementares, que obstam a participação estrangeira e, por conseguinte, fecham os mercados públicos nacionais.

Um exemplo ajuda a ilustrar a discussão. A Lei n. 5.194/1966 regula o exercício das profissões de engenheiro.^[15] Para o amplo campo da engenharia, o art. 2º, o art. 6º e o art. 15 da Lei de 1966 estabelecem normas gerais sobre exercício legal e ilegal da profissão e sobre os efeitos do exercício ilegal para contratos de obras ou serviços de engenharia. Vale a transcrição:

Art. 2º. O exercício, no país, da profissão de engenheiro... observadas as condições de capacidade e demais exigências legais, é assegurado:
a) aos que possuam, devidamente registrado, diploma de faculdade ou escola superior de engenharia (...), oficiais ou reconhecidas,

[15] Originariamente, a Lei também regia a profissão de arquiteto. No entanto, a partir de 2010, seu âmbito foi reduzido, pois a profissão de arquiteto passou a ser objeto da Lei n. 12.378 (cf. art. 66).

existentes no País; b) aos que possuam, devidamente revalidado e registrado no País, diploma de faculdade ou escola estrangeira de ensino superior de engenharia (...), bem como os que tenham esse exercício amparado por convênios internacionais de intercâmbio; c) aos estrangeiros contratados que, a critério dos Conselhos Federal e Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, considerados a escassez de profissionais de determinada especialidade e o interesse nacional, tenham seus títulos registrados temporariamente. (g. n.)

Art. 6º. Exerce ilegalmente a profissão de engenheiro (...): a) a pessoa física ou jurídica que realizar atos ou prestar serviço público ou privado reservado aos profissionais de que trata esta lei e que não possua registro nos Conselhos Regionais; b) o profissional que se incumbir de atividades estranhas às atribuições discriminadas em seu registro; c) o profissional que emprestar seu nome a pessoas, firmas, organizações ou empresas executoras de obras e serviços sem sua real participação nos trabalhos delas; d) o profissional que, suspenso de seu exercício, continue em atividade; e) a firma, organização ou sociedade que, na qualidade de pessoa jurídica, exercer atribuições reservadas aos profissionais da engenharia (...) com infringência do disposto no parágrafo único do art. 8º desta lei. (g. n.)

Art. 15. São nulos de pleno direito os contratos referentes a qualquer ramo da engenharia (...), inclusive a elaboração de projeto, direção ou execução de obras, quando firmados por entidade pública ou particular com pessoa física ou jurídica não legalmente habilitada a praticar a atividade nos termos desta lei. (g. n.)

No que se refere às pessoas jurídicas, a Lei contém outras disposições relevantes. Conforme seu art. 59, *caput*:

As firmas, sociedades, associações, companhias, cooperativas e empresas em geral, que se organizem para executar obras ou serviços relacionados na forma estabelecida nesta lei, só poderão iniciar suas atividades depois de promoverem o competente registro nos Conselhos Regionais, bem como o dos profissionais do seu quadro técnico.

Já seu § 3º dispõe que “o Conselho Federal estabelecerá, em resoluções, os requisitos que as firmas ou demais organizações previstas neste artigo deverão preencher para o seu registro” (g.n.).

Com supedâneo nesse arcabouço normativo, editou-se a Resolução CONFEA n. 444/2010 para disciplinar os “procedimentos relativos ao consórcio de empresas, participação de empresas estrangeiras em licitações e acervo técnico de obras e serviços realizados no exterior” (g. n.). Diga-se bem: embora a Lei Federal n. 5.194/1996 não tenha feito qualquer menção explícita a licitações ou licitantes estrangeiros, o órgão profissional estabeleceu normativa sobre o tema, na qual despontam inúmeras barreiras à entrada de licitantes estrangeiros nos mercados públicos brasileiros. Dentre as diversas normas, a Resolução prescreve que:

Os consórcios de empresas que objetivem participar de licitações no Brasil devem avisar ao CREA sua *intenção* e lhe entregar vasta documentação, incluído edital de licitação, a certidão de registro no CREA das empresas consorciadas etc. (art. 1º).

As Câmaras Especializadas do CREA analisarão a documentação para “certificar-se” da *compatibilidade das empresas envolvidas com as atividades pleiteadas pelo consórcio*, com base nas informações constantes do edital (art. 2º).

Empresas estrangeiras sem filiais devidamente registradas no país deverão juntar: documentos de constituição e de seu corpo técnico, comprovantes relativos ao acervo técnico dos profissionais delas encarregados com a devida consularização e tradução juramentada “*pelo menos trinta dias antes da data prevista para a realização da licitação*”; cópia do Edital de Licitação em que deseja participar; além de dados relativos aos seus representantes legais no país. O cumprimento desses requisitos permitirá, por um único ano, participação em licitações (art. 5º).

Esses três mandamentos inquestionavelmente geram dificuldades exacerbadas à entrada de estrangeiros em licitações brasileiras. Contudo, o impacto econômico de uma norma jurídica não é condição suficiente para o reconhecimento de sua invalidade. Daí porque se torna imprescindível examinar, ainda que brevemente, se e por quais motivos os requisitos da referida Resolução esbarram no princípio da legalidade. Para tanto, uma série de razões poderiam ser apontadas, incluindo desde as limitações competenciais do CREA, a desconsideração dos diferentes modelos de licitações internacionais e dos modos de participação de licitantes estrangeiros, a colisão com normas gerais da Lei de Licitações e Contratos,

inclusive no que tange ao direito de juntada de documento equivalente, até a incompatibilidade lógica com as normas do Código Civil.

Em primeiro lugar, é preciso buscar os fundamentos competenciais das resoluções do CREA. De acordo com previsão explícita do art. 2º da Lei n. 5.194/1966, os órgãos de engenharia detêm poder normativo para disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de engenheiro unicamente “no país”. A Resolução CONFEA, porém, mistura em suas normas situações em que licitantes estrangeiros, vencedores de uma licitação, passam ou não a atuar no país. Contudo, se a licitação for realizada no Brasil, mas para produção de mercadoria e sua entrega no exterior, ou se for conduzida por entidade brasileira no exterior (como uma embaixada) ou mesmo sob normas de direito internacional, evidentemente que tais exigências não se aplicarão, quer por extrapolarem o âmbito de competência territorial do CREA, estabelecido no referido art. 2º, quer por afrontarem normas especiais, como as que regem licitações desenvolvidas em regime permeável a estipulações de acordos internacionais. Isso significa que as normas da Lei n. 5.194 e de qualquer Resolução nela baseada valem para o exercício da engenharia no território nacional e, por conseguinte, não são capazes de atingir todas as licitações brasileiras e todos os licitantes estrangeiros.

Em segundo lugar, por consequência do quanto exposto, não cabe ao CREA estabelecer, como fez no art. 5º da Resolução n. 444, qualquer restrição à empresa de engenharia sem filial no Brasil caso sua atuação não ocorra em território nacional. Além de lhe faltar competência (por força do art. 2º), o tratamento da participação licitatória de empresa que atue somente fora do Brasil consta de modo explícito do art. 32, § 4º da Lei de Licitações. Mesmo que se desconsidere o vício de competência já discutido, o dispositivo da Lei Geral se sobreporá à normativa profissional por ser posterior e superior, além de específico quanto ao tema das licitações internacionais – o qual, vale reiterar, sequer consta de modo explícito do rol de competências regulamentares definido pela Lei n. 5.194/1966 (art. 27).

Em terceiro lugar, a Resolução, ao submeter às Câmaras Especializadas a análise da compatibilidade entre as empresas consorciadas e as atividades desenvolvidas pelo consórcio, extrapola a competência das referidas câmaras, que abarcam somente os poderes referidos pelo art. 46, Lei 5.194/1966, quais sejam:

a) julgar os casos de infração da presente lei, no âmbito de sua competência profissional específica; b) julgar as infrações do Código de Ética; c) aplicar as penalidades e multas previstas; d) apreciar e julgar os pedidos de registro de profissionais, das firmas, das entidades de direito público, das entidades de classe e das escolas ou faculdades na Região; e) elaborar as normas para a fiscalização das respectivas especializações profissionais; f) opinar sobre os assuntos de interesse comum de duas ou mais especializações profissionais, encaminhando-os ao Conselho Regional.

Logo, não consta das atribuições conferidas por lei às Câmaras Especializadas o poder de análise da compatibilidade entre empresas estrangeiras e consórcio. Reitere-se, por isso, que a Resolução extrapola os limites estabelecidos pela Lei n. 5.194/1966, o que demonstra sua ilegalidade por regulação excessiva, abusiva e anticompetitiva. Quem, de fato, deve se posicionar a respeito do alinhamento do consórcio às disposições do edital e da legislação é a Comissão da licitação, que analisará os documentos e as propostas dos licitantes, a fim de habilitá-los no certame.

Em quarto lugar, as restrições do art. 5º da Resolução violam frontalmente o direito subjetivo à juntada de documentos equivalentes por empresas não atuantes no Brasil e as normas do Código Civil. A autorização de funcionamento e a representação no Brasil impõem-se somente a empresas com atuação no território nacional. Empresas estrangeiras que ainda não atuem no país estão dispensadas de todos esses requisitos por interpretação negativa do Código. Em complemento, de acordo com a Lei de Licitações, estas mesmas empresas detêm direito subjetivo à juntada de documentos equivalentes, cuja consularização e tradução, inclusive, aceitam dispensa em inúmeras hipóteses (tal como demonstram as exceções previstas no art. 32, § 6º).

Ainda que a norma da Resolução em comento fosse aceitável sob uma análise de hierarquia das fontes e de divisão de competências, ela permaneceria incompatível com o direito positivo por esbarrar no princípio da vantajosidade e da competição, ambos regentes do modelo licitatório brasileiro. O art. 5º da Resolução dispõe que as empresas estrangeiras sem filial no Brasil teriam que informar ao CREA sua intenção de licitar e juntar documentação para análise da entidade profissional

com, pelo menos, trinta dias de antecedência da data prevista para a licitação. A abusividade dessa determinação é patente, pois se sabe que muitas licitações sequer oferecem trinta dias para entrega de documentação, tal como se vislumbra nos prazos previstos na Lei n. 8.666 (art. 21, § 2º). É possível estipular cinco dias para entrega de documentos no convite; quinze dias nas tomadas de preço em geral e leilões e trinta dias para tomadas de preço nos tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”, bem como trinta dias para concorrências em geral, salvo algumas exceções legais. Em qualquer dessas situações, ou seja, na quase totalidade das licitações, o prazo mínimo de trinta dias para encaminhamento do pedido ao CREA jamais poderá ser cumprido.

Isso justifica a suspeita de que a exigência de juntada de documentos ao CREA no prazo mínimo de 30 dias (maior que o prazo de entrega de documentação na grande parte das licitações) constitui somente uma forma disfarçada de excluir ou de dificultar a participação de entidades estrangeiras em certames internacionais realizados pelo Brasil. A finalidade anticoncorrencial do dispositivo se confirma quando a ele se agrega o dever de a empresa estrangeira informar ao CREA em que licitação específica deseja participar. A informação antecipada não somente cria um tratamento discriminatório nocivo das empresas estrangeiras em relação às brasileiras, como eleva seus custos de participação no certame e ainda afasta o elemento surpresa inerente à competição efetiva na licitação, dado o risco de vazamento dessas informações estratégicas para outros agentes de mercado interessados na disputa.

Em síntese, o artigo 5º da Resolução não se compatibiliza nem com o regime de empresas estrangeiras sem atuação no Brasil, nem com o regime das empresas estrangeiras com atuação nacional. Com dito, as primeiras sujeitam-se a regime licitatório especial, do qual consta o direito subjetivo à juntada de documentos equivalentes e se afastam as exigências de autorização para funcionamento no Brasil. Já as segundas, por atuarem no território nacional, passam por processo de autorização conduzido pelo governo federal e determinado por lei, devendo-se submeter ao mesmo regime das empresas nacionais, daí porque jamais poderiam ser forçadas a informar ao CREA suas intenções de participar em licitações.

7 CONSÓRCIOS E EMPRESAS ESTRANGEIRAS

Para objetos contratuais mais complexos, é usual que os licitantes se unam por mecanismos de cooperação, como o consórcio empresarial. Em regra, os consórcios se constituem por agentes econômicos atuantes no Brasil, mas não é de se destacar a possibilidade de que, por razões de conveniência empresarial, eles envolvam estrangeiros. Para essa hipótese específica, o legislador buscou oferecer alguns direcionamentos no art. 33, § 1º da Lei n. 8.666/1993. De acordo com esse dispositivo, “no consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo” (inciso que faz referência ao cumprimento das condições de liderança previstas no ato convocatório) (g. n.).

Alguns autores defendem a inconstitucionalidade desse dispositivo. Para Marçal Justen Filho (2005, p. 361), uma vez que a Administração Pública pode realizar contratos com empresas estrangeiras, a proibição de que elas sejam líderes em um consórcio se mostra descabida. Ademais, tal impedimento se afigura com uma interferência indevida na liberdade de concorrência e no exercício de profissões. Acompanha este posicionamento Rafael Wallbach Schwind (2013, p. 71), que entende o dispositivo como um violador da isonomia, já que em um consórcio formado exclusivamente por empresas estrangeiras, não há qualquer vedação de liderança a uma delas.

Acredita-se, porém, que a boa compreensão do mandamento legal requer um exame histórico e, posteriormente, algumas distinções de cenário. É preciso partir, nesse sentido, da redação da Constituição da República de 1988, vigente até 1993, ano em que a Lei de Licitações foi promulgada. Àquela época, a Emenda Constitucional n. 6/1995 ainda não havia sido editada, motivo pelo qual vigia o art. 171, § 2º da CF, cujo teor merece transcrição: “Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional” (g.n.). Por sua vez, o art. 171, II definia a empresa brasileira de capital nacional como:

(...) aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas

e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades (g.n.).

Com a Emenda Constitucional n.6/1995, o art. 171 foi completamente revogado, sobrevivendo ao Estado o mero dever de conferir “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país” (g. n.) (conforme o art. 170, IX, incluído pela referida Emenda). Por conseguinte, a diretriz de tratamento favorecido para empresas brasileiras de capital nacional, salvo quando de pequeno porte, caiu por terra. Essa constatação é relevante, uma vez que se elaborou e se editou a Lei de Licitações antes da Emenda, do que resulta: 1) a suposição de que seu texto sofreu a influência do então existente art. 171 e 2) a necessidade de se reinterpretar o art. 33, §1º à luz do texto constitucional modificado.

É com base nessas premissas que se deve observar a pretensa obrigatoriedade de liderança do consórcio por empresa brasileira. Quando da sua criação, a norma se sustentava no art. 171 da Constituição. Hoje, contudo, a raiz constitucional desapareceu, e tanto é assim que a legislação posterior sequer faz menção a esse requisito. É o que se vislumbra na Lei n. 8.987/1995 (art. 19) e na Lei n. 9.074/1995, que tratam de contratos de concessão, e na Lei n. 12.462/2011 (art. 14, parágrafo único), referente ao regime diferenciado de contratação. Em vista desses diplomas, a interpretação correta da Lei n. 8.666 se pauta pela lógica “*a maiore, ad minus*”. Como a liderança pela empresa brasileira é desnecessária para contratos custosos e extremamente complexos, com execução no Brasil e essenciais à vida da população, igualmente será para meros contratos operacionais, desvinculados da prestação de serviços públicos, como os contratos de obras, serviços e bens da Lei n. 8.666.

A norma de liderança para contratos instrumentais prevista na Lei n. 8.666/1993 deve ser, por conseguinte, relativizada e interpretada de modo lógico e sistemático. Para tanto, mostra-se fundamental resgatar a diferença básica entre empresas estrangeiras *com* e *sem* atuação no Brasil.

No primeiro caso, da empresa estrangeira *com* atuação no Brasil, devidamente autorizada pelos órgãos federais, não há razão para se impor a liderança da empresa brasileira, já que a estrangeira aqui atuante deverá possuir representação no país, inclusive com poderes para “resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade”, além de adaptar seu contrato social ou seu estatuto às normas nacionais (art. 1138 e 1139 do Código Civil). Sendo assim, o fato de a empresa líder ser estrangeira não gera *a priori* obstáculos para que a Administração contratante gerencie o contrato com eficiência. Se a empresa estrangeira atuar no Brasil mediante cumprimento das exigências do Código Civil, vedar sua liderança no consórcio implicará afrontar o princípio da igualdade dos licitantes (art. 3º da Lei n. 8.666/1993), sobretudo após a extinção da norma constitucional que autorizava diferenciação entre licitante estrangeiro e brasileiro.

No segundo caso, a situação afigura-se distinta, pois o consórcio seria liderado por empresa estrangeira *sem* atuação no Brasil (exatamente as empresas mencionadas no art. 32, § 4º da Lei de Licitações, parágrafo antes debatido). Sob essas circunstâncias, cumpre distinguir duas hipóteses. Na primeira, imagine-se um consórcio formado para executar um contrato administrativo no Brasil. Para ele, valerá a proibição da liderança por empresa estrangeira sem atuação no país. Na segunda, tomem-se os casos do art. 32, § 6º da Lei n. 8.666/1993, como licitações para aquisição de equipamentos fabricados e entregues no exterior e para aquisição de bens ou serviços por unidades estrangeiras. Em casos assim, a exigência de liderança nacional torna-se novamente inócua, imotivada e indevida.

8 JULGAMENTO: REGRAS ESPECIAIS

Ao tratar das licitações internacionais, a preocupação do legislador brasileiro não se limitou à necessária adaptação da fase de habilitação à participação de licitantes estrangeiros. Além das diversas regras excepcionais até agora examinadas, a Lei n. 8.666/1993 contém dispositivos sobre o julgamento das propostas comerciais juntadas por agentes econômicos desse gênero.

O mandamento mais proeminente nesse cenário é o do art. 44, § 4º, que estende a propostas baseadas em mão-de-obra estrangeira a proibição de aceitação de

“preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos (...)” (art. 44, § 3º).

Em sua redação originária, o § 4º estendia a aplicação do §3º às propostas dos *licitantes estrangeiros*, mas estabelecia como referência “os mercados nos países de origem”. Com isso, o dispositivo prejudicava os licitantes brasileiros, submetendo-os a eventual confronto desvantajoso com a empresa estrangeira, que poderia contratar mão-de-obra em outros mercados por preços inferiores aos praticados no Brasil, reduzindo sobremaneira os custos finais dos bens e serviços licitados.

Ainda no tocante aos aspectos da proposta comercial e do julgamento, dois outros artigos merecem consideração. O art. 40, IX prevê que o edital indicará obrigatoriamente “*condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais*” (g. n.). De outra parte, conforme o art. 42, § 1o, “quando for permitido ao *licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira*, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro” (g. n.). Já o § 3o do art. 42 impõe que “*as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro*” (g. n.). E, na dicção do § 4o, com o propósito de julgamento da licitação, “*as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda (...)*”.

Apesar das dúvidas acerca da constitucionalidade do § 4º,^[16] o objetivo de todos os mandamentos apontados se resume a promover o tratamento formalmente isonômico de licitantes estrangeiros e brasileiros, de sorte a vedar condições

[16] Para Marçal Justen Filho (2005, p. 410), “não seria cabível o simples acréscimo de valores às propostas de estrangeiros, correspondendo à carga tributária imposta ao licitante brasileiro. Isso somente seria admissível se essa tributação fosse efetivamente devida ao Fisco brasileiro, hipótese em que a proposta deveria tomá-la em consideração. (...) Somente se produz a dita equalização quando a proposta do licitante estrangeiro acarretar algum tipo de despesa para a Administração Pública, despesa essa que não haveria no tocante a proposta do licitante nacional”. Segundo o autor (op. cit., p. 410), isso ocorre porque cada Estado possui seu próprio sistema tributário que influencia os custos dos bens licitados. Por esse motivo, não teria nenhuma justificativa plausível acrescer à proposta estrangeira os custos tributários nacionais. “Essa interpretação conduz à inviabilidade do julgamento das propostas e

mais favoráveis a agentes econômicos externos em detrimento dos nacionais. As normas em nenhum momento autorizam que a Administração Pública brasileira construa um cenário de protecionismo ou de vantagens indevidas aos brasileiros. Isso se extrai claramente do art. 3º, § 1º, II da Lei, de acordo com o qual é vedado aos agentes públicos:

(...) estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991. (g. n.)

Referido mandamento não impede todo e qualquer tipo de medida discriminatória no edital, mas simplesmente exige que não se destrua indevidamente a concorrência por meio de certas restrições a princípio indevidas. De acordo com Egon Bockmann Moreira *et. al.* (2015, p. 73), regras discriminatórias para empresas estrangeiras serão aceitáveis desde que se destinem a “impedir que a igualdade seja corrompida por meio de atos e fatos exteriores à sociedade empresarial que pretende licitar”. Daí a importância de se possibilitar a cotação de preço em moeda estrangeira e outras ações necessárias a equalizar as condições de competição ou, nas palavras de Justen Filho (2005, p. 410), oferecer um mesmo denominador a permitir a comparação. Sem essas cautelas, certamente a Administração incorrerá em graves erros ao comparar propostas de licitantes brasileiros e estrangeiros e ao buscar selecionar a proposta mais vantajosa.

CONCLUSÃO

A atração de licitantes estrangeiros a licitações brasileiras contribui não somente para que se contornem as implicações derivadas da política de combate à corrupção sobre os mercados públicos, senão igualmente para fomentar a competição por

retrata expediente indireto e inválido para beneficiar as empresas nacionais” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 410).

diversos tipos de contratos administrativos, para reduzir os riscos de colusão e para permitir que a Administração Pública celebre contratos cada vez mais vantajosos.

O desejo de promover a abertura dos mercados públicos esbarra, contudo, em obstáculos jurídicos. Nas linhas anteriores, demonstrou-se que a Lei Geral de Licitações e Contratos não disciplina a participação de licitantes estrangeiros de modo tão simples. É preciso reconhecer que a Lei não ignorou o tema por completo, nem deixou de tratar de peculiaridades relativas à fase de habilitação e julgamento de estrangeiros. No entanto, prescinde-se de uma definição clara de licitação internacional, de uma sistematização dos dispositivos relevantes e de harmonia plena entre o texto legal e o contexto político, econômico e constitucional vigente.

A partir da análise sistemática dos dispositivos legais, o artigo buscou apontar esses problemas e contribuir para superá-los em certa medida. Sob esse escopo, diferenciou-se a licitação internacional da licitação sob normas internacionais, mostrando-se que aquela se destina principalmente à atração de agentes econômicos que ainda não operam no Brasil. Ademais, apontou-se a problemática da habilitação no intuito de destacar que as empresas estrangeiras com atuação no Brasil sujeitam-se ao Código Civil e, na licitação, recebem tratamento diverso ao das empresas estrangeiras não atuantes no país. A respeito dessas últimas, destacou-se a relevância do direito subjetivo à juntada de documentos equivalentes, o qual, como dito, não pode ser derogado ou obstaculizado por normas de entidades profissionais, como o CREA, sobretudo quando criadas sem suporte em lei formal. Enfim, abordaram-se algumas das possíveis adaptações permitidas pela Lei à fase de julgamento diante de agentes estrangeiros.

Sem prejuízo, de lege ferenda, seria relevante que o legislador pátrio ponderasse a necessidade de rever a disciplina legal do tema com o objetivo de sistematizá-la e atualizá-la frente ao texto constitucional vigente, às diversas leis licitatórias, aos problemas nacionais vividos nos últimos anos e, por natural, à imprescindibilidade de se garantir de modo permanente a concretização da isonomia e da vantajosidade como objetivos centrais do modelo de contratações públicas.

REFERÊNCIAS

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CRETELLA JUNIOR, José. Estrangeiro e a licitação pública. In: FRANCO, Vera Helena de Mello. **Negócios e o Direito: Sobrevivência Legal no Brasil**. São Paulo: Maltese, 1992.
- DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas polêmicos de licitações e contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. Concorrência, execução de serviços, empresa estrangeira, qualificação, irregularidade, proposta, preço, cotação, moeda estrangeira, impossibilidade. **Boletim de Licitações e Contratos**, v. 5, n. 11, p. 427-435, nov. 1992.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- MOREIRA, Egon Bockmann, GUIMARÃES, Bernardo Strobel, TORGAL, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 67-106, mai./ago. 2015.
- MUKAI, Toshio. As licitações internacionais, as normas da Lei 8.666/93 e as dos organismos financeiros internacionais. **RDA**, v. 208, 1997.
- MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PEDRA, Anderson Sant'Ana. Licitação internacional: normas nacionais x normas estrangeiras. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, n. 7, p. 67-106, jul./set. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-ANDERSON%20PEDRA.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2016.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e contratações da Administração Pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PEREIRA, Henrique de Castro. **Licitações internacionais e a Lei n. 8.666/93**. São Paulo: All Print Editora, 2013.
- SCHWIND, Rafael Wallbach. **Licitações internacionais — participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SOUZA, Márcio Luiz Dutra de. *Drawback* para fornecimento no mercado interno e o conceito de licitação internacional. **Revista Virtual da AGU**, n. 68, ano VII, set. 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Licitante estrangeiro - quando não é necessário o Decreto de Autorização de Funcionamento. In: _____. **Pareceres**. v. III. São Paulo: RT, 2013.

AS GREVES SEM A PRESENÇA DO SINDICATO DA CATEGORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Paulo Henrique Martinucci Boldrin^[1]
Maria Hemília Fonseca^[2]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi desenvolvido a partir da pesquisa realizada durante o mestrado na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, cuja dissertação recebeu o título: “Representação sindical dos trabalhadores no atual modelo de organização sindical brasileiro: análise das greves sem a presença do sindicato da categoria” (BOLDRIN, 2017).

A pesquisa teve o objetivo de verificar se as greves sem a presença do sindicato da categoria decorrem da representação sindical dos trabalhadores prevista no atual modelo de organização sindical brasileiro. Foi realizado estudo dogmático, que partiu da revisão bibliográfica acerca do tema e adotou referenciais de análise de

[1] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: paulomboldrin@hotmail.com.

[2] Livre-docente em Direito do Trabalho pela FDRP-USP. Professora do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da FDRP-USP. Correio eletrônico: mariahemilia@usp.br.

conteúdo a partir de acórdãos dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho que versaram sobre esses movimentos grevistas.

Para este objetivo, foi necessário analisar o fenômeno das greves sem a presença de sindicato da categoria a partir do estudo do direito constitucional de greve e da Lei nº 7.783/1989. Referidas greves sem a presença do sindicato da categoria realizam uma pressão no universo fático que traz consequências para o mundo jurídico e principalmente no conceito de greve.

Neste artigo, buscou-se, portanto, responder ao seguinte questionamento: é possível admitir a legalidade do movimento grevista sem a presença do sindicato? Para isso, serão tratados os principais conceitos sobre a greve e os requisitos exigidos no art. 4º da Lei nº 7.783/1989 e no art. 9º da Constituição Federal.

2 A GREVE E A LUTA POR DIREITOS DOS TRABALHADORES

A greve é uma importante ferramenta de manifestação dos trabalhadores na relação entre o capital e o trabalho, pois pressiona o empregador a negociar melhores condições de trabalho por meio da paralisação coletiva das atividades da empresa. Sempre que possível, deve-se estimular a negociação coletiva entre as partes, pois o processo de negociação e a celebração de instrumentos coletivos, convenção e acordo coletivos, asseguram que os próprios empregadores e trabalhadores coloquem fim ao conflito e negociem condições que viabilizem a continuidade da atividade empresarial e a manutenção da dignidade do trabalhador, com melhores salários, jornadas e condições de trabalho.

Ocorre que, diante da recusa do empregador na negociação ou da ausência de acordo entre o sindicato da categoria profissional e o empregador ou seu sindicato representativo, é possível que os trabalhadores paralitem coletivamente e de forma pacífica as atividades para exigir a retomada das negociações e garantir maior equilíbrio frente ao poder econômico do empregador. É, portanto, uma ferramenta de resistência assegurada aos trabalhadores, que não ficam submissos apenas às imposições do capital, servindo como contrapeso às forças econômicas.

De acordo com Delgado (2016, p. 1.551), é possível que, durante o processo de negociação coletiva ou para impulsionar seu início, os empregados iniciem a greve como instrumento de força e pressão, constituindo um mecanismo de autotutela de interesses. A autotutela é a utilização direta de coerção pelos particulares, ou seja, o uso da força deixa de ser prerrogativa estatal e pode ser usada pelas próprias partes envolvidas no conflito. Esse mecanismo de autotutela de interesses é restringido no ordenamento jurídico brasileiro, com raras exceções, o que inclui o direito de greve.

A greve consiste em manifestação que é voltada para causar prejuízos econômicos ou jurídicos ao empregador. Trata-se, portanto, da possibilidade de exercer um direito de causar prejuízos a terceiros assegurado pela Constituição Federal (SILVA, 2010, p. 256). Salienta-se que a possibilidade de causar prejuízos ao empregador está pautada na necessidade de se assegurar ao trabalhador instrumentos capazes de garantir isonomia na luta de classes, ou seja, os trabalhadores organizados de forma coletiva podem causar prejuízos ao empregador para que sejam respeitados seus direitos trabalhistas e propostas novas medidas mais vantajosas aos trabalhadores.

A exploração da mão de obra pelo capital assumiu condições alarmantes com o desenvolvimento das máquinas após a Revolução Industrial. A questão social assumiu importância na medida em que os trabalhadores foram submetidos a extensas jornadas de trabalho, com baixos salários e exploração de trabalho infantil e das mulheres.

O aumento da aglutinação dos trabalhadores nas fábricas e a exploração da mão de obra dos operários deram origem ao sentimento de solidariedade dos trabalhadores, que permitiu não apenas a sindicalização, mas o surgimento dos movimentos grevistas, como instrumento de pressão por melhores condições de trabalho. Destaca-se, portanto, que o prejuízo causado ao empregador foi e continua sendo indispensável e necessário aos trabalhadores para o alcance de melhores condições de trabalho, jornadas menores e maiores salários.

Gomes e Gottschalk (2008, p. 640-642) apresentam os motivos de ordem jurídica que são utilizados para justificar a greve. Salientam os autores que havia o

entendimento de que a greve decorria do direito individual de não trabalhar, pois seria o exercício de uma liberdade individual. No entanto, essa concepção trazia o problema acerca da possibilidade de término do contrato de trabalho em razão do abandono coletivo de trabalho.

Os autores argumentam que é possível enfrentar esse ponto problemático de justificação da greve na liberdade de não trabalhar quando se retira o fundamento jurídico da autonomia privada coletiva. Os trabalhadores individualmente considerados não têm as condições de reivindicar seus direitos sociais sem incorrer no risco de justificação para o término do contrato de trabalho. Por outro lado, com o avanço do sindicalismo, não se verifica apenas a liberdade individual em contraste com o interesse coletivo do Estado, pois surgem os interesses coletivos que, para serem defendidos, justificam a paralisação coletiva do trabalho.

No âmbito social, a greve se manifesta como o resultado do desajuste entre os direitos estabelecidos no ordenamento jurídico, com base no princípio da igualdade, e a realidade da população que enfrenta condições de miséria e empobrecimento. Dessa forma, a greve tende a realizar um processo de adaptação para que os trabalhadores possam alcançar o modelo abstrato de igualdade de direitos disciplinado pelo Direito. (GOMES e GOTTSCHALK, 2008, p. 643)

3 CONVOCAÇÃO DE ASSEMBLEIA PARA DELIBERAÇÃO E APROVAÇÃO DA GREVE: PARTICIPAÇÃO DOS SINDICATOS NAS GREVES

A Lei nº 7.783/1989 – Lei de Greve, ao regulamentar o direito constitucional de greve no plano infraconstitucional, estabeleceu requisitos que devem ser observados nos diversos momentos do movimento grevista: tentativa prévia de negociação, convocação de assembleia para deliberação e aprovação da greve e a comunicação prévia.

Nesse tópico, será abordado o requisito da convocação de assembleia deliberativa para a deflagração do movimento grevista e se o sindicato é o único legitimado.

De acordo com o *caput* do art. 4º da Lei de Greve, cabe à entidade sindical da categoria profissional convocar assembleia geral na forma prevista em seu estatuto social, que terá duas funções: definição das reivindicações da categoria e deliberação sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços: “Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços.”

A assembleia geral é convocada pelo sindicato para que os trabalhadores possam apresentar as reivindicações aos empregadores, por exemplo, reajustes salariais, benefícios, alteração de jornada de trabalho, dentre outros. O estabelecimento dessas reivindicações é indispensável para a tentativa prévia de negociação, pois será com base naquilo que for decidido em assembleia que o sindicato negociará com a classe patronal. As reivindicações dos trabalhadores durante a greve devem condizer com aquelas apresentadas ao empregado, pois caso os trabalhadores surgissem com novas demandas, faltaria quanto a estes pedidos o cumprimento da tentativa prévia de negociação. (MALLETT, 2015, p. 88)

No entanto, a assembleia geral não tem apenas a finalidade de apresentar as reivindicações dos trabalhadores, mas igualmente de deliberar pela deflagração do movimento paretista. Esse requisito fundamenta-se na democratização e na legitimação do movimento, pois a greve é realizada pelos trabalhadores e não pela entidade sindical (MELO, 2011, p. 85).

Não é a presidência, a diretoria ou qualquer outro órgão do sindicato que deve definir a pauta de reivindicações e aprovar a greve, mas os próprios trabalhadores em assembleia definida para esse fim. Nesse caso, devem votar todos os empregados interessados na greve e não apenas os trabalhadores sindicalizados (MALLETT, 2015, p. 87).

A prioridade na condução do movimento grevista é garantida às entidades sindicais, pois são eles que possuem a legitimidade para celebrar a negociação coletiva com o empregador. Diante da previsão de participação obrigatória do sindicato na celebração de negociação coletiva pelo art. 8º, V, da Constituição Federal de

1988, é dado ao sindicato a prerrogativa para convocar assembleia geral para a deliberação da greve. (SILVA, 2010, p. 267)

Cumprido destacar que a Lei de Greve não prevê o quórum necessário para a aprovação da paralisação coletiva pelos trabalhadores, pois apenas remete à previsão contida nos estatutos sociais de cada sindicato. Portanto, para se assegurar maior autonomia às entidades sindicais, o quórum para o início do movimento deve estar previsto no estatuto do sindicato e deve se adequar às particularidades de cada categoria profissional representada, nos termos do art. 4º, § 1º da Lei nº 7.783/1989: “O estatuto da entidade sindical deverá prever as formalidades de convocação e o quórum para a deliberação, tanto da deflagração quanto da cessação da greve”.

O estatuto do sindicato configura lei interna da categoria e deve ser com base em suas disposições que a assembleia geral deve ser convocada para definir as reivindicações da categoria e deflagrar a greve. (MELO, 2011, p. 85).

O *caput* do art. 4º da Lei nº 7.783/1989 prevê a atribuição à entidade sindical para a convocação de assembleia, o que possibilitaria também essa convocação por entidades sindicais de grau superior, federações e confederações, quando a categoria estiver inorganizada em sindicato. Na inexistência de sindicato representativo, a federação tem a prerrogativa para a convocação de assembleia, e na sua falta, a confederação. (SILVA, 2010, p. 267).

Verifica-se, portanto, que a greve tem o requisito da aprovação em assembleia geral como necessidade para a legitimidade do movimento grevista e para o preenchimento do caráter coletivo. A decisão da entidade sindical isolada ou de alguns de seus órgãos, sem a manifestação dos trabalhadores envolvidos, não seria suficiente para permitir a validade de uma paralisação dos serviços.

4 AS GREVES SEM A PRESENÇA DOS SINDICATOS DA CATEGORIA PROFISSIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em 2014, o Brasil foi palco de movimentos de trabalhadores que ocorreram sem a participação do sindicato representativo da categoria profissional por discordância

com seu organismo de representação. Nesse sentido, foi o que se verificou com a greve dos garis no município do Rio de Janeiro em março de 2014 (GANDRA, 2014), com a greve dos motoristas e cobradores de ônibus no município de São Paulo (MELLO, 2014) e dos rodoviários do município do Rio de Janeiro (PLATONOW, 2014), sendo as últimas realizadas em maio de 2014. Destaca-se que o Judiciário trabalhista, em todos esses casos, determinou a ilegalidade do movimento e o retorno ao trabalho.

A Lei nº 7.783/1989 exige a convocação pela entidade sindical de assembleia geral para definição de reivindicações e aprovação do movimento paretista. Surge o questionamento se o ordenamento jurídico permite que a greve seja deflagrada sem a presença do sindicato da categoria, mesmo na hipótese de sua existência. Nota-se que a legislação não apresenta uma solução direta ao assunto, pois apenas remete à falta de entidade sindical, o que torna indispensável as contribuições teóricas e jurisprudenciais acerca do tema.

A primeira hipótese consiste na assunção da greve pelas entidades sindicais de grau superior, federação e confederação, que passariam a assumir a responsabilidade acerca da convocação da assembleia geral e da observância do quórum mínimo para a aprovação da greve e das reivindicações dos empregados.

Entretanto, o § 2º do art. 4º desta lei prescreve que, na falta de entidade sindical, a assembleia geral dos trabalhadores interessados será responsável pela deliberação acerca dessas reivindicações e da deflagração da greve, *in verbis*: “Na falta de entidade sindical, a assembleia geral dos trabalhadores interessados deliberará para os fins previstos no ‘caput’, constituindo comissão de negociação.”

De acordo com Süsskind e Vianna (1996, p. 1.203), essa hipótese não poderia ser verificada na prática, pois já existem confederações representando todos os ramos profissionais. Dessa forma, se a categoria profissional não fosse organizada em sindical, caberia à federação do grupo corresponder comandar o procedimento de convocação de assembleia geral. Caso não existisse a federação, a confederação seria a responsável.

Por sua vez, Russomano (1995, p. 273) admite a possibilidade de as deliberações serem tomadas pelos próprios trabalhadores interessados que deverão formar

comissão de negociação. Essa comissão tem poderes para realizar a negociação coletiva e, por essa razão, supre a ausência da entidade sindical. O autor destaca ainda que a legislação deveria ter estabelecido a possibilidade de estabelecimento de comissão de negociação e da deliberação pelos próprios interessados, inclusive, para os casos de recusa ou inércia do sindicato em assumir a negociação com o empregador.

O autor salienta que a legislação anterior de greve estabelecia a possibilidade de que a negociação direta fosse realizada entre grupo “ad hoc” de trabalhadores e as empresas na formação de acordos coletivos de trabalho. O autor destaca que não há dúvidas quanto à possibilidade de negociação direta dos trabalhadores com a formação de comissão de negociação. Salienta que a recusa ou inércia do sindicato em assumir a negociação com o empregador traria os mesmos efeitos na prática da inexistência da entidade sindical.

Além da inexistência e da inércia do sindicato profissional, surge igualmente a discussão acerca de boicote ou oposição do sindicato da categoria ao movimento grevista. Por razões diversas, sejam elas corporativas, estratégicas ou decorrentes do peleguismo, os sindicatos podem se opor à greve e inviabilizar a utilização de instrumento de pressão do empregador. Apesar de não ser comum a manifestação expressa de oposição, o sindicato pode agir de forma tácita para minar o movimento grevista, com a postergação de assembleias ou, ainda, pela programação de diversas rodadas de negociações, mesmo já tendo o conhecimento de que seriam infrutíferas. (SILVA, 2010, p. 267).

Diante dessa situação, a instituição de comissão de negociação seria a melhor ferramenta dos trabalhadores diante da negligência de seu sindicato. Essa comissão não está, contudo, isenta de críticas, pois, supostamente, o aliciamento de um grupo de trabalhadores seria mais fácil de ocorrer do que dos integrantes da organização sindical, o que tornaria a comissão o verdadeiro órgão sabotador da greve. Para se evitar esse problema, a comissão somente estaria autorizada a funcionar em casos restritos que não venham a minar a autoridade própria dos sindicatos. (SILVA, 2010, p. 268).

Somente quando comprovada a inexistência, inércia ou oposição do sindicato aos interesses dos trabalhadores seria admitida a comissão de negociação para representar os interesses dos empregados. Além disso, caso o sindicato, antes inerte, passe a atuar para defender os interesses dos trabalhadores, é mantida sua prerrogativa de representação dos interesses dos trabalhadores. Ressalta-se que, nesse caso, o sindicato deve cumprir aquilo que foi deliberado pelos trabalhadores na assembleia geral convocada à sua revelia.

A formação de comissão de negociação relaciona-se com a possibilidade de estabelecimento de acordo coletivo pelos próprios trabalhadores quando é verificada a negligência do sindicato, da federação e da confederação em assumir a negociação coletiva conforme prevê o art. 617 da CLT (SILVA, 2010, p. 268).

A autorização legislativa para a formação de comissão de negociação viabiliza a admissão no ordenamento jurídico brasileiro da realização de greves sem a presença do sindicato da categoria profissional, seja diante de sua inexistência, inércia ou oposição à negociação coletiva com o empregador. De acordo com o art. 5º da Lei nº 7.783/1989, a comissão eleita passa a representar os interesses dos trabalhadores na negociação com o empregador e também perante a Justiça do Trabalho: “A entidade sindical ou comissão especialmente eleita representará os interesses dos trabalhadores nas negociações ou na Justiça do Trabalho”.

Tendo os trabalhadores o interesse de conquistar novas condições de trabalho e, apesar de instado, o sindicato não atua, os próprios empregados podem deliberar acerca das reivindicações da categoria, formar comissão de negociação e, caso frustradas as tratativas com a empresa, aprovar em assembleia geral a deflagração da greve.

O direito fundamental de greve pertence aos trabalhadores por força da própria dicção do art. 9º da Constituição da República e, portanto, cabe a estes, em última instância, deliberar e aprovar a greve. Não seria razoável inviabilizar a deflagração de movimento grevista pelo simples fato de que o sindicato da categoria não atua na defesa dos interesses dos trabalhadores, quedando-se inerte. Os trabalhadores seriam duplamente punidos, primeiro por não terem o organismo de representação atuante na defesa de seus interesses enquanto grupo, e em segundo lugar, por

ser declarado abusivo o movimento iniciado pelo não preenchimento do requisito formal de presença do sindicato da categoria.

Ressalta-se que a exigência de os empregados buscarem primeiro as federações e, depois as confederações antes de deflagrar o movimento grevista também implica em impor ônus excessivo aos trabalhadores para a defesa de seus interesses. Os sindicatos são considerados entidades sindicais de base, pois tem como filiados os próprios trabalhadores e, por essa razão, mantém contato direto com seus representados.

Por outro lado, as entidades sindicais de grau superior, que compõem o sistema confederativo brasileiro, são formadas pela associação de entidades sindicais, não tendo necessariamente contato com os trabalhadores. A CLT preceitua que uma federação deve ser formada por, no mínimo, cinco sindicatos, enquanto a confederação deve ser formada por, pelo menos, três federações.

No caso de inércia ou oposição do sindicato da categoria, seria extremamente oneroso aos trabalhadores, antes de deflagrar o movimento paredista, buscarem a federação ou a confederação que representa a mesma categoria profissional. O próprio sindicato, mais próximo aos interessados pela greve e que seria o representante direto de seus interesses, manteve-se inerte quanto às reivindicações da categoria e a deflagração da greve.

Ao assegurar a possibilidade de deliberação pelos próprios trabalhadores com a formação de comissão de negociação, permite-se a maximização do direito constitucional de greve, pois as reivindicações dos trabalhadores podem ser apresentadas de forma mais concreta com a rotina dos trabalhadores de determinada empresa e, inclusive, viabilizar a solução negociada do conflito.

Se, por um lado, não é possível impor como procedimento prévio aos trabalhadores buscar as entidades sindicais de grau superior para a deflagração da greve diante da inércia de seu sindicato, por outro, não devem ser impostos empecilhos para que a federação e confederação, caso tomem conhecimento das reivindicações desses trabalhadores, passem a assumir a greve sem a presença do sindicato. Essas entidades sindicais mantêm, portanto, a prerrogativa da representação dos

trabalhadores na inexistência ou inércia do sindicato de convocar a assembleia geral para deliberação e aprovação da greve.

Ainda acerca das greves sem o sindicato da categoria, Mallet (2015, p. 86) destaca a greve iniciada de forma espontânea e autônoma pelos trabalhadores sem a existência de deliberação prévia, também conhecida como greve selvagem. Diante da necessidade de aprovação coletiva do movimento, o autor entende que esse movimento não é considerado como greve pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Melo (2011, p. 85), estabelece, por sua vez, que a greve pode ser deflagrada mesmo sem deliberação dos trabalhadores, quando percentual expressivo da categoria aderir e manter o movimento ou nas hipóteses de greve-protesto decorrente da existência de risco grave aos trabalhadores em razão das péssimas condições de trabalho existentes.

Ressalta-se que essa greve espontânea diverge daquela realizada pela eleição de comissão de negociação, pois nesta há deliberação dos trabalhadores por meio de assembleia convocada sem o sindicato profissional, mas que estabelece as reivindicações da categoria e constitui comissão para negociar diretamente com o empregador. Na greve espontânea, não existe deliberação prévia, mas apenas a paralisação dos serviços pelos trabalhadores sem a convocação de assembleia para decidir sobre o movimento.

A greve é um importante instrumento e a sua utilização indevida pode compreender um meio que perturbe a ordem social vigente. As greves selvagens sofreram maior repúdio em países de avançado sindicalismo e maior aceitação naqueles que o sindicalismo se encontra em fases iniciais de desenvolvimento. (LIRA, 2009, p. 77).

CONCLUSÃO

Para responder à pergunta que norteou o presente artigo, qual seja, se seria possível admitir a legalidade do movimento grevista sem a presença do sindicato, foi necessário realizar um estudo doutrinário acerca dos conceitos envolvendo o instituto da greve e da extensão dos requisitos necessários à deflagração do

movimento, em especial da participação dos sindicatos da categoria na convocação da assembleia geral dos trabalhadores.

Nesse sentido, o primeiro tópico versou sobre a importância da greve enquanto ferramenta de manifestação dos trabalhadores. A greve consiste em manifestação que é caracterizada pela mobilização dos trabalhadores diante da recusa injustificada dos empregadores em negociar melhores condições de trabalho.

Além disso, no segundo tópico, verificamos o requisito da convocação da assembleia geral dos trabalhadores para a deflagração da greve e da participação do sindicato da categoria profissional.

Por ser um direito pertencente ao trabalhador, verificamos, no tópico 3, a viabilidade de se admitir no ordenamento jurídico brasileiro a realização de greves sem a presença do sindicato da categoria. Diante da inexistência ou inércia da entidade sindical representativa, não podem os trabalhadores serem prejudicados pela ausência de convocação de assembleia que dê início ao movimento. Nesse sentido, deve ser admitida a criação de comissão de negociação voltado exclusivamente para convocar a assembleia e para representar os interesses dos grevistas durante a paralisação.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

GANDRA, Alana. Justiça do Trabalho declara ilegalidade da greve de garis no Rio. **EBC Agência Brasil**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-03/justica-do-trabalho-declara-ilegalidade-de-greve-de-garis-no-rio>. Acesso em: 18 mai. 2015.

GOMES, O.; **GOTTSCHALK, E.** Curso de direito do trabalho. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LIRA, Fernanda Barreto. **A greve e os novos movimentos sociais**. São Paulo: LTr, 2009.

MALLET, Estêvão. **Dogmática elementar do direito de greve**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MELLO, Daniel. Justiça considera abusiva greve dos motoristas de ônibus em São Paulo. **EBC Agência Brasil**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-05/greve-dos-motoristas-e-julgada-abusiva-em-sao-paulo>. Acesso em: 18 mai. 2015.

MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PLATONOW, Vladimir. TRT-RJ considera ilegal greve dos rodoviários do Rio e multa sindicato. **EBC Agência Brasil**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-06/trt-considera-ilegal-greve-dos-rodoviaros-do-rio-e-multa-sindicato-da>. Acesso em: 18 mai. 2015.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**. v. 7. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas. Capítulo XXXI: Direito de Greve. In: SÜSSEKIND, Arnaldo. *et. al.* **Instituições de direito do trabalho**. 16. ed. atual. São Paulo: LTr, 1996.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

Jorge Falcão Marques de Oliveira^[1]
Cláudio do Prado Amara^[2]

INTRODUÇÃO

A prisão funcionando como uma pena é uma característica recente do instituto. Durante séculos imperou na civilização humana a aplicação de um Direito Penal voltado para a imposição de dor, castigos físicos e até mesmo a morte. Desta forma, quando um indivíduo era capturado pela prática de um crime, o cárcere funcionava como um local no qual ele ficaria enquanto aguardava o início do julgamento. Como as noções de dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade entre delito e pena ainda não haviam se desenvolvido, as celas eram os últimos momentos em que as pessoas gozariam de suas vidas plenas, antes de serem submetidas às atrocidades impostas por juízes parciais.

A situação passou a se modificar durante a Idade Média, com o advento das clausuras, locais destinados à punição de padres que violassem os códigos de

conduta da Igreja Católica. Confinados em pequenos e escuros espaços, os indivíduos deveriam, por meio da oração e da meditação, expiarem seus pecados. Desta forma, a prisão passou a ser considerada uma pena por si própria.

Mais adiante na História, os ideais iluministas atingiram toda a sociedade, sobretudo no Direito Penal, inaugurando as concepções das funções das penas, devido processo legal e proporcionalidade entre castigo e o mal causado pelo agente. A aplicação espetacularizada das sentenças, marcadas por verdadeiros festejos que culminavam com a morte do condenado, é substituída pela aplicação mais reservada e burocrática das determinações legais.

Posteriormente, inúmeros teóricos passaram a escrever sobre o cárcere, imaginando um modelo que garantisse a punição pelo mal causado (função retributiva), mas que também ressocializasse o indivíduo, de modo a permitir que ele retornasse à sociedade apto para nela conviver.

Entretanto, a distância entre a teoria e a prática é profunda no que tange ao tema dos presídios. Frequentemente, as notícias narram um cenário de guerra entre facções criminosas no interior das cadeias, havendo reduzido controle estatal sobre o que ocorre no interior dos muros, bem como um total desinteresse por parte da sociedade em enxergar os detentos como seres humanos. Logo, chacinas, rebeliões, condições insalubres de vida e a explosão de doenças infectocontagiosas são as características mais vinculadas aos presídios brasileiros. Em tal cenário, diversos autores sustentam que as cadeias funcionam como agentes de dessocialização do indivíduo que nela ingressa, uma vez que ele é durante o cumprimento de sua pena, passando a cometer crimes ainda mais graves do que aquele pelo qual teve sua liberdade cerceada originalmente.

Tratando apenas os sintomas, ao invés da causa, o Estado brasileiro passou a buscar soluções legais para o problema, como se leis fossem capazes de mudar cenários marcados por desafios multidisciplinares.

Inicialmente, o Código de Processo Penal previa cinco modalidades de prisões cautelares, sendo elas: a) a prisão em flagrante; b) prisão temporária; c) prisão preventiva; d) prisão decorrente de sentença condenatória recorrível; e) prisão decorrente da pronúncia. Assim, bastava que o indivíduo se adequasse a qualquer

[1] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: jorge_oliveira2299@hotmail.com.

[2] Livre-docente em Direito Processual Penal pela USP. Professor do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: cpamaral@usp.br.

destas modalidades prisionais para responder todo, ou boa parte, do processo dentro do cárcere. Entretanto, procurando adequar a legislação processual com a Constituição Federal de 1988, foram editadas as leis nº 11.690 e nº 11.719, ambas de 2008, bem como a lei nº 12.403 de 2011, as quais mantiveram como prisões cautelares apenas a prisão preventiva e a prisão temporária, tornando a prisão em flagrante uma medida pré-cautelares, além de estruturar todo um rol de medidas cautelares diversas da prisão.

Contudo, tais leis acabaram por falhar na redução da população prisional. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), de junho de 2014, o número de presos dobrou no período de 2003 a 2014, passando de 308.000 encarcerados para aproximadamente 608.000 detentos. Agravando a situação, cerca de 40% destes indivíduos são presos provisórios, ou seja, ainda respondem ao processo, mas não obtiveram o direito de gozar da sua liberdade, ainda que condicionada.

A gravidade do problema elevou-se de tal maneira que, no ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal (doravante denominado de STF) reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional. O estado de coisas inconstitucional foi estruturado no direito colombiano, declarando que um ou mais setores da sociedade são marcados pela conjugação de ineficiência estatal e por um quadro de massivas e frequentes violações dos direitos fundamentais dos indivíduos. Quando tal cenário se instala, o Poder Judiciário estaria autorizado a encabeçar medidas propositivas, fixando metas para que os demais Poderes façam com que o referido setor retorne para um nível de constitucionalidade. Tal reconhecimento adveio no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, ajuizada pelo PSOL. O caso ainda está tramitando, mas, em sede liminar, o STF determinou que os Estados implementassem, no prazo de 90 (noventa) dias o instituto da audiência de custódia.

A audiência de custódia é um direito previsto nos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário, consistindo na apresentação, pessoal e no menor intervalo de tempo possível, de todo indivíduo preso a um juiz competente, para que este delibere acerca da concessão da liberdade provisória ou sobre a

imposição da prisão preventiva, além de fiscalizar eventual ocorrência de maus tratos ou tortura o capturado.

Tal instituto foi escolhido como uma possibilidade de reduzir o número de indivíduos encarcerados, uma vez que, segundo seus entusiastas, romperia com a conversão automática da prisão em flagrante em prisão preventiva. Logo, como o magistrado estaria na presença do preso, olhando-o nos olhos, seu julgamento passaria a considerar mais o indivíduo como a pessoa que realmente é, facilitando a imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

Entretanto, como o Poder Legislativo ainda não conseguiu implementar a audiência de custódia por meio de lei, coube ao Poder Judiciário, mais precisamente ao CNJ, editar uma normativa única e vigente em todo território nacional.

Assim, desde 2015, milhares de audiências de custódias já ocorreram no Brasil. Contudo, por se tratar de um instituto novo, inúmeras questões acabam sendo suscitadas na doutrina e na jurisprudência. No presente artigo, buscar-se-á analisar, ainda que brevemente, se o sistema punitivo previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) exige, ou não, a realização da audiência de custódia para os adolescentes que praticam atos infracionais.

2 FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIAIS E NORMATIVOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

2.1 ADPF 347/2015: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

O estado de coisas inconstitucional (doravante denominado de ECI) configura a última etapa de um processo que os tribunais constitucionais passaram, a partir da década de 1980, sobretudo nos países que passaram por um período de instabilidade política, marcado pela transição de um modelo autoritário para um modelo democrático ou pretensamente democrático^[3].

[3] VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. **ESTADO DE COISAS FORA DO LUGAR: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE A SENTENÇA T-025 E A ADPF 347/DF-MC**. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO,

Tal teoria jurídica foi originada no direito colombiano, sendo caracterizada pelo reconhecimento, por parte da corte constitucional de um determinado país, de que um ou mais setores da sociedade são caracterizados por uma recorrente série de violações aos direitos fundamentais dos indivíduos, além da existência de uma espécie de inércia estatal em procurar sanar o problema. Nestas hipóteses, caberá ao Poder Judiciário a propositura de medidas objetivando restaurar a legalidade na situação, bem como conferir dignidade a todos os afetados. Para garantir o sucesso na empreitada, ressalta-se que haverá monitoramento das ações tomadas^[4].

Muitos acabam por confundir o ECI com a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Nesta última, o objetivo do autor da ação é fazer com que o Poder Judiciário reconheça a demora do Poder Legislativo em promulgar uma lei necessária para uma determinada finalidade, sem apresentar, entretanto, efeitos concretos no cotidiano daqueles que dependem da referida norma. Por outro lado, o ECI exige uma ação concreta por parte do Poder Judiciário, o qual deverá impor aos demais Poderes uma atuação positiva capaz de resolver um determinado problema existente na sociedade e que acarrete a violação massiva de direitos fundamentais dos indivíduos^[5].

De acordo com a própria Corte Constitucional Colombiana, são requisitos do ECI: a) Violação massiva dos direitos fundamentais de um grande número de pessoas; b) Omissão estatal prolongada em garantir os direitos fundamentais aviltados; c) Inexistência de legislação ou medidas administrativas visando a resolução do problema; d) A complexidade social do problema exige a participação do Poder Público como um todo na busca de sua solução; e) O ajuizamento de ações

Margarida Maria Lacombe; LEGALLE, Siddharta. **Jurisdição Constitucional e Direito Constitucional Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 203-223.

[4] GOURSAND, Renata Avelino. **O Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e a dignidade da pessoa privada de liberdade**. 2016. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. P. 28.

[5] RODRIGUES, Francisco Lisboa. Direito Comparado e Transjusfundamentalidade - O Estado de Coisas Inconstitucional. **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**, Rio de Janeiro, v. 6, nº 1, p.429-448. P. 441.

individuais procurando guarida judicial do problema acabaria por gerar um maior acúmulo de processos, podendo piorar a situação fática^[6].

Apesar do forte apelo que o ECI goza por parte da doutrina, ele não escapa das críticas. De acordo com Francisco Rodrigues:

Os fundamentos das críticas são conhecidos e se aproximam, sensivelmente, da contrariedade ao ativismo judicial. Subjetivismo e arbítrio judicial (decido de acordo com minha consciência), ilegitimidade democrática (os juízes não são eleitos pelo voto popular) e irresponsabilidade institucional de juízes e cortes (não há controle institucionalizado das decisões do STF), violação à separação de poderes (os poderes são independentes. Embora harmônicos) e o eclipse da fronteira entre Direito e Política (judicialização da política e politização do direito)^[7].

Por outro lado, o constitucionalista Lênio Streck afirma que o ECI nada mais é do que uma nova forma de ativismo judicial “vitaminado” (sic), uma vez que os recentes conflitos entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo possibilitam um protagonismo político por parte do STF. Ademais, uma análise crítica do Brasil geraria a conclusão de que o país como todo é inconstitucional, tendo em vista que não se vive em uma “sociedade justa e solidária”, em desacordo com o art. 3º, da CF/1988, além de que o salário mínimo confere a quantia mínima que um cidadão precisa para não estar na miséria. Logo, com tantas inconstitucionalidades existentes no Brasil, a quem caberia decidir quais são prioritárias^[8]?

Apesar das críticas, o instituto tornou-se relevante no ordenamento jurídico brasileiro em razão do ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (doravante denominada de ADPF) 347, no ano de 2015, pelo PSOL, na qual se objetivava o reconhecimento de um ECI no sistema prisional brasileiro. Em síntese, requereu-se: a) Aplicação imediata do instituto da audiência de custódia; b)

[6] COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025-2004**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Acesso em: 03 de março de 2017.

[7] RODRIGUES, Francisco Lisboa. Direito Comparado e Transjusfundamentalidade - O Estado de Coisas Inconstitucional. **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**, Rio de Janeiro, v. 6, nº 1, p.429-448. P. 441.P. 443.

[8] STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo**. Pp. 1-2.

Motivação idônea para o indeferimento da concessão de medidas cautelares não prisionais; c) Realização de mais mutirões carcerários; d) Descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional; e) Criação de um plano de metas objetivas visando reduzir a superlotação dos presídios, bem como melhorar as instalações penitenciárias e vida no cárcere^[9].

O julgamento das tutelas de urgência do caso ocorreu entre os meses de agosto e setembro de 2015. Ainda que o STF tenha declarado o ECI do sistema prisional brasileiro, de todos os pedidos acima referidos, apenas dois foram concedidos liminarmente, quais sejam: a) Descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional; b) A determinação de que a audiência de custódia seja implementada no prazo máximo de noventa dias^[10].

Como se observa, em que pese a notoriedade do caos existente no sistema prisional brasileiro, a audiência de custódia foi o mecanismo escolhido pelo STF, ao menos no atual estágio do julgamento do ECI, para melhorar as condições existentes nos cárceres.

2.2 RESOLUÇÃO 213/2015 DO CNJ

Ainda no ano de 2015, após o STF declarar a constitucionalidade dos instrumentos administrativos editados pelo Tribunais brasileiros e que implementavam a audiência de custódia, o CNJ editou a resolução 213, com o objetivo também regulamentar o instituto, como forma de uniformizar os procedimentos.

[9] GOURSAND, Renata Avelino. **O Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e a dignidade da pessoa privada de liberdade**. 2016. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Pp. 30-31.

[10] VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. **ESTADO DE COISAS FORA DO LUGAR: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE A SENTENCIA T-025 E A ADPF 347/DF-MC**. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALLE, Siddharta. **Jurisdição Constitucional e Direito Constitucional Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 203-223.

A uniformização mostrou-se necessária em razão da variedade com que a audiência de custódia foi regulamentada no Brasil. A tabela a seguir, elaborada por Fernanda Teixeira de Medeiros ilustra bem o alegado^[11]:

UF	Prazo para a apresentação do preso	Prevê gravação da audiência	Destino da mídia da Audiência	Limita perguntas	Impede utilização das gravações
RS	Até 48h	Sim	Instruir APF	Não	Não
SC	24h	Sim	Disponível no site do TJSC	Sim	Não
PR	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
SP	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
RJ	Sem demora	Sim	Lacrado	Sim	Sim
MG	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
ES	M a i o r brevidade	Sim	Instruir APF	Sim	Não
MS	24h	Não	-	Sim	Não
MT	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
GO	Sem demora	Não	-	Não	Não
DF	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
BA	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
SE	Não prevê prazo	Sim	Instruir APF	Sim	Não
AL	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
PE	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
PB	24h	Sim	Instruir APF	Não	Não
RN	24h	Não	-	Sim	Não
CE	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Sim
PI	24h	Não	-	Sim	Não
MA	48h	Sim	Instruir APF	Não	Não

[11] MEDEIROS, Fernanda Teixeira de. **Audiência de Custódia: Limites à oitiva do preso**. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso-por-fernanda-teixeira-de-medeiros/>. Acesso em: 01 dez. 2016. p. 16.

TO	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
PA	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Sim
AP	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
RR	24h+24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
AM	24h	Sim	-	Sim	Não
RO	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não
AC	24h	Sim	Instruir APF	Sim	Não

Em que pese as resoluções administrativas dos tribunais de justiça foram importantes para implementar a audiência de custódia no Brasil na ausência de lei federal específica sobre o tema, é forçosa a conclusão que tal variedade procedimental não poderia existir, pois ela traz complexidade para que o STJ e o STF possam analisar eventuais ilegalidades ocorridas, pois cada unidade federativa apresenta regramento próprio.

Em razão deste fato, o CNJ, durante sua 223ª Sessão Ordinária, aprovou a Resolução 213 de 2015, com o objetivo de uniformizar as rotinas procedimentais da apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial competente^[12].

O art. 15, *caput*, da Resolução 213/2015 estabelece que os tribunais terão o prazo de 90 (noventa) dias para implementar o procedimento direcionado à realização da audiência de custódia conforme regulado pelo CNJ, contados a partir do dia 1º de fevereiro de 2016. Assim, encerrado tal período, eventuais conflitos entre os regramentos estaduais e o determinado pelo CNJ serão resolvidos no plano da eficácia, sendo suspensas as disposições que contrariarem o estabelecido pelo CNJ^[13]. Entretanto, como curiosidade, o STF, no julgamento da ADPF 347, já havia determinado a implementação do instituto no prazo de 90 (noventa) dias, só que contados de 09 de setembro de 2015. Como se observa, a decisão da Corte

[12] MASI, Carlos Velho. **Audiência de Custódia e a Cultura do Encarceramento no Brasil**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016. P. 138.

[13] MEDEIROS, Fernanda Teixeira de. **Audiência de Custódia: Limites à oitiva do preso**. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso-por-fernanda-teixeira-de-medeiros/>. Acesso em: 01 dez. 2016. P. 19.

Constitucional não vinculou o CNJ, posto que a Resolução 213/2015 acabou por prever prazo diverso^[14].

Por fim, resta destacar que os aspectos procedimentais da referida resolução somente serão analisados no capítulo 5, o qual trata especificamente sobre este tema.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O PROCEDIMENTO PARA OS MENORES EM CONFLITO COM A LEI

A audiência de custódia é instituto que se vincula ao tema das prisões, independentemente da natureza destas. Entretanto, existe um grupo de indivíduos que cometem fatos típicos e antijurídicos, apesar de seus atos em desconformidade com a lei sejam denominados de “atos infracionais equiparados a crimes”, os quais ainda podem ser internados, oportunidade em que terão seu direito de ir e vir cerceado, em instituições próprias. Tal grupo é formado menores infratores, ou seja, adolescentes maiores que doze anos e menores que dezoito anos de idade. Assim, resta a pergunta: A audiência de custódia é aplicável ao procedimento penal regido pelo ECA?

Convém destacar que o ECA foi editado posteriormente à CF/1988, no ano de 1990, tendo sido elaborado à luz das disposições das Regras de Pequim^[15], as quais preveem as “regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores”. Portanto, diferentemente do CPP, o qual remonta a um período longínquo da sociedade brasileira, em que pese as dezenas reformas que seu texto sofreu, o ECA já foi estruturado pensando na aplicação de regras que protegessem e assegurassem o respeito aos direitos humanos de crianças e adolescentes. Tanto que as disposições penais e processuais penais se aplicam de forma subsidiária aos menores, tanto que toda uma terminologia própria é criada, sendo que o termo “ato infracional” substitui o “crime”, “apreensão” seria o equivalente à “prisão”, dando a entender que não se espera punir o infrator, mas

[14] ANDRADE, Mauro Fonseca et al (Org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P. 178.

[15] Editadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1985.

sim entender a origem do seu comportamento desviante de modo a corrigi-lo, dando uma nova oportunidade de vida ao menor^[16].

Quando um menor é apreendido em flagrante pela prática de um ato infracional de reduzida gravidade, ele poderá ser liberado, pela própria autoridade policial, aos pais ou outro responsável legal. Entretanto, em se tratando de uma infração penal grave, caberá sua apresentação ao membro do Ministério ainda no mesmo dia. Na sede o *parquet*, haverá a oitiva informal, oportunidade em que o Promotor de Justiça poderá beneficiar o menor com o instituto da remissão, sendo esta sua competência exclusiva, a qual apresenta natureza jurídica de causa de exclusão do processo^[17].

Caso o membro do Ministério Público entenda pela necessidade de ajuizar uma ação contra o menor, tal fato, por si só, não enseja à apreensão provisória, sendo necessária decisão judicial neste sentido. Se ocorrer a internação provisória, todo o processo deverá terminar no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sob pena de o menor ser liberado imediatamente. Convém destacar, ainda, que nos casos em que houver representação do Promotor de Justiça, o menor passará por uma audiência de apresentação e, posteriormente, por uma audiência de instrução, na qual as provas serão produzidas^[18].

Desta forma, verifica-se que o menor, ao ser apreendido em flagrante, poderá ser imediatamente liberado aos pais, caso tenha cometido um ilícito penal de reduzida gravidade. Por outro lado, caso o ato infracional seja grave, o menor será conduzido à presença de um membro do Ministério Público, oportunidade em que poderá ser beneficiado pelo instituto da remissão pré-processual. Entretanto, caso o Promotor de Justiça entenda como necessária a representação, o menor não seria internado provisoriamente como regra e, além disso, na audiência de apresentação ao magistrado ainda poderá ser beneficiado com o instituto da

[16] DIGIÁCOMO, Murillo José. Breves ponderações sobre a proposta de extensão da “audiência de custódia” para adolescentes acusados da prática de ato infracional. Revista jurídica do Ministério Público do estado do Paraná, Curitiba, v. 3, nº 4, p. 133-147., 2016. P. 134.

[17] Ibidem. P. 134.

[18] ALEXANDRE, Márcio da Silva. Ilegalidade da Audiência de Custódia para Adolescentes. **Correio Brasileiro em Direito e Justiça**. Brasília, mar. 2016.

remissão processual. Como se observa, a sistemática da persecução penal aos menores segue uma lógica protetiva, sendo diferente daquela empregada no CPP.

Para o Juiz Márcio da Silva Alexandre, a realização da audiência de custódia para adolescentes seria ilegal. Inicialmente, o autor entende que o instituto foi implementado no ordenamento jurídico brasileiro por três fatores, quais sejam, evitar a prática de tortura e maus tratos aos presos no momento da captura, a longa duração dos processos de réus presos e a superlotação do sistema carcerário, sendo que nenhum deles se verifica no caso específico da apuração de ato infracional. Ademais, destaca-se que a Resolução 213/2015 é voltada apenas para o preso em flagrante, sendo difícil implementá-la para os indivíduos em prisão preventiva ou prisão temporária, não sendo possível compatibilizar suas disposições com as previstas no ECA. Por fim, entende-se que é mais vantajoso ao menor ter a possibilidade de ser liberado imediatamente aos seus responsáveis legais, após ser conduzido perante a autoridade policial, do que ter de aguardar a realização da audiência de custódia^[19].

O Procurador de Justiça Murillo José Digiácomo entende que o instituto da audiência de custódia precisa ser interpretado à luz do ECA, ao invés de a Resolução 213/2015 poder interferir nas disposições da lei 8069 de 1990, em razão do caráter extrapenal do procedimento de apuração do ato infracional. Para o autor, o ECA estabelece uma lógica própria que impede que o menor seja internado provisoriamente, a não ser em casos excepcionais, não havendo necessidade de sua condução a um Juiz de Direito logo após sua apreensão. Isto ocorre porque, em casos de menor gravidade, ele poderá ser liberado para os pais ou responsáveis legais. Ademais, ainda que se trate de uma infração penal grave, o apreendido será conduzido ao Ministério Público, oportunidade em que poderá se beneficiar da remissão pré-processual, a qual exclui qualquer possibilidade de um processo futuro. Assim, somente será possível se pensar em uma internação provisória se a remissão pré-processual não for concedida e o representante do *parquet* opte pela representação e requeira tal medida, sendo necessária decisão judicial

[19] ALEXANDRE, Márcio da Silva. Ilegalidade da Audiência de Custódia para Adolescentes. **Correio Brasileiro em Direito e Justiça**. Brasília, mar. 2016.

neste sentido. Assim, ao contrário do que ocorre no CPP, a internação provisória é excepcional na teoria e na prática, sendo que o próprio ECA criou um procedimento que confere meios para que menor nem processado seja por um ato infracional praticado, privilegiando o princípio da intervenção mínima do Poder Judiciário. O autor destaca, também, que somente seria possível se referir a uma audiência de custódia para adolescentes nos casos em que o Ministério Público requerer a internação provisória, sendo que tal possibilidade deveria ser objeto de uma resolução específica do CNJ, diferente da nº 213/2015. Caso contrário, a imediata apresentação do menor apreendido a um Juiz de Direito, em todos os casos de flagrante, poderia alterar a regra geral atual, que é a da imediata liberação para os pais ou representantes legais^[20].

Concordando com a compatibilidade entre a audiência de custódia e o procedimento de apuração de ato infracional, o doutrinador Raphael Melo entende que a Resolução 213/2015 do CNJ adota as expressões “prisão ou apreensão”, esta última de uso exclusivo para adolescentes em conflito com a lei. Logo, para harmonizar a CADH com o ECA, o autor conclui que os artigos que determinam a condução do menor perante o Ministério Público foram revogados, devendo ser, sempre que cerceado seu direito de ir e vir, conduzido à presença de um magistrado, para que seja realizada a audiência de custódia^[21].

Já Caio Paiva reconhece a omissão da Resolução 213/2015 do CNJ acerca do tema, ao não determinar, de forma expressa, a realização da audiência de custódia para os casos em que os menores são apreendidos pela prática de atos infracionais. Entretanto, para o autor, tal falta de regulamentação não pode impedir a expansão do instituto, visto que ele decorre diretamente da CADH. Também se defende a realização de um controle de convencionalidade sobre as disposições do ECA, como forma de garantir maior efetividade dos direitos humanos. Desta forma, seu art. 171 passaria a contemplar a apresentação do adolescente perante um Juiz de

[20] DIGIÁCOMO, Murillo José. Breves ponderações sobre a proposta de extensão da “audiência de custódia” para adolescentes acusados da prática de ato infracional. Revista jurídica do Ministério Público do estado do Paraná, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 133-147., 2016.

[21] MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal**: Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D´plácido Editora, 2016. P. 207.

Direito sempre que ele for apreendido e não somente nos casos em que houve prévia determinação judicial. Por meio do referido controle de convencionalidade, o art. 175 do ECA, o qual regula a oitiva informal perante um membro do Ministério Público seria revogado^[22].

Ainda sobre este assunto, convém destacar que existe o Projeto de Lei n. 5876, de autoria da Deputada Federal Luiza Erundina, cujo objetivo é a implementação da audiência de custódia para os casos regidos pelo ECA. Assim, o art. 175 do ECA teria sua redação modificada, determinando que a audiência de custódia seria obrigatória nos casos em que não for possível liberar o menor apreendido imediatamente ou no prazo máximo de vinte e quatro horas. Ademais, durante o procedimento, conforme passaria a dispor o art. 176 do ECA, estariam presentes um Promotor de Justiça, a defesa do infrator e um Juiz de Direito, sendo esta a oportunidade em que o *parquet* deverá propor a remissão extrajudicial, a qual deverá ser homologada pelo magistrado do caso. Por fim, restaria positivado que a finalidade da apresentação é evitar a ocorrência de maus tratos ao adolescente, bem como avaliar a legalidade e a necessidade da internação^[23]. Contudo, o projeto está parado, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados desde o ano de 2015.

CONCLUSÕES

A apresentação pessoal do indivíduo preso a um magistrado competente para apreciar a legalidade da constrição da liberdade, bem como tomar as medidas cabíveis é um instituto presente em inúmeros tratados internacionais que versam sobre tema dos direitos humanos.

[22] PAIVA, Caio. **Adolescentes apreendidos devem ser submetidos à audiência de custódia**. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-04/tribuna-defensoria-adolescentes-apreendidos-submetidos-audiencia-custodia>. Acesso em: 10 mar. 2017.

[23] PAIVA, Caio. **Adolescentes apreendidos devem ser submetidos à audiência de custódia**. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-04/tribuna-defensoria-adolescentes-apreendidos-submetidos-audiencia-custodia>. Acesso em: 10 mar. 2017.

O Brasil, em que pese ter ratificado a CADH no ano de 1992, ainda não efetivou, por meio de lei em sentido estrito, a audiência de custódia na CF/1988, no CPP ou em uma legislação própria para o tema.

Ao longo dos anos, inúmeros projetos de lei foram propostos na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal. Apesar dos interessantes debates originados, nenhum deles teve força o suficiente para ser aprovado de acordo com o procedimento constitucionalmente estabelecido.

No ano de 2015, o STF também declarou o estado de coisas inconstitucional vivenciado pelo sistema penitenciário brasileiro. Entretanto, em sede liminar, pouco fez para modificar o cenário, posto que, dentre as inúmeras medidas cautelares pleiteadas pelo PSOL (autor da ação), somente duas foram deferidas, quais sejam: a) Descontingenciamento dos valores presentes no Fundo Penitenciário Nacional; b) Implementação das audiências de custódia no prazo de 90 (noventa) dias.

Vale ressaltar, também, que o CNJ, em razão da variedade de normativas existentes acerca do tema, editou a resolução 213/2015, procurando uniformizar as regras para a realização da audiência de custódia em âmbito nacional. Assim, diante da normativa elaborada pelo CNJ, a qual substituiu as resoluções editadas por cada Tribunal de Justiça, as audiências de custódia passaram a ser realizadas.

No que tange ao procedimento para a apuração de ato infracional regulado pelo ECA, a resolução 213/2015 do CNJ nada inovou quanto as regras já estabelecidas em lei. Portanto, a doutrina passou a discutir quanto a possibilidade de realização de audiência de custódia para adolescentes apreendidos em flagrante pela prática de ato infracional ou por decorrência de decisão judicial.

Considerando que o adolescente infrator, terá seu *status libertatis* analisado pelo Delegado de Polícia, pelo representante do Ministério Público e, por fim, por um Juiz de Direito, sendo possível, a todas as autoridades, libertar o menor de idade, uma vez verificadas as condições previstas no ECA, não se pode concordar com a realização da audiência de custódia ao procedimento de apuração de ato infracional. O ECA foi editado à luz da Constituição Federal de 1988, bem como os tratados internacionais pertinentes ao tema, resguardando a liberdade do menor em todas as etapas pré-processuais e processuais, evitando, em regra,

sua apreensão sem que exista uma sentença determinando a internação. Logo, a lógica da audiência de custódia não se aplica aos adolescentes infratores, razão pela qual o ECA deve continuar a ser aplicado a tais casos, sem interferência resolução 213/2015 do CNJ.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Márcio da Silva. Ilegalidade da Audiência de Custódia para Adolescentes. **Correio Brasileiro em Direito e Justiça**. Brasília, mar. 2016.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *et. al.* (org.). **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 178.
- COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025-2004**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Acesso em: 3 mar. 2017.
- DIGIÁCOMO, Murillo José. Breves ponderações sobre a proposta de extensão da “audiência de custódia” para adolescentes acusados da prática de ato infracional. **Revista jurídica do Ministério Público do estado do Paraná**, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 133-147, 2016, p. 134.
- GOURSAND, Renata Avelino. **O Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e a dignidade da pessoa privada de liberdade**. 2016. 65 f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 28.
- MASI, Carlos Velho. **Audiência de Custódia e a Cultura do Encarceramento no Brasil**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016, p. 138.
- MEDEIROS, Fernanda Teixeira de. **Audiência de Custódia: Limites à oitiva do preso**. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso-por-fernanda-teixeira-de-medeiros/>. Acesso em: 1 dez. 2016. p. 16.

MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal:** Conforme Resolução 213 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011. Belo Horizonte: D'plácido Editora, 2016. p. 207.

PAIVA, Caio. **Adolescentes apreendidos devem ser submetidos à audiência de custódia**, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-04/tribuna-defensoria-adolescentes-apreendidos-submetidos-audiencia-custodia>. Acesso em: 10 mar. 2017.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. **Direito Comparado e Transjusfundamentalidade** - O Estado de Coisas Inconstitucional. Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p.429-448, p. 441.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo**, [S./] p. 1-2.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a sentença T-025 E A ADPF 347/DF-MC. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALLE, Siddharta. **Jurisdição Constitucional e Direito Constitucional Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 203-223.

OBJETIVOS E INSTRUMENTOS DO ANTITRUSTE BRASILEIRO E O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Juliana Oliveira Domingues^[1]
Fernando Amorim^[2]

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo^[3] é apresentar o modelo de defesa da concorrência adotado no Brasil e seus instrumentos à luz do objetivo constitucional de garantir desenvolvimento nacional.

[1] Doutora em Direito pela PUC-SP. Professora do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: julianadomingues@usp.br.

[2] Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: fernandoamorimsm@gmail.com.

[3] Para uma versão completa sobre os debates, conferir a Dissertação de Mestrado intitulada “Fixação de preços de revenda no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: análise do direito sancionador antitruste à luz do princípio da segurança jurídica” (2017), de autoria do então mestrando Fernando Amorim sob orientação da Professora Doutora Juliana Oliveira Domingues, no âmbito do Programa de Mestrado em Direito da FDRP/USP, com fomento da CAPES.

A breve análise institucional parte do quadro normativo e bens jurídicos protegidos. Inicia-se o exame do tema a partir da base constitucional elencando seus princípios e suas correlações. Ato contínuo, este estudo traz a base do ferramental institucional partir de dois elementos centrais do antitruste: a estrutura organizacional e os objetivos da defesa da concorrência no Brasil.

Por fim, passamos a uma breve discussão sobre os instrumentos em espécie para a consecução dos objetivos debatidos no ponto anterior, apresentando algumas considerações finais

1 BASE CONSTITUCIONAL DO MICROSSISTEMA ANTITRUSTE BRASILEIRO

Cumprir observar os preceitos sociais e liberais evocados pela Constituição Federal de 1988 ao delimitar os limites da ordem econômica. Isso é evidenciado, de forma clara, na enunciação dos princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência.

A ordem econômica passou a ter a configuração de uma verdadeira norma-quadro^[4]. Isto é, por meio da Constituição Federal foram inseridos os princípios da livre iniciativa, livre concorrência, da valorização do trabalho humano, entre outros valores (DOMINGUES; SILVA, 2019, p. 280).

Não obstante, a intervenção regulatória é um dos elementos da atuação estatal preconizados pela Constituição Federal. Entretanto, o artigo 174 da Constituição Federal traz escopo limitador:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Entre a intervenção em sentido *lato*, representada pela atividade normativa do Estado, também é encontrada sua tarefa regulatória. Essa intervenção, por sua

[4] Para Eros Grau (2005) a ordem econômica, tal qual apresentada no Art. 170 da Constituição Federal, poderia ser entendida como a “designação da realidade do mundo do ser” (GRAU, 2005, p. 87) e institucionalizaria a própria ordem econômica.

vez, deve ser promovida por meio de fiscalização, incentivo e planejamento, mas como pontua Calixto Salomão Filho, o artigo 174 “elimina apenas a possibilidade de dirigismo econômico” (2013, p. 411). Essas tarefas e funções seriam balizadas pelos princípios (incisivos) e supraprincípios (caput) enunciados no artigo 170 da Constituição:

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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Sublinhem-se, para o escopo do presente trabalho, os princípios da propriedade privada (II), função social da propriedade (III), livre concorrência (IV) e defesa do consumidor (V)^[5]. Força-se, assim, uma harmonia não tão facilmente assimilada pelos cidadãos e intérpretes da Lei. A livre iniciativa, por sua vez, é posta como princípio *estruturante* da ordem econômica. Mais do que isso, a livre iniciativa é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito constituído pelo artigo primeiro da Constituição^[6].

[5] Veja-se DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 55 e seg.

[6] “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os

Os princípios ressaltados nos incisos elencados seriam balizas abstratas para aplicar a modalidade de intervenção proposta^[7], cujo objetivo deve ser, em última análise, a defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Vê-se, assim, uma redundância proposital para repisar a função da livre iniciativa como princípio estruturante da Ordem Econômica, necessariamente vinculada aos fundamentos do Estado Democrático de Direito – entre eles, a própria livre iniciativa^[8].

É evidente de que não se busca, como nem se poderia, a aplicação de um princípio ou postulado em detrimento de outro, cabendo um juízo não de seu conteúdo, mas do critério do distintivo empregado, o fundamento teórico utilizado e/ou do objetivo subjacente, isto é, a finalidade de que se pretende empregar^[9].

Com efeito, a defesa da ordem econômica pressupõe instrumentos estruturais, como se pode verificar no artigo 173, §4º da Constituição:

valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

[7] Reconhece-se a crítica de Calixto Salomão Filho de que desses princípios não se poderia deduzir, com clareza e exatidão, a dimensão da intervenção possível (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 411).

[8] Na relação entre os princípios elencados pelos incisos do artigo 170, Juliana Oliveira Domingues e Eduardo M. Gaban ressaltam que o princípio da livre concorrência “não constitui um desdobramento do livre iniciativa, mas, sim, seu complemento, sua limitação, a tensão valorativa que o calibra no contexto do sistema do discurso jurídico-positivo, visto que, no escopo do diploma antitruste, incorpora e sintetiza o quanto de social deve estar contido no exercício da liberdade expressa pelo ditame da livre-iniciativa” (DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 57). No mesmo sentido, Ana Maria de Oliveira Nusdeo: “[o] princípio de livre iniciativa é fundamento da República e da ordem econômica no texto constitucional brasileiro. Relaciona-se ao princípio da livre concorrência, mas não é a ele equivalente. O princípio da livre iniciativa tem a ver com a manutenção das possibilidades reais de acesso e exercício de atividade econômica pelos indivíduos, como garantias de sua liberdade econômica. O princípio da livre concorrência refere-se às possibilidades desses agentes de disputarem as preferências do consumidor no mercado e às medidas de salvaguarda a um tipo de mercado que assim o permita” (2002, p. 234).

[9] Sobre os princípios como categoria jurídica, entendida como instrumento analítico abstrato (ÁVILA, 1999). Nas palavras do autor, “Por isso mesmo é mais difícil haver uma só definição de princípio, já que a sua identificação relativamente às regras depende muito intensamente do critério distintivo empregado (se quanto à formulação, ao conteúdo, à estrutura lógica, à posição no ordenamento jurídico, à função na interpretação e aplicação do Direito etc.), do fundamento teórico utilizado (se positivista, jusnaturalista, normativista, realista etc.) e da finalidade para a qual é feita (se descritiva, aplicativa etc.)” (ÁVILA, 1999, p.154).

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

O parágrafo destacado supra é o fundamento da repressão aos atos contrários à ordem econômica. Prudentemente, a Lei reconhece que a mera garantia da livre iniciativa não é suficiente para garantir os objetivos da atuação estatal. Dito em outras palavras, “o Estado reconhece a importância do mercado, admite que ele tem falhas e, consciente, atua como seu guardião e da competição entre os agentes nele atuantes” (TAVARES, 2006, p. 194). Trata-se da construção constitucional que dá fundamento para a estruturar e aplicar a Lei 12.529/2011 – como fora realizado com sua antecessora, Lei 8.884/1994, além dos dispositivos que versam sobre a concorrência desleal (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 412), de cunho privado e cujo escopo fugiria do escopo do tema.

Sinteticamente, parte-se de que parte da doutrina de Calixto Salomão Filho, em que pese a densidade jurídica, pode ser sintetizada em uma simples frase: a concorrência é uma garantia institucional pois se coloca diante de interesses difusos (ou, para se valer do termo do autor, de “interesses institucionais” (2013, p.76-104). Sua peculiaridade seria de que, *in verbis*, “todas elas são, a um tempo, destinadas à proteção do interesse de cada indivíduo e de sua coletividade, seja ela numericamente determinável ou não” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 94 e 2008, p.158-159).

2 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL, FUNÇÕES E OBJETIVOS DO ANTITRUSTE NO BRASIL

A estrutura organizacional vigente pela Lei 12.529/2011 foi resultado menos de um processo de amadurecimento institucional do que da *necessidade* de um

órgão capaz de enfrentar a complexa realidade da defesa da concorrência. Os três “guichês”, Secretaria de Direito Econômico (SDE^[10]), Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae^[11]), e Cade, tiveram suas competências concentradas para a nova autoridade antitruste.

A cooperação entre os órgãos instrutório e decisório foi otimizada com a centralização em uma sede própria da autarquia. A funções promovidas no controle de concentrações, com a Superintendência do Cade decidindo operações com menores riscos ao ambiente concorrencial, foram determinantes para que o Tribunal tenha tido uma forte atuação a partir da vigência da Lei Antitruste. Com o advento da nova estrutura, assim ficou o organograma do Cade:

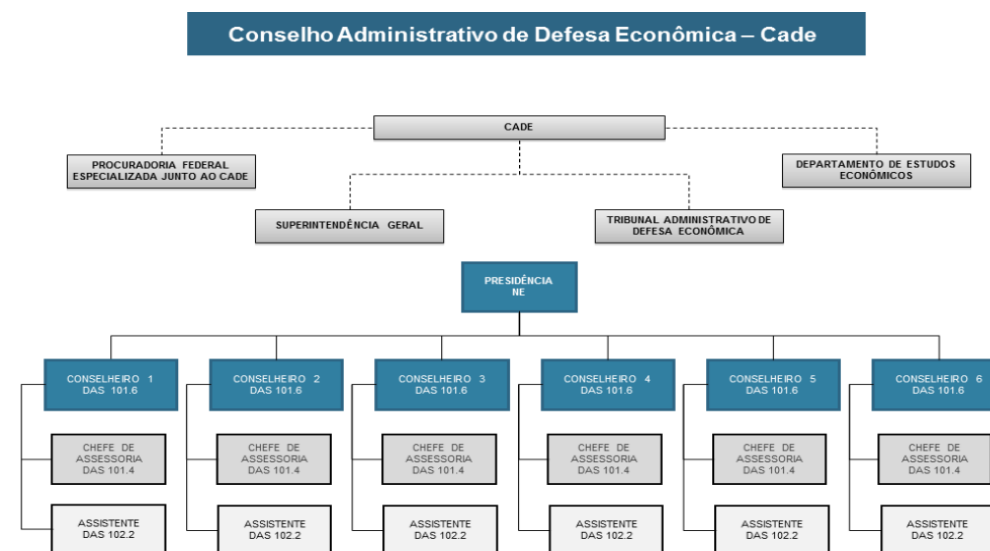


Figura 1 – Organograma do Cade a partir da Lei 12.529/2011

Fonte: ASSCOM/Cade: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/organograma>

No tocante ao funcionamento e suas funções, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), especialmente o Cade, parte de três frentes: preventiva, repressiva e educativa. Tais funções, por sua própria essência, não podem ser

[10] Extinta pela nova estrutura organizacional, era um órgão subordinado ao Ministério da Justiça e que era responsável pela instrução dos processos administrativos sob a égide da Lei n.8.884/1994.

[11] Posteriormente extinta e que deu origem à Seprac (Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência) e a Sefel (Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria).

confundidas com seus objetivos subjacentes (GONÇALVES, 2016, p. 121-132). Em seu primeiro artigo, no parágrafo único, a Lei Antitruste reconhece a coletividade como a titular dos bens jurídicos protegidos pela defesa da concorrência:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Este artigo primeiro da lei antitruste retrata, essencialmente, objetivos instrumentais adstritos a preceitos constitucionais, textualmente, a “liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”. Reconhece-se, porém, que tais preceitos não têm um conteúdo que se encerra em si: são braços principiológicos para a execução dos objetivos fundamentais da República constantes da Constituição Federal de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dito isso, a base da discussão sobre os objetivos do antitruste, bem com o ferramental institucional decorrente, não pode ser desvinculada das metas fundamentais previstas pelo texto constitucional. Nesse contexto, o objetivo de garantir o desenvolvimento nacional tem cunho axiológico e deve pautar os objetivos e instrumentos do antitruste.^[12]

[12] No mesmo sentido, Ana Frazão aponta que “[u]ma leitura apressada da Constituição poderia sugerir que esta procura conciliar princípios conflitantes, como a livre-iniciativa e a propriedade privada,

3 FERRAMENTAL INSTITUCIONAL EM ESPÉCIE E O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Sucintamente, o ferramental institucional do antitruste pode ser definido como os instrumentos para atingir os objetivos da defesa da concorrência. E como enunciado no ponto anterior, tais elementos estão vinculados ao objetivo fundamental de garantir o desenvolvimento nacional. Além disso, essas atividades também são permeadas pelo princípio da eficiência na Administração Pública, portanto, o desenho e execução dessas ferramentas em espécie devem obedecer a eficiência para atingir os objetivos constitucionais.^[13]

E ao falar em instrumentos em espécie, reconhece-se a crença de um ferramental capaz de gerar segurança jurídica qual tal fosse um fim a ser atingido. Em outras palavras, fala-se na maximização de uma segurança jurídica que pode ser fomentada a partir de instrumentos internos para azeitar um diálogo institucional entre o setor público e privado, para garantir um ambiente propício para o desenvolvimento nacional.

Essa tarefa de desenhar um ambiente de maior segurança jurídica pode ser realizada, por exemplo, a partir de medidas educativas – como estudos e documentos de trabalho apresentados à sociedade civil. Nesse sentido, defende-se a existência de uma intersecção entre a função preventiva e educativa, excepcionando a função repressiva como fim. A atividade de repressão, porém, é um objetivo mediato, cujo escopo talvez seja mais amplo que uma ação voltada meramente para o Fundo de Direitos Difusos. A reparação civil de danos por atos anticompetitivos, por exemplo, fugiria da competência do Cade.

Assim, entende-se que a função educativa não se resumiria às atividades praticadas pelos integrantes pelo SBDC (função educativa estrita, a dita “advocacia da

de um lado, e a função social da propriedade e a justiça social, de outro. No entanto, o Estado Democrático de Direito traz em si uma unidade de sentido que permeia toda a Constituição e orienta a compreensão dos demais princípios: a dignidade da pessoa humana, o que se reforça pelos princípios fundamentais constantes dos arts. 1º e 3º.” (FRAZÃO, 2017).

[13] Aqui, fala-se em políticas públicas como os instrumentos para a implementação dos nortes constitucionais (FORGIONI, 2015, p. 188-192).

concorrência”^[14]. A função educativa ampla poderia ser compreendida nas duas outras vertentes: repressão de atos anticompetitivos e análise prévia de atos de concentração. Isso pode ser verificado na publicidade dada aos votos e pareceres, ainda que não vinculantes, que possam orientar os agentes sob escrutínio antitruste, ainda que em potencial. Fala-se, aqui, nas mensagens institucionais transmitidas ao impor multas e restrições a operações nos respectivos mercados relevantes, mas também no arquivamento de processos administrativos sobre condutas e a aprovação sem restrições a atos submetidos à SG ou ao Tribunal.

Em síntese, a estabilidade institucional da atividade do Cade também pressupõe os raciocínios lógicos na subsunção do fato às normas antitruste. É por isso que se diz que “uma função central do sistema jurídico é generalizar e estabilizar expectativas normativas” (FALCÃO, SCHUARTZ e ARGUELHES, 2006, p.90)^[15], balizando a incerteza sobre os eventos futuros. Isto é, na impossibilidade de uma certeza absoluta sobre essas contingências, cabe ao ordenamento jurídico garantir uma certeza relativa sobre a legitimidade jurídica dessas perspectivas (ÁVILA, 2014, p. 91).

Dito isso, passa-se aos instrumentos em espécie que buscam garantir maior eficiência às atividades da administração pública no tocante ao ambiente institucional da defesa da concorrência no Brasil.

3.1 GUIAS DE ANÁLISE

[14] De acordo da autoridade antitruste brasileira, a função educativa visa “disseminar a cultura da concorrência, instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Defesa da Concorrência e cartilhas”. (BRASIL, 2016, p.20). A função preventiva, por sua vez, abarcaria o “controle de fusões, aquisições, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas, que possam colocar em risco a livre concorrência”, ao passo que a função repressiva poderia ser compreendida como o “combate a cartéis e outras condutas nocivas ao ambiente concorrencial” (idem).

[15] Nesse contexto, Humberto Ávila afirma que a “segurança jurídica, nessa acepção, é, acima de tudo, controle racional de arbitrariedade argumentativa” (2014, p.183.)

Nesse sentido, os últimos anos o Cade colocou em consulta pública e publicou sete guias de análise^[16]: Guia de Análise de Concentração Horizontal (Guia H), Guia de Gun Jumping, Guia de Compliance, Guia de TCC, o Guia de Leniência, Guia de Remédios Antitruste e o Guia para envio de dados ao DEE.

Os guias de análise, em que pesem não serem vinculantes à Administração (isto é, ausente um poder normativo subjacente), os *guidelines* podem ser interessantes para que os administrados compreendam *ex ante* os entendimentos institucionais do Cade sobre determinado tema. Um guia de restrições verticais, portanto, seria uma possibilidade para que o Cade garanta mais segurança jurídica ao ambiente institucional, sem esbarrar nos delicados meandros da (in)existência de poder normativo.

3.2 INSTITUTO DA CONSULTA

Igualmente, uma possível alternativa seria a aplicação do instituto da Consulta, promovida por um agente privado às autoridades, de forma vinculante aos seus limites. A Lei n. 12.529/2011 trouxe em seu bojo a competência do Plenário do Tribunal do Cade para conhecer e decidir consultas formuladas:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

[...]

§4º O Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos.

§5º O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o procedimento de consultas previsto no §4º deste artigo.

As normas complementares referentes ao §5º foram formuladas pelo Cade, após consulta pública, por meio da Resolução n. 12, de 11 de março de 2015^[17], que disciplinou o procedimento de consulta:

[16] Cf. BRASIL. CADE. Guias do CADE. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade. Acesso em: 21.06.2019.

[17] Publicada no Diário Oficial da União de 17 de março de 2015, nº 51, seção 1, p. 74.

Art. 1º. Qualquer parte interessada poderá formular Consulta ao Tribunal Administrativo do Cade, nos termos dos arts. 9º, § 4º, bem como do art. 23, da Lei 12.529, de 2011, solicitando-lhe seu posicionamento sobre a aplicação da legislação concorrencial em relação a hipóteses de fato específicas, nos termos da presente Resolução.

Parágrafo único. Consideram-se interessados tanto o agente diretamente envolvido, quanto entidades ou associações que nas suas finalidades

Art. 2º. As Consultas aqui regulamentadas poderão versar sobre:

I – a interpretação da legislação ou da regulamentação do Cade atinentes ao controle de atos de concentração, em relação a certas operações ou situações de fato adequadamente definidas;

II – a licitude de atos, contratos, estratégias empresariais ou condutas de qualquer tipo, já iniciadas pela parte consulente; ou

III – a licitude de atos, contratos, estratégias empresariais ou condutas de qualquer tipo, já concebidas e planejadas, mas ainda não iniciadas pela parte consulente.

Considerando a vedação da resposta de consultas formuladas na forma de condutas em tese, a formulação deverá partir de um caso concreto – isto é, um risco seria a abertura de investigação contra o consulente a partir das informações prestadas. Nesse sentido, assim dispõe a Resolução n. 12/2015/Cade:

Art. 11. Quando, na hipótese do inciso II do art. 2º desta Resolução, o Tribunal entender pela existência de indícios de ilicitude da conduta já iniciada, será determinada, na mesma decisão, a conversão do procedimento de Consulta em uma das espécies previstas nos incisos I, II ou III do art. 48 da Lei 12.529, de 2011, respeitando-se os requisitos de instauração correspondentes a cada uma dessas espécies processuais.

Portanto, a regulamentação da Consulta não traz garantias como aquelas promovidas pelo Regimento Interno do Cade sobre o instituto do Acordo de Leniência:

Art. 205. Não importará em confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

[...]

§2º Caso o acordo não seja alcançado, todos os documentos serão devolvidos ao proponente, não permanecendo qualquer cópia na Superintendência-Geral.

§3º As informações e documentos apresentados pelo proponente durante a negociação do acordo leniência subsequentemente frustrado não poderão ser utilizados para quaisquer fins pelas autoridades que a eles tiveram acesso.

4º O disposto no §3º não impedirá a abertura e o processamento de procedimento investigativo no âmbito da Superintendência-Geral para apurar fatos relacionados à proposta de acordo de leniência, quando a nova investigação decorrer de indícios ou provas autônomos que sejam levados ao conhecimento da autoridade por qualquer outro meio.

Em síntese, enquanto o processo interno para a submissão de um acordo de leniência garante, expressamente, que as informações prestadas não poderão ser utilizadas em desfavor à proponente, a Resolução n. 12/2015/Cade atesta, também expressamente, que os documentos elencados no momento do pedido de Consulta ao Tribunal poderão ser utilizados contra o consulente (i.e., abertura de inquérito ou processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica). Isto é, mesmo uma Consulta indeferida^[18] poderá ser utilizada pelo Cade para investigar o requerente.

Isso levanta a questão da não-obrigatoriedade de fazer prova contra si mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, além de algumas possíveis tensões. Por exemplo, caso seja entendido que o Cade não poderá abrir inquérito ou processo administrativo sancionador a partir das informações fornecidas pelo consulente,

[18] De acordo com o artigo 4º da Resolução n. 12, a Consulta será indeferida de plano quando: I – houver sido formulada por terceiro não envolvido diretamente na transação ou conduta submetidas à análise; II – disser respeito a práticas que estejam em curso de investigação junto ao Cade ou que já tenham sido consideradas pelo órgão como infrações à ordem econômica; III – exigir, para sua análise, consideração de fatos outros além daqueles descritos e comprovados na Consulta; IV – envolver questão puramente hipotética; V – não permitir, a partir exclusivamente das informações fornecidas, uma resposta adequadamente informada por parte do Cade; VI – envolver tema alheio às competências do Cade; e VII – versar sobre hipótese já disciplinada em ato normativo ou súmula do Cade.

um agente poderia, ciente da possibilidade de ilicitude da conduta, solicitar uma Consulta para, em outras palavras, “lavar” as provas de sua conduta.

Não obstante, o regulamento promovido pela Resolução n. 12/2015/Cade menciona a possibilidade de necessidade de cessão da conduta, repisando, porém, a vedação de aplicação de interpretação retroativa sobre o novo entendimento institucional.^[19] Portanto, há uma série de garantias a serem conferidas para que o instituto seja válido para maximizar a segurança jurídica sobre o tema, mas ainda cabe um caminho a ser traçado por um desenho institucional ótimo a ser proposto.

3.3 INCENTIVOS À REPARAÇÃO CIVIL DE DANOS CONCORRENCIAIS

Por fim, um ferramental é o fomento ao *enforcement* privado como medida para garantir uma reparação civil efetiva por danos concorrenciais (VILANOVA e AMORIM, 2018). Após rodadas de consulta pública, o Cade editou a Resolução n. 21/2018, que regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações obtidas no processo administrativo sancionador antitruste, especialmente nos casos de celebração de Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação (TCC). Além disso, também foi *ratio* da edição da Resolução incentivar Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais.

Esse instrumento efetivamente será capaz de garantir uma maior eficiência e segurança jurídica sobre os programas de TCC e Leniência por resguardar informações cujo compartilhamento, configurando exceções à regra geral de publicidade, colocaria em risco a política de acordos administrativos do Cade.

De outro lado, as demais informações, que ficarão de acesso restrito até a decisão final do Tribunal, poderão ser acessadas ao público para fundamentar eventuais ações civis sobre danos sofridos decorrentes de condutas anticompetitivas

[19] Art. 9º. O caráter vinculante da resposta, tal como circunscrito nos termos do artigo anterior não prejudicará o direito do Tribunal de reconsiderar posteriormente sua interpretação sobre as questões jurídicas e/ou fáticas envolvidas, ou mesmo, se o interesse público assim o exigir, de determinar, subsequentemente, a cessação da própria prática analisada, em virtude da existência de fatos ou motivos novos, sendo vedada a aplicação retroativa da nova interpretação para aplicação de qualquer penalidade às partes consulentes ou a qualquer administrado.

comprovada e punida pelo Cade. Ao que indica à literatura no tema, tais incentivos não levariam a um cenário de “overdeterrence” (DAVIS e LANDE, 2017, p. 13-14).

CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi apresentar, de maneira sintética, o microsistema de defesa da concorrência e seus instrumentos no contexto constitucional do desenvolvimento nacional. Sendo o desenvolvimento nacional um objetivo fundamental da República, as análises do antitruste brasileiro foram desenhadas para ficarem adstritas a esse fundamento constitucional decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Os instrumentos da defesa da concorrência apresentados e discutidos aqui não são elementos categóricos sobre a atuação da autoridade antitruste como um todo. Pelo contrário: tratam de experiências atentas à experiência internacional resultantes do processo de amadurecimento institucional do Cade ao longo do tempo.

O debate sobre os objetivos do antitruste no Brasil tem sido revisitado em razão das políticas públicas antitruste brasileiras. O desafio, por ora, não é empregar o Direito da Concorrência como um ferramental de normas econômicas (muitas vezes aplicadas acriticamente), mas sim adequar os objetivos do antitruste às questões intrínsecas do contexto socioeconômico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo** (RDA), Rio de Janeiro, vol. 215, jan./mar./1999.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do Cade**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- CARVALHO, Vinicius Marques de. A política de defesa da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas? In: CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015.
- DAVIS, Joshua P.; LANDE, Robert H. Restoring the Legitimacy of Private Antitrust Enforcement. **University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper n. 2018-02**, 03.05.2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2962579>. Acesso: 21 jun. 2019.
- DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno F. Miranda. A liberdade econômica tem limites? – Reflexões sobre a aplicação do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência. In. RODAS, João Grandino; ATTÍE JUNIOR, Alfredo (Org.). **30 anos da Constituição Federal**. São Paulo: CEDES, 2019, p. 279-300.
- FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 243, p. 79-112, 2006.
- FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência – pressupostos e perspectivas**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Priscila Brolio. **Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais**. 2.ed. São Paulo: Singular, 2016.
- GRAU, Eros R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TAVARES, André Ramos. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (org.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2006.
- VILANOVA, Polyanna Ferreira Silva; AMORIM, Fernando. Reparação civil por danos concorrenciais: novos horizontes na agenda do enforcement privado? **JOTA**, 30 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reparacao-civil-por-danos-concorrenciais-30092018>. Acesso: 21 jun. 2019.

ESTUDOS FEMINISTAS SOBRE ACESSO À JUSTIÇA DAS MULHERES: UM BALANÇO SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES DOS ESTUDOS REALIZADOS NO ÂMBITO DO MESTRADO EM DIREITO DA FDRP

Fabiana Cristina Severi^[1]
Beatriz Carvalho Nogueira^[2]
Deíse Camargo Maito^[3]
Inara Flora Cipriano Firmino^[4]
Júlia Campos Leite^[5]
Juliana Fontana Moyses^[6]
Tharuell Lima Kahwage^[7]

INTRODUÇÃO

O acesso das mulheres à justiça brasileira tem sido abordado por diversos estudos feministas, desde os anos 1980. Tributários de uma ampla gama de abordagens teóricas e metodológicas, eles favoreceram um aprofundamento da reflexão crítica sobre o direito no Brasil e trataram de temáticas que estavam nas agendas das mobilizações políticas feministas latino-americanas, como: aborto, divórcio, violência doméstica, feminicídio, racismo, educação, moradia e direitos políticos.

Esses estudos também privilegiaram perspectivas empíricas, empregando uma variedade de métodos (análise de decisões judiciais, análises de fluxo processual, *surveys* com mulheres sobreviventes ou familiares, etnografias de instituições que compõem o sistema de justiça e de experiências de justiça comunitária voltadas

[1] Livre-docente em Direitos Humanos pela FDRP-USP. Professora do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: fabianaseveri@usp.br.

[2] Mestra em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: beatrizcnogueira@gmail.com.

[3] Doutoranda em Ciências na Área de Saúde Pública pelo Programa de Saúde Pública da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (FMRP-USP). Correio eletrônico: dcmaito@usp.br.

[4] Mestranda em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: inara.firmino@usp.br.

[5] Mestranda Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: jucleite@terra.com.br.

[6] Mestra em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: julianafmoyses@gmail.com.

[7] Mestra em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: tharuell@gmail.com.

ao atendimento às mulheres em situação de violência) que permitissem explorar os obstáculos para as mulheres acessarem os serviços de justiça e compreender as múltiplas e interseccionais formas de discriminação e violência que marcam as experiências das mulheres com as instituições do sistema de justiça brasileiro.

O foco em tais estudos não foi, necessariamente, a elaboração de novas teorias sobre o direito, ou mesmo sobre o acesso à justiça. Parte considerável deles foi elaborado por acadêmicas, ativistas e profissionais do direito provenientes de um campo bastante interdisciplinar para subsidiar uma diversidade de campanhas feministas por modificações legislativas que pudessem garantir direitos às mulheres e mudanças no desenho do sistema de justiça, de seus valores e seu funcionamento.

Um dos principais exemplos de campanhas feministas nesse sentido é a Lei Federal n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida por Lei Maria da Penha (LMP). Ela toma como referência esse amplo repertório de estudos e, mais do que propor uma resposta judicial a esse tipo de conflito, ela oferece bases para a construção de outro modelo de acesso e de justiça. Um acesso que não se inicia, necessariamente, pelo sistema formal, mas por qualquer dos serviços da rede de atendimento às mulheres em situação de violência. Uma justiça que não se realiza, necessariamente, por meio de uma decisão judicial condenatória, mas pela garantia de direitos humanos às mulheres e da minimização da situação de risco das mulheres e seus familiares. A Lei buscou transformar os modelos de atendimento às mulheres, os significados sobre a violência doméstica e os significados sociais estigmatizantes sobre as mulheres.

A LMP entendeu a violência contra as mulheres como uma violação de direitos humanos e preconizou um modelo de resposta estatal integral para o seu enfrentamento, que depende, para sua implementação, de modificações substanciais na estrutura e no funcionamento do sistema de justiça brasileiro. Alguns exemplos de tais mudanças são: a criação de serviços especializados de Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres em todas as Unidades da Federação, com competência híbrida e equipe multidisciplinar; a capacitação permanente do seu quadro de pessoal em questões de gênero e de raça ou etnia; a incorporação da perspectiva de gênero na prestação jurisdicional; a integração do sistema de justiça com os outros serviços de atendimento para

o desenvolvimento de ações de prevenção, investigação, sanção e reparação; a transparência dos dados relativos aos processos judiciais envolvendo o tema e a avaliação permanente das medidas preventivas e protetivas realizadas.

O acesso à justiça por ela preconizado refere-se, então, à existência de mecanismos justos, efetivos, acessíveis e responsáveis para assegurar a proteção dos direitos das mulheres e a resolução de conflitos em bases igualitárias e não discriminatórias, em conformidade com os padrões internacionais sobre direitos humanos das mulheres. A Lei também oferece parâmetros para se pensar a melhoria das condições de acesso à justiça para as mulheres, considerando as dimensões da justiciabilidade, da disponibilidade, da acessibilidade, da boa qualidade, da provisão de remédios e da prestação de contas dos sistemas de justiça. Ainda, a Lei favorece avançarmos em uma compreensão sobre acesso à justiça não apenas dentro de chaves clássicas como “sistema de justiça”, “reforma do judiciário”, mas de forma a se considerar as interações entre os três poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) e entre Estado e movimentos sociais.

A maioria dos estudos feministas brasileiros sobre acesso à justiça não têm nutrido forte otimismo em relação à capacidade da lei e do sistema de justiça em reduzir desigualdades baseadas em gênero. Paradoxalmente, a reivindicação pela Lei Maria da Penha buscou desafiar o próprio poder do sistema de justiça em produzir e reproduzir diferenças justificadoras das desigualdades e discriminações. O problema principal a ser enfrentado, para além da própria violência doméstica, então, envolvia a colaboração do sistema de justiça brasileiro com a expansão da vulnerabilidade das mulheres e dos efeitos das hierarquias de gênero, raça, classe social e colonialidade a partir do tratamento discriminatório e desigual destinado a elas pelas instituições do sistema de justiça e de segurança. Por isso, as medidas por ela preconizadas voltavam-se a favorecer o acesso das mulheres ao sistema de justiça e, simultaneamente, a transformação do desenho institucional dos seus órgãos e do campo de significados que permeiam suas práticas.

Desde sua aprovação, em 2006, os desafios para a sua implementação têm renovado o campo de problemáticas nos estudos sobre acesso à justiça para as mulheres no país. E nossas pesquisas têm se voltado a investigar em que medida, e por meio de quais mecanismos, o direito continua reproduzindo diferenças de gênero,

em perspectiva interseccional, na conformação do acesso à justiça. Buscamos compreender em nossas pesquisas, sobretudo por meio de análises empíricas, os enquadramentos e os deslocamentos dos sentidos relacionados ao modelo proposto pela Lei Maria da Penha que têm resultado, por exemplo, a) na reprodução de desigualdades e na expansão do campo penal e de seus efeitos de colonização e racialização; b) no constrangimento dos efeitos democratizantes da LMP sobre a sociedade e sobre as instituições políticas e jurídicas; e c) na invisibilização do papel do campo feminista no processo de criação e implementação da LMP.

O presente artigo pretende apresentar, brevemente, as principais contribuições de tais estudos realizados no âmbito do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para o campo mais amplo de investigações sobre acesso à justiça para as mulheres.

O PROJETO ACESSO À JUSTIÇA E DESIGUALDADES E AS PESQUISAS EM ACESSO À JUSTIÇA PARA MULHERES

O Grupo de Pesquisa Acesso à Justiça e Desigualdades, vinculado ao Programa de Mestrado da FDRP, tem desenvolvido pesquisas em torno de quatro eixos temáticos principais: a) Políticas Públicas de acesso à justiça no Brasil; b) Acesso à justiça e mobilização política por direitos; c) Novos arranjos institucionais para a resolução de disputas e d) Mecanismos processuais de regulação da litigiosidade de massa. Em todos esses eixos, temos buscando privilegiar abordagens teórico-metodológicas críticas, em especial, aquelas capazes de favorecer a compreensão sobre as desigualdades de gênero, raça e classe social, por exemplo, no acesso à justiça.

Também temos buscado colaborar com o campo de estudos sobre a implementação da LMP, ao mesmo tempo em que consideramos tal lei e o processo de mobilização feminista que a ensejou como referenciais fundamentais para o campo de estudos sobre o acesso à justiça para mulheres. Nesse caso, nossa agenda atual de pesquisa envolve questões sobre: a) os modelos dogmáticos, decisórios e de fluxos processuais ligados a temas de direitos humanos das mulheres; b) a feminização das profissões jurídicas e seus efeitos no sistema de justiça; c) as políticas judiciárias

de enfrentamento à violência contra as mulheres; e d) as mobilizações políticas feministas por acesso à justiça.

Em diálogo com um vasto campo de estudos feministas sobre a relação entre estereótipos de gênero e acesso à justiça, a dissertação de mestrado elaborada por Juliana Fontana Moyses (2018), por exemplo, teve por objetivo analisar os enquadramentos adotados pelo Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha, a partir de uma perspectiva de gênero, bem como as consequências jurídicas de tais enquadramentos para a garantia dos direitos de mulheres em situação de violência. Este trabalho foi nomeado: “Os enquadramentos da violência contra as mulheres no componente estrutural da Lei Maria da Penha: análise de conteúdo de decisões de 2ª instância do TJ/SP sobre ‘violência baseada no gênero’”.

O estudo foi empírico, de natureza qualitativa, e utilizamos referenciais da análise de conteúdo, seguindo categorias e abordagens de autoras do campo teórico-feminista, como Carol Smart (2000), Alda Facio (1999), Rebecca Cook e Simone Cusack (2010), Kimberlé Crenshaw (1989) e Judith Butler (2017). A análise das decisões selecionadas levou em conta os trechos que se referiam à “vulnerabilidade” ou à “hipossuficiência” da mulher em relação ao agressor, dois termos que apareceram associados à ideia de “violência de gênero” em pesquisas exploratórias e na pesquisa de Flávia Passeri Nascimento (2016).

Um dos resultados da pesquisa foi que, em geral, as decisões condicionam a aplicação da Lei Maria da Penha a uma demonstração da vulnerabilidade/hipossuficiência da mulher, ou presumem que toda mulher em situação de violência já é vulnerável/hipossuficiente. O atrelamento da possibilidade de proteção especial às mulheres à vulnerabilidade/hipossuficiência desta acaba por reforçar estereótipos negativos às mulheres: ou se presumia sua vulnerabilidade, reforçando o estereótipo de fragilidade feminina, ou se exigia a sua comprovação, reforçando o estereótipo de que a mulher em situação de violência é explicitamente frágil. Nesse último caso, uma das consequências é a negação da proteção a mulheres que não se encaixam no estereótipo de “vítima de violência doméstica”: notadamente, relações violentas entre duas mulheres foram consideradas como ausentes de vulnerabilidade.

O enquadramento da violência doméstica como fruto de vulnerabilidade/hipossuficiência das mulheres, assim, tem por consequência a desproteção de mulheres e/ou o reforço de estereótipos de fragilidade, o que tende a reforçar a discriminação baseada no gênero. Pensando em termos interseccionais, embora as decisões em geral não tragam dados sobre as características das mulheres, é possível pensar que mulheres que não se enquadram na ideia de fragilidade (tal qual mulheres negras, lésbicas, ou trans) terão menos chance de ser consideradas como merecedoras da proteção da Lei Maria da Penha.

Outro estudo sobre estereótipos de gênero em decisões judiciais foi realizado por Beatriz Carvalho Nogueira (2015), sob o título: “Violência Obstétrica: análise das decisões proferidas pelos tribunais de justiça da região sudeste”. Nele discutimos os dados obtidos a partir de acórdãos de tribunais de justiça da região sudeste que abordavam casos relacionados à violência obstétrica. Os dados foram organizados de acordo com as variáveis: Tribunal de Justiça, momento processual, polo ativo, polo passivo, resultado em relação ao polo ativo, assunto do acórdão e violência sofrida pelo polo ativo. A partir disso, buscamos compreender o discurso do direito exteriorizado nas decisões judiciais e suas consequências jurídicas às mulheres que sofreram alguma forma de violência no contexto do parto (pré-parto, parto e pós-parto).

Em regra, não havia nomeação das violações narradas nas petições iniciais como “violência obstétrica”, apesar de o termo ser amplamente utilizado por diversos movimentos sociais e políticos em saúde e pela humanização do parto, tendo recebido tratamento jurídico em leis específicas, como Venezuela e Argentina (FRANZON, 2015). A maior parte referia-se a erro médico e buscava fundamentação em legislação civil. Não havia, na petição ou nos acórdãos, o uso dos marcos jurídicos relacionados aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e de direitos humanos das mulheres. Sob esse enquadramento jurídico, erro médico, prevalecia nos acórdãos a presença de procedimentos processuais tendentes a desqualificar as vítimas e seus relatos e a ênfase em provas periciais e testemunhais que, muitas vezes, acabava resultando na invisibilização das múltiplas e interseccionais formas de violência relatadas pelas mulheres (NOGUEIRA; SEVERI, 2016, p. 431).

Outra pesquisa, também feita por Beatriz Nogueira, intitulada “Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres: análise jurisprudencial da esterilização sem consentimento e do aborto no Tribunal de Justiça de São Paulo” (NOGUEIRA, 2018),^[8] avança na compreensão sobre as resistências do sistema de justiça em utilizar uma perspectiva interseccional de gênero para análise dos casos de violência contra as mulheres, ao considerar tais resistências como tecnologias de controle dos corpos das mulheres e de expropriação de sua autonomia sexual e reprodutiva por parte do Estado.

As análises de decisões judiciais em perspectiva de gênero, realizadas no âmbito do nosso grupo, ofereceram subsídios para que pudéssemos tentar contribuir com um eixo de discussão no campo de estudos sobre acesso à justiça, de caráter mais propositivo, que podemos nomear de justiça em perspectiva de gênero (SEVERI, 2016a; 2017). Aqui, a proposta era colaborar com a construção de parâmetros teóricos e dogmáticos para o enfrentamento a múltiplas e interseccionais formas de violência contra as mulheres.

Na pesquisa feita por Júlia Campos Leite, intitulada “Reparação judicial para mulheres vítimas de violência obstétrica”, partimos de achados empíricos prévios sobre decisões judiciais em violência obstétrica desenvolvidos por Beatriz Nogueira (2015) para realizar um estudo de caráter dogmático sobre o dever de reparação às mulheres em casos de violência obstétrica. O estudo fundamenta-se em uma ampla revisão bibliográfica sobre os temas: violência obstétrica, análise do direito em perspectiva de gênero, violência contra as mulheres, direitos humanos das mulheres, acesso à justiça e dever de reparação no âmbito do direito interno e do direito internacional.

Ao adotar uma perspectiva de gênero para a construção de modelos de resposta à violência obstétrica, a pesquisa favorece novas possibilidades de enquadramentos do direito material e processual aos casos, mais compatíveis com os marcos dos direitos humanos das mulheres. A abordagem proposta também permite compreender que a violência obstétrica é resultante de um contexto estrutural de desigualdades baseadas no gênero e articuladas a outros marcadores sociais

[8] A pesquisa foi realizada com a orientação da Professora Doutora Juliana Oliveira Domingues.

de diferença. Ao considerar isso, a resposta estatal, judicial ou extrajudicial, deve comprometer-se com um sentido de reparação que vai além da perspectiva indenizatória clássica do direito civil. Um dos focos da resposta é a não reprodução ou o reforço de tais desigualdades.

A pesquisa desenvolvida por Deíse Camargo Maito (MAITO, 2017) seguiu um modelo parecido, buscando delinear modelos de enfrentamento da violência no âmbito universitário, considerando a responsabilidade jurídica das instituições públicas de ensino superior em prevenir e coibir toda forma de violência contra as mulheres. Os modelos foram propostos com base em uma revisão sistemática da bibliografia e em estudo da experiência da Universidade de São Paulo na construção de suas políticas e estratégias recentes de enfrentamento a esse tipo de violência.

O trabalho referencia-se um modelo de pesquisa interessada em observar o desenho de determinada política ou serviço e oferecer subsídios para seu aprimoramento, em diálogo construtivo com diversos tipos de agentes aí implicados. Por isso, além da revisão sistemática, ele propôs um modelo de protocolo à Universidade de São Paulo, nomeado de “Diretrizes gerais para as ações institucionais de intervenção diante de situações de violência e discriminação de gênero e orientação sexual”. A ideia central dele foi oferecer subsídios para que a universidade possa adotar uma perspectiva de gênero na prevenção, investigação, sanção e reparação, no âmbito de suas competências administrativas, à violência contra as mulheres.

No eixo “feminização das profissões jurídicas”, nossas pesquisas têm buscado problematizar a escassa participação, numérica e funcional, de mulheres, sobretudo negras, na composição das carreiras do sistema de justiça brasileiro e seus efeitos nos processos deliberativos judiciais em favor dos direitos humanos das mulheres e na própria legitimidade democrática de seus órgãos (SEVERI, 2016).

A pesquisa de Tharuell Lima Kahwage (2017) analisou os possíveis impactos da composição de gênero na trajetória profissional e na atuação jurisdicional do Tribunal de Justiça do Pará, especialmente em termos de efetivação dos direitos humanos das mulheres, a partir das perspectivas das desembargadoras que atuam no órgão. A escolha do TJPÁ justifica-se por ser o único Tribunal de

Justiça cuja composição de desembargadoras é consideravelmente maior que a de desembargadores (64%), conforme Censo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2014. Além disso, o órgão teve quatro presidências ocupadas por mulheres e duas por homens nos últimos dez anos, situação atípica em relação ao restante do país.

As discussões acerca da democratização das instituições judiciárias, sobretudo no que diz respeito à composição equitativa de seus membros, com base em gênero, tem se pautado principalmente no argumento da diferença, ou seja, na existência de uma voz diferente. Esse argumento, embora seja sedutor e valorize as vozes de mulheres – as quais, até então, têm sido excluídas de instituições públicas – não é suficiente como fundamento teórico na defesa da diversificação do Judiciário. As possibilidades de julgamento diferenciado são confrontadas com a imposição de um ideal de neutralidade e imparcialidade, fundamentadas em valores e perspectivas androcêntricas. O maior esforço da maioria das mulheres e de grupos subalternizados está voltado a resistir ou a sobreviver frente a uma situação de grande desvantagem ou estigmatização a que elas estão sujeitas, cotidianamente.

Por fim, sob o eixo “políticas judiciárias de enfrentamento à violência contra as mulheres, nosso grupo tem buscado olhar o acesso à justiça para as mulheres de modo a considerar o contexto político e institucional atual de alta vulnerabilização dos direitos humanos e recente desmonte das conquistas democratizantes obtidas nas duas últimas décadas. O objetivo é, seguindo a proposta por Patrícia Collins (2018), não só discutir as múltiplas formas de violência contra as mulheres em perspectiva interseccional, mas, indo além, utilizar a abordagem interseccional para analisar as pressões neoliberais para desmontar a governança democrática construída no estado brasileiro nas últimas décadas e para sufocar os projetos de justiça social forjados no campo feminista.

A pesquisa, ainda em desenvolvimento, de Inara Flora Cipriano Firmino, tem por objetivo analisar a agenda de mulheres negras nos estudos sobre acesso à justiça. Pretende-se analisar narrativas de duas mulheres negras que atuaram em Ouvidoria Geral Externa como interlocutoras entre o movimento de mulheres negras e a Defensoria Pública Estadual, instituição característica de participação popular e promoção de justiça social. A pesquisadora toma como referencial teórico Patrícia

Hill Collins para fazer uma discussão de acesso à justiça pautada no paradigma da interseccionalidade e da Epistemologia Feminista Negra, proposta pela autora.

A proposta assume como desafio aprofundar as análises interseccionais sobre acesso à justiça às mulheres. O conceito de interseccionalidade permanece em disputa e em constante construção sobre definições e usos do termo. Pode haver, segundo Collins, um acordo geral sobre os contornos, em abstrato, de interseccionalidade, ainda que a incorporação do termo e sua crescente legitimidade dentro da academia tenha catalisado bem menos consensos entre os acadêmicos (COLLINS, 2017). Na pesquisa em andamento, o conceito tem sido abordado enquanto uma práxis crítica que permite a emancipação de mulheres negras e projetos por justiça social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos sobre acesso à justiça, no Brasil, são mais frequentes no campo da sociologia jurídica e da teoria geral do processo. As análises mais frequentes enfatizam a categoria classe social para abordar as desigualdades que constituem as várias dimensões das relações entre sistema de justiça e sociedade. Nosso percurso não desconsidera tal literatura, mas tem buscado privilegiar as perspectivas teóricas feministas, enfatizar a categoria gênero de modo articulado com raça e classe social e utilizar abordagens metodológicas, sobretudo, empíricas.

Além de promover uma reflexão crítica sobre o direito, nossos estudos também têm buscado informar mudanças jurídico-institucionais e desenhos de políticas públicas que possam promover os direitos humanos das mulheres. Para isso, vários eixos temáticos têm sido considerados: a aplicação da Lei Maria da Penha, os discursos produzidos em relação à violência obstétrica e aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, a violência contra as mulheres na universidade, as discriminações de gênero na composição institucional do Poder Judiciário e as nuances teórico-metodológicas do conceito de interseccionalidade.

Consideramos que nossos esforços, ao mesmo tempo que fortalecem a construção de bases para a incorporação de uma perspectiva interseccional de gênero

no sistema de justiça brasileiro, também favorecem um alargamento e um revigoramento do campo de estudos sobre acesso à justiça no Brasil.

REFERÊNCIAS

BUTLER, Judith. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?** 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

COLLINS. Patricia Hill; BILGE, Sirma. **Intersectionality**. 2016.

_____. **Black feminist thought: knowledge, consciousness and the politics of empowerment**. Second edition, Routledge, 2000. Disponível em: <https://uniteyouthdublin.files.wordpress.com/2015/01/black-feminist-thought-by-patricia-hill-collins.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. The difference that power makes: intersectionality and participatory democracy. **Investigaciones Feministas Rev**, v. 8, p. 19-39, 2017.

COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. **Estereótipos de Género: perspectivas legales transnacionales**. Profamilia, 2010 [online]. Disponível em: https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf. Acesso em: 17 set. 2019.

FACIO, Alda. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. In: FACIO, Alda; FRÍES, Lorena (org.). **Género y Derecho**, Santiago de Chile: Ediciones LOM, 1999, p. 99-136.

FRANZON, Ana Carolina. Violência Obstétrica: Experiência das usuárias e mobilização científica para descrição e análise epidemiológica. **Revista Saúde na Comunidade [online]**, 2015. Disponível em: <https://saudenacomunidade.wordpress.com/2015/02/02/resc2015-e75/>. Acesso em: 13 abr. 2019.

KAHWAGE, Tharuell Lima. **Mulheres na magistratura paraense: uma análise das percepções das desembargadoras do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA) sobre trajetória profissional e atuação jurisdicional voltada à efetivação dos direitos humanos das mulheres**. 2017. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017. Doi:

10.11606/D.107.2019.tde-06022019-101616. Acesso em: 18 set. 2019.

MAITO, Deise Camargo. **Parâmetros teóricos e normativos para o enfrentamento à violência contra as mulheres na Universidade de São Paulo**. 2017. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017. Doi: 10.11606/D.107.2019.tde-04022019-162442. Acesso em: 18 set. 2019.

MOYSES, Juliana Fontana. **Os enquadramentos da violência contra as mulheres no componente estrutural da Lei Maria da Penha: análise de conteúdo de decisões de 2ª instância do TJ/SP sobre “violência baseada no gênero”**. 2018. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018. Doi: 10.11606/D.107.2019.tde-29052019-154919. Acesso em: 18 set. 2019.

NASCIMENTO, Flávia Passeri. **A possibilidade de aplicação das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha por analogia in bonam partem às vítimas hipossuficientes ou em situação de vulnerabilidade em uma relação doméstica, intrafamiliar ou íntima de afeto a partir da análise jurisprudencial dos Tribunais dos Estados de Minas Gerais e São Paulo**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Franca. Ribeirão Preto, 2016.

NOGUEIRA, Beatriz Carvalho; SEVERI, Fabiana Cristina. **Violência obstétrica e acesso das mulheres à justiça: análise das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça da região sudeste**. *Panóptica*, Vitória, v. 11, n. 2, p. 430-470, jul./dez. 2016.

NOGUEIRA, Beatriz Carvalho. **Violência obstétrica: análise das decisões proferidas pelos tribunais de justiça da região sudeste**. 2015, 86 p. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2015.

_____. **Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres: análise jurisprudencial da esterilização sem consentimento e do aborto no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)**. 2018. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de

São Paulo, Ribeirão Preto, 2018. Doi: 10.11606/D.107.2019.tde-15042019-151524.
Acesso em: 18 set. 2019.

SEVERI, Fabiana Cristina. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. **Direito e Práxis**, v. 7, n. 13, p. 81-115, 2016a.

_____. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016.

SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée (comp.). **El Derecho en el Género y el Género en el Derecho**. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000, p. 31-72.

PARTICIPAÇÃO POPULAR NA PRODUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DOS CONSELHOS NACIONAIS E DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

André Luis Gomes Antonietto^[1]
Maurício Buosi Lemes^[2]
Fabiana Cristina Severi^[3]

INTRODUÇÃO

O processo de democratização do Estado e da sociedade brasileira da década de 1980, cujo principal marco político-jurídico é a Constituição Federal de 1988 (CF/88), além de ter ampliado o reconhecimento de direitos, favoreceu a proliferação de experiências participativas a partir de diversos arranjos institucionais. Tais experiências buscaram romper com uma ideia de democracia restrita ao formato liberal-representativo, baseado no voto popular, e expandir o ideário democrático aos processos de produção e de tomada de decisão em setores de políticas públicas, em diferentes níveis de governo (GASPARDO, 2018).

Tivemos o surgimento de diversos formatos de *instituições participativas*, com o objetivo de garantir espaços institucionais para a participação da sociedade civil na construção das políticas públicas. No âmbito do Poder Executivo, em todos os níveis da federação, foram criados Conselhos, Conferências, Orçamentos Participativos, Fóruns, Consultas e Audiências Públicas, dentre outros formatos.

Mais recentemente, no âmbito do sistema de justiça, a criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP) foi outro marco para a participação da sociedade civil, através da criação de mecanismos de participação no processo de definição de sua política institucional. Nesse sentido, podemos citar como exemplos a obrigatoriedade de realização de conferências regionais e estaduais como etapa prévia à definição do seu plano de atuação, a existência de uma ouvidoria geral

[1] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: antonietto@gmail.com.

[2] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: mauriciobuosilemes@gmail.com.

[3] Livre-docente em Direitos Humanos pela FDRP-USP. Professora do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: fabianaseveri@usp.br.

externa mantida pela DPESP, a garantia do direito de manifestação de qualquer cidadão ou cidadã nas reuniões do Conselho Superior etc.

Em ambos os casos, a criação de instituições ou de mecanismos de participação foi decorrente da mobilização e da exigência de movimentos sociais para aumentar a permeabilidade da gestão pública aos anseios e reivindicações vindos diretamente da sociedade.

Essas inovações institucionais têm se mostrado um grande desafio teórico e empírico de investigação, na medida em que as expectativas geradas em torno de tais institucionalidades participativas nem sempre se tornaram realidade. Estudos e debates críticos vem sendo feitos sobre as práticas participativas e seus impactos na gestão e no controle das políticas públicas, bem como as possíveis variáveis que explicam o desempenho destas institucionalidades (FARIA, RIBEIRO, 2011).

Neste artigo, serão apresentados os resultados de duas pesquisas de Mestrado, orientadas por Fabiana Cristina Severi e que abordam a participação nesses dois campos: André Luis Gomes Antonietto, entre 2015 e 2017, buscou responder questões relacionadas ao poder decisório dos conselhos de políticas públicas (ANTONIETTO, 2017), e Maurício Buosi Lemes, entre 2017 e 2019, procurou analisar as interações entre demandas dos movimentos de defesa do direito à moradia e a DPESP viabilizadas através dos Ciclos de Conferências, bem como seus possíveis impactos na construção da política institucional.

Esses estudos integram o projeto de pesquisa “Acesso à Justiça e Desigualdades”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), que tem desenvolvido pesquisas em torno de quatro eixos temáticos principais: a) Políticas públicas de acesso à justiça no Brasil; b) Acesso à justiça e mobilização política por direitos; c) Novos arranjos institucionais para a resolução de disputas; e d) Mecanismos processuais de regulação da litigiosidade de massa. Nele, buscamos colaborar com as análises acerca de processos de mobilização política por direitos (dentre eles, o direito à participação) e por desenhos institucionais capazes de viabilizar canais mais efetivos de interlocução entre Estado, políticas públicas e esfera social.

Partimos da premissa de que desenhos institucionais não são neutros e que suas escolhas e variações incidem diretamente nos resultados da participação (FARIA, RIBEIRO, 2011). A partir da apresentação dos resultados das pesquisas desenvolvidas, buscaremos traçar alguns paralelos e intersecções entre elas, além de elaborar algumas reflexões críticas sobre o desenho jurídico das institucionalidades participativas por nós analisadas enquanto variável relevante para pensarmos o seu desempenho.

PARTICIPAÇÃO EM CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O ponto de partida para a análise foi a constatação de que apesar de não haver no texto da Constituição de 1988 nenhuma menção expressa ao termo “conselhos” com o sentido de instituições participativas, vários conselhos de políticas públicas foram criados em todos os níveis federativos a partir de sua promulgação. Buscamos, então, analisar as propostas relacionadas ao tema que tramitaram na Assembleia Nacional Constituinte (ANC) e eventuais alterações que sofreram durante a tramitação.

A ANC foi organizada basicamente em sete etapas: preliminar, subcomissões temáticas, comissões temáticas, comissão de sistematização, plenário, comissão de redação e epílogo. Nas subcomissões, nas comissões e no plenário, houve intenso debate e deliberação em torno de propostas e emendas de diversos temas e, apesar do poder decisório ser restrito aos deputados e senadores constituintes, houve intensa participação dos movimentos sociais na proposição de sugestões, nas audiências públicas e através de propostas populares, conforme previsão regimental (MICHELES *et. al.*, 1989).

Por meio da análise das atas da ANC, percebemos que houve, de fato, inúmeras propostas que previam expressamente a criação de conselhos e que algumas delas, inclusive, chegaram a ser incluídas nos anteprojetos das comissões, base do texto a ser apreciado em Plenário. Entretanto, havia a tendência de, a cada fase da tramitação, ocorrerem alterações da redação das propostas no sentido de torná-las mais abstratas ou mesmo suprimi-las.

Em um segundo estágio da pesquisa, analisamos um dos temas considerados estruturantes para a garantia de poder decisório dos conselhos, qual seja, a luta pela criação de conselhos com caráter deliberativo. Havia a expectativa dos movimentos sociais de que, ao garantir que as leis criadoras dos conselhos previssessem expressamente essa designação, esses conselhos produziram decisões vinculantes, ou seja, decisões com o poder de obrigar a Administração Pública a agir de acordo com o que fora decidido pelos conselhos.

A partir dessa questão, propusemos um modelo analítico que considerasse os matizes desse poder decisório na classificação das atribuições dos conselhos, que em regra são previstas em um rol de competências nas leis que criam os conselhos. Buscamos aprofundar os conceitos de algumas categorias jurídicas, como a noção de vinculação de decisões administrativa; os significados atribuídos a órgãos consultivos e decisórios; o conceito de competência; os tipos de atos administrativos que esses órgãos podem proferir; e as relações, hierárquicas ou não, que podem existir entre eles.

Com base nessas discussões, foram definidas algumas categorias e realizada a classificação das competências de determinados Conselhos Nacionais,^[4] evidenciando as competências decisórias e de que modo e em que momento elas incidem nas políticas públicas. Em relação às competências consultivas e fiscalizatórias, analisamos quais instrumentos são atribuídos para garantir efetividade a essas previsões. Constatamos também determinadas previsões no rol de competências dos conselhos que não consideramos competências propriamente ditas, por não estabelecerem nenhum poder ou atribuição concreta aos conselhos.

Apontamos que a previsão de caráter deliberativo, mesmo quando se considere que tenha o significado jurídico de caráter decisório, não é, por si só, suficiente para garantir poder de decisão aos conselhos. Para garantir esse poder, ele deve ser expresso por meio da previsão de competências que delimitem seu

[4] Foram analisadas as competências dos seguintes Conselhos Nacionais: Direitos das Mulheres, Direitos das Crianças e dos Adolescentes, Saúde, Assistência Social, Educação, Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, Promoção da Igualdade Racial, Gestor do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), Cidades e Juventude.

alcance, ou seja, que especifiquem de que modo esse poder se articula com a estrutura de funcionamento da Administração Pública como um todo. Isso porque, como define Bandeira de Mello (2013), as competências são deveres-poderes, um poder instrumental que decorre do dever legal de se atender determinada finalidade pública.

Por isso, as competências, além de preverem uma finalidade específica, devem atribuir também ao órgão poder instrumental que possibilite sua execução, seja decisória, quando tem efeito de determinar, em concreto, a ação estatal, seja consultiva, quando tem efeito de restringir a margem de discricionariedade de outro órgão ou autoridade administrativa.

Algumas competências foram categorizadas como competências imperfeitas, ou seja, aquelas que definem uma finalidade sem prever os poderes instrumentais que permitam sua execução. Essa falta de rigor na definição das competências, que em regra resulta em sua ineficácia, é outro fator que dificulta a elucidação dos entraves ao poder decisório dos conselhos, pois muitas vezes são previsões imprecisas.

Além disso, a Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, que autorizou o chefe do Executivo a dispor sobre a organização e funcionamento da Administração mediante decreto, e não mediante lei, como anteriormente previsto, teve como um de seus efeitos o fato de que Conselhos Nacionais criados após essa alteração, em sua maioria, passaram a ter suas competências previstas em decretos, e não em lei. Isso implicou uma fragilização da sua autonomia, pois diante de situações em que haja oposição dos representantes da sociedade nos conselhos aos interesses de governo, este tem a faculdade de alterar as competências dos órgãos unilateralmente.

Considerando, ainda, contextos políticos desfavoráveis à participação institucionalizada, sua utilização por movimentos populares para a reivindicação de direitos ou de outras pautas deve ser considerada apenas uma dentre diversas possibilidades institucionais que podem ser utilizadas para essa finalidade. Como exemplos, citamos os mecanismos de acesso à informação, o direito de petição e a ação popular, previstos constitucionalmente. Esses instrumentos permitem a

incidência direta das reivindicações sobre os gestores públicos e podem implicar em responsabilização se não atendidos.

PARTICIPAÇÃO NOS CICLOS DE CONFERÊNCIAS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Quando olhamos o conjunto de instituições que compõem o sistema de justiça,^[5] responsáveis pela produção da política pública de acesso à justiça, percebemos uma baixa permeabilidade dessa esfera às demandas e expectativas dos diversos grupos e movimentos sociais, condição que Sá e Silva (2011) nomeia de *déficit* democrático da justiça brasileira.

A institucionalização da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP), em 2006, buscou romper com essa realidade, ao reconhecer na sua Lei de organização (Lei Complementar Estadual n. 988/2006), como direito das pessoas que buscam atendimento na Defensoria Pública, “a participação na definição das diretrizes institucionais da Defensoria Pública e no acompanhamento da fiscalização das ações e projetos desenvolvidos pela Instituição, da atividade funcional e da conduta pública dos membros e servidores.” A mesma Lei previu que esse direito seria “efetivado através da Conferência Estadual e das Pré-Conferências Regionais da Defensoria Pública, do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública e da Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública” (BRASIL, 2006).

A previsão legal de mecanismos de participação e de controle social na gestão da DPESP decorreu de um intenso processo de mobilização da sociedade civil organizada no Estado de São Paulo, reivindicando, junto aos Poderes Legislativo e Executivo, a observância do texto constitucional que, desde 1988, dispôs sobre a criação das Defensorias Públicas estaduais. O *Movimento pela Defensoria Pública*, que congregou mais de 400 entidades politicamente organizadas atuantes na defesa de direitos em diferentes eixos temáticos, articulou-se em torno da construção de

[5] Sistema de justiça como o conjunto de instituições, agências, textos legais, atores e práticas responsáveis pela administração dos conflitos e pela efetivação de direitos formalmente reconhecidos via Estado (SEVERI, 2017).

uma instituição democrática, autônoma, descentralizada e transparente (ZAFFALON L. CARDOSO, 2013; LAURIS, 2013).

A pesquisa voltou-se a uma dessas inovações, os Ciclos de Conferências da DPESP, espaços institucionais de participação organizados a cada dois anos e em duas fases: 1) as Pré-Conferências Regionais, em que a sociedade civil local apresenta, discute e aprova propostas, em variados eixos temáticos,^[6] de acordo com a realidade regional, e elege delegados, que sustentarão as propostas eleitas na etapa estadual; 2) a Conferência Estadual, em que os delegados eleitos nas regionais reúnem-se para discutir e aprovar quais propostas, nos diferentes eixos temáticos, irão formar as diretrizes do Plano de Atuação da DPESP. Posteriormente, o modo como a instituição encaminhou as propostas aprovadas nos Ciclos de Conferências da DPESP e incluídas no Plano de Atuação Institucional é discutido junto a representantes da sociedade civil, em reuniões de monitoramento.

O estudo teve como objetivo geral analisar as interações entre demandas dos movimentos de defesa do direito à moradia^[7] e a DPESP em decorrência dos Ciclos de Conferências ocorridos entre 2007 e 2017, a fim de compreender o modo como esse mecanismo de participação popular na gestão vem sendo percebido, disputado e encaminhado pelos atores institucionais e da sociedade civil politicamente organizada.

Para tanto, a pesquisa utilizou uma abordagem sociojurídica empírica, de cunho qualitativo, no formato de estudo de caso, com dados coletados dos processos relativos às Conferências que tramitaram no Conselho Superior da DPESP, dos relatórios de monitoramento dos planos de atuação institucional e dos relatórios de gestão da Ouvidoria-Geral. Como fundamento teórico, o estudo dialogou com

[6] As propostas debatidas e aprovadas nos Ciclos de Conferências da DPESP são organizadas em nove temas: infância e juventude; direitos do idoso e da pessoa com deficiência; promoção e defesa dos direitos da mulher; diversidade e igualdade racial; cidadania, direitos humanos e meio ambiente; situação carcerária; direitos do consumidor; habitação, urbanismo e conflitos agrários; e política de atendimento e educação em direitos humanos.

[7] O eixo temático habitação, urbanismo e conflitos agrários foi escolhido, dentre outros existentes, devido à sua relevância no contexto macrorregional de Ribeirão Preto e às experiências de estágio na instituição e de extensão universitária que dialogaram com esse eixo.

as categorias de democratização e de desdemocratização desenvolvidas por Charles Tilly (2013) e com o modelo analítico proposto por Tatagiba, Abers e Silva (2018) voltado à compreensão do processo de produção de políticas públicas em interface com uma multiplicidade de atores sociais e estatais.

Em termos de modelo alternativo^[8] de políticas para a Defensoria, o perfil das propostas aprovadas nas Conferências no eixo temático habitação, urbanismo e conflitos agrários ao longo dos anos aponta para uma demanda de atuação junto às instâncias do Poder Judiciário, na tutela judicial coletiva. Demanda também uma atuação extrajudicial, nos aspectos da educação em direitos, do fortalecimento do vínculo da instituição com os movimentos sociais, da regularização fundiária e do fornecimento de serviços públicos essenciais, do combate à violência policial em operações de reintegração de posse e à criminalização de movimentos sociais e suas lideranças, e do envolvimento da DPESP junto à rede de políticas habitacionais, urbanas e de serviços públicos, com a cobrança, em face do Poder Público, de políticas habitacionais para a população de baixa renda.

Esse perfil pode indicar que os movimentos sociais vêm direcionando à Defensoria demandas que abrangem tanto uma atuação junto às instâncias do Poder Judiciário na defesa de direitos quanto uma atuação extrajudicial mais propositiva relacionada a políticas públicas, diante de outras esferas e redes de poder. Há uma disputa em torno do seu modelo de atuação e da sua organização institucional.

Em termos de inovação institucional, uma proposta recorrente em todos os Ciclos de Conferências do período analisado refere-se à descentralização e à regionalização da atuação em habitação, urbanismo e conflitos agrários, com a garantia do atendimento da Defensoria, haja vista a cultura institucional de nomeação de advogados em casos de reintegração de posse, mesmo em municípios que contam com Unidades da Defensoria. Contudo, tal proposta vem permanecendo

[8] Modelos de políticas (dominantes ou alternativos) são conjuntos em constante construção de problematizações, soluções, instrumentos, arranjos e outros componentes ideacionais que se transformam ao longo do tempo por meio de processos experimentais e relacionais (TATAGIBA, ABERS, SILVA, 2018).

dependente de deliberação e de implementação pelo Conselho Superior da Defensoria Pública.

Embora a DPESP tenha incorporado em sua estrutura institucional mecanismos de interação com a sociedade civil organizada para promoção da democracia interna, como as Conferências, os dados coletados e pesquisas mais recentes (CRANTSCHANINOV, 2018) sugerem a ocorrência de um processo de desmobilização e de esvaziamento desses espaços institucionais de participação.

O estudo do eixo habitação, urbanismo e conflitos agrários indica que o Plano de Atuação Institucional, construído pela DPESP a partir das propostas aprovadas nas Conferências, vem repercutindo de modo bastante desigual na instituição como um todo, com ações institucionais na maior parte das vezes restritas ao Núcleo Especializado da temática. As unidades regionais e locais não aparecem implicadas na execução, na avaliação e na prestação de contas do cumprimento do Plano de Atuação. Desse modo, a DPESP vem demonstrando uma baixa capacidade institucional de mobilizar e de monitorar a incidência do Plano nas ações institucionais em nível local.

AS INTERFACES ENTRE AS PESQUISAS E O DESENHO JURÍDICO DAS INSTITUCIONALIDADES PARTICIPATIVAS COMO VARIÁVEL RELEVANTE

O debate feito no âmbito das nossas pesquisas permitiu explicitar a importância da pressão dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada para a institucionalização de mecanismos de democracia participativa na produção de políticas públicas, no âmbito do Poder Executivo e do sistema de justiça.

Entretanto, embora no processo de mobilização social da Constituinte de 1987/88 tenham emergido diversas propostas relativas à participação popular, elas não conseguiram influenciar o processo constituinte para que fosse atingido o objetivo de estruturar modelos de participação na própria Constituição.

Em alguns casos, a justificativa para a recusa às propostas era a de que se tratava de matéria muito específica, não pertinente à Constituição, que poderia ser

regulamentada por via infraconstitucional. Houve também propostas reprovadas sob o fundamento de que “perturbariam a consolidação do regime democrático”, de que iriam “burocratizar ainda mais o sistema administrativo” ou de que “retiravam competência” do Poder Legislativo. Mesmo as propostas de Emendas Populares, que foram construídas a partir de um amplo processo de mobilização popular, não tiveram força para incluir os conselhos no texto constitucional.

Assim, verificamos que praticamente todas as propostas de criação de conselhos, mesmo quando contavam com grande apoio popular, foram derrotadas na Constituinte. Entretanto, o esforço para a elaboração desse modelo de participação, ainda que não incorporado diretamente à Constituição, criou o ideário participativo que, posteriormente a sua promulgação, viria a influenciar o processo de regulamentação de direitos sociais nela previstos, por meio do qual houve a criação e consolidação de diversos conselhos de políticas públicas.

Já o *Movimento pela Defensoria Pública* conseguiu incorporar na Lei de criação da DPESP mecanismos inovadores de participação e de controle social, considerando o histórico *déficit* democrático da justiça no Brasil, tais como as Conferências para a construção do Plano de Atuação Institucional e a Ouvidoria Geral Externa.

Portanto, nas duas pesquisas desenvolvidas, destacamos a importância dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada em torno do reconhecimento jurídico-institucional de espaços participação e de controle social sobre a gestão pública.

Dialogando com uma agenda de pesquisa voltada à construção de estratégias de avaliação das instituições participativas no Brasil, queremos tecer algumas reflexões acerca do desenho jurídico-institucional desses formatos como variável relevante para pensarmos o seu desempenho.

No âmbito dos Conselhos Nacionais, a análise voltada ao alcance do seu poder decisório demonstrou que a previsão de competências deliberativas pode favorecer a democratização da gestão das políticas públicas. Mas para isso, é preciso que a competência seja elaborada de modo a garantir poderes instrumentais para seu exercício. Ou seja, não basta prever o poder de decisão para um conselho se

não forem previstos os meios e os instrumentos pelos quais essa decisão vai ser incorporada pelos responsáveis pela execução da política pública.

No tocante às Conferências da DPESP e à construção do Plano de Atuação Institucional, o estudo sugere a ausência de mecanismos que conduzam à implementação e avaliação do Plano nas unidades. Yamamura (2018) realizou entrevistas com defensores e defensoras públicos do Estado de São Paulo a fim de analisar, dentre outros aspectos, como tais agentes percebem as Conferências estaduais e o Plano de Atuação Institucional e, principalmente, se há vinculação entre o Plano e a rotina de trabalho dos defensores e defensoras. Com isso, argumenta que há um descompasso entre a atuação ordinária dos defensores e defensoras e as propostas aprovadas nas Conferências e presentes no Plano.

Além disso, os Anuários Estatísticos da Corregedoria da DPESP reúnem dados referentes às atividades realizadas pelos defensores e defensoras em exercício e são produzidos com as informações lançadas por tais agentes em seus relatórios mensais. Tais documentos sugerem que a Defensoria não incorporou critérios de avaliação da carreira que considerem a adesão às ações previstas no Plano de Atuação Institucional.

Apesar da narrativa de uma instituição democrática ser discursivamente reafirmada em documentos e eventos, o estudo sugere que o Plano de Atuação, ao propor um modelo alternativo de política institucional para a DPESP, tem ocupado um lugar periférico e residual nesse subsistema de política pública de acesso à justiça, operando com recursos limitados e não produzindo um deslocamento do domínio do modelo tradicional de prestação de serviços jurídicos (TATAGIBA, ABERS, SILVA, 2018).

REFERÊNCIAS

ANTONIETTO, André Luís Gomes. **Contornos político-jurídicos do poder decisório dos conselhos populares**: análise após 30 anos da Assembleia Nacional Constituinte. 2017. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de

- São Paulo, Ribeirão Preto, 2017. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-04022019-093606/pt-br.php>. Acesso em: 22 set. 2019.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- BRASIL. **Lei Complementar Estadual n. 988**, de 09 de janeiro de 2006. Organiza a Defensoria Pública do Estado e institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/lei.complementar-988-09.01.2006.html>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- CRANTSCHANINOV, Tamara Ilinsky. **Da expectativa à (des)mobilização**: a trajetória da participação nas Conferências da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. 2018. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas (FGV), 2018.
- FARIA, Claudia Feres; RIBEIRO, Uriella Coelho. Desenho institucional: variáveis relevantes e seus efeitos sobre o processo participativo. In: PIRES, Roberto Rocha C. (org.). **Efetividade das instituições participativas no Brasil**: estratégias de avaliação. Brasília: IPEA, 2011
- GASPARDO, Murilo. Democracia participativa e experimentalismo democrático em tempos sombrios. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, v. 32, n. 92, jan./abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142018000100065. Acesso em: 22 jul. 2019.
- LAURIS, Élica. **Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece**: dinâmicas de colonialidade e narra(alterna)-tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal. 2013. Tese (Doutorado em Pós-colonialismo e cidadania global) - Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (FEUC), Coimbra, 2013.
- MICHILES, C. *et. al.* **Cidadão Constituinte**: a saga das emendas populares. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

SÁ E SILVA, Fabio de. **“É possível, mas agora não”**: a democratização da justiça no cotidiano dos advogados populares. Texto para Discussão 1567, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Rio de Janeiro, jan. 2011.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha**: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil. 2017. Tese (Livre-Docência em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/107/tde-22062017-093152/pt-br.php>. Acesso em: 6 jul. 2017.

TATAGIBA, Luciana; ABERS, Rebecca; SILVA, Marcelo Kunrath. **Movimentos sociais e políticas públicas**: ideias e experiências na construção de modelos alternativos. In.: PIRES, Roberto; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de (orgs.). **Burocracia e políticas públicas no Brasil**: interseções analíticas. Brasília: IPEA/ENAP, pp. 106-138, 2018.

TATAGIBA, L. **Os Conselhos Gestores e a Democratização das Políticas Públicas no Brasil**. In: DAGNINO, E. **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, pp. 47-103.

TILLY, Charles. **Democracia**. Tradução de Raquel Weiss. Rio de Janeiro, Petrópolis: Vozes, 2013.

ZAFFALON L. CARDOSO, Luciana. **Fendas democratizantes**: mecanismos de participação popular na Defensoria Pública e o equacionamento da luta social por oportunidade de acesso à justiça. **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. Organização de Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré. Editora Jus Podivm, pp. 33-65, 2013.

YAMAMURA, Rafael Bessa. **A Defensoria Pública como instrumento político de transformação social**: entre narrativas e práticas profissionais. 2018. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-30052019-094937/pt-br.php>. Acesso em: 22 set. 2019.

PERSPECTIVAS ANALÍTICAS DE INSTITUIÇÕES PARTICIPATIVAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O CASO DO CONSELHO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE RIBEIRÃO PRETO

Ricardo de Padua Salles^[1]
Fabiana Cristina Severi^[2]

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta alguns dos resultados da pesquisa realizada no âmbito do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP) sobre o Conselho Municipal de Educação de Ribeirão Preto (CMERP). A pesquisa na dissertação “Participação democrática no Conselho Municipal de Educação de Ribeirão Preto” (SALLES, 2016). O CMERP foi considerado por nós como uma instituição de participação da sociedade civil e controle popular de políticas municipais de ensino. A pesquisa foi empírica, de natureza qualitativa. A análise tomou como referência os estudos no campo das teorias democráticas que tratam sobre o funcionamento e a qualidade da participação nesse tipo de instituição (AVRITZER, 2011; FERRO, 2015; SILVA, ALMEIDA e CARLOS, 2015). A pesquisa buscou traçar o desenho institucional do órgão a partir da legislação vigente, dos conteúdos normativos, deliberativos, fiscalizatórios e consultivos de suas reuniões, da observação participante de reuniões e de entrevistas semiestruturadas com conselheiros e conselheiras.

DESENVOLVIMENTO E CONCLUSÕES DA PESQUISA

Criado pela Lei Complementar Municipal 310, de 1993 (modificada pela Lei Complementar 1686, de 2004), em atendimento à Lei Orgânica de Ribeirão Preto e à própria Constituição Federal, o CMERP é uma instituição participativa (IP) típica do contexto da pós-redemocratização brasileira, em que se buscou o aprofundamento das relações entre o Estado e a sociedade civil por meio dos

[1] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: ricardosalles@gmail.com.

[2] Livre-docente em Direitos Humanos pela FDRP-USP. Professora do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: fabianaseveri@usp.br.

conselhos de políticas públicas (modelo de partilha de poder), dos orçamentos participativos e dos planos diretores municipais (GOHN, 2004; AVRITZER, 2008). Os avanços nesta direção acompanharam o cenário mais amplo de formação de uma democracia mista no país, em que o exercício do poder político passou a ser concebido de duas maneiras: pela via direta e participativa e pela via indireta e representativa, conforme o §1º, artigo 1º, da Constituição Federal.

Essa conjuntura normativa e institucional é resultado dos movimentos da sociedade civil que buscaram ampliar as experiências de participação popular na vida política nacional e garantir maior fiscalização e controle cidadão do Estado (MARANHÃO e TEIXEIRA, 2006; AVRITZER, 2008). A partir disso, a grande área da educação também passou a contar com marcos legais que possibilitaram a criação de instituições destinadas à participação e controle popular das mais diversas políticas de ensino, tal como o CMERP. Como exemplo, destaca-se a disposição contida no artigo 206, VI, da Constituição Federal, garante a gestão democrática como princípio essencial para a criação e o desenvolvimento de políticas educacionais no país.

As pesquisas que se dedicam ao estudo dessas instituições participativas buscam avaliar em que medida elas têm atendido ao projeto traçado na Constituição, resultante do processo de redemocratização brasileira - ou seja: se e como esses órgãos têm permitido maior inserção da sociedade civil nas políticas de Estado? O maior esforço é estabelecer enfoques analíticos e desenvolver procedimentos de pesquisa que permitam compreender a qualidade da participação, seja a partir da higidez dos seus processos internos frente aos parâmetros legais, seja a partir da possibilidade de criação de resultados concretos em termos de políticas públicas. Para Avritzer (2011), há duas principais linhas de pesquisa em torno das IPs, que se concentram em: a) produção e resultado de políticas públicas concretas; e b) efetividade do processo deliberativo.

Na pesquisa realizada, buscamos traçar o desenho institucional do Conselho verificando a existência de políticas concretas engendradas por tal Conselho e analisando como se dão os seus processos deliberativos internos. Coletamos os seguintes dados para a pesquisa: documentos já existentes - a legislação pertinente e as atas de reuniões ordinárias e extraordinárias do Conselho, com recorte entre os anos de 2008 e 2015 - , a observação participante de reuniões ordinárias (a

partir de outubro de 2014) e as entrevistas com conselheiros e conselheiras (a partir de julho de 2015).

As primeiras conclusões foram quanto ao funcionamento institucional regular do CMERP nos períodos considerados, já que as atas apontaram para a realização de reuniões periódicas e presença dos setores representados conforme a legislação municipal (Lei Complementar 1686/2004). Quanto às funções destinadas ao Conselho pela Lei Complementar 1686/2004, que são normativas, deliberativas, consultivas e fiscalizatórias, a análise do conteúdo das atas permitiu observar padrões determinados. Concluímos que o CMERP exerce mais a sua função fiscalizatória (36% dos trechos das atas), seguida pelas deliberativas (27% dos trechos) e internas (24% dos trechos). A função normativa é a menos exercida (13% dos trechos).

Realizados os levantamentos iniciais e as análises dos dados diretos, partimos para a realização de entrevistas com conselheiras e conselheiros. O objetivo da entrevista como procedimento de análise nas pesquisas qualitativas é enriquecer os dados com as experiências humanas, individuais e coletivas, dos atores diretamente envolvidos com o órgão: “a busca de alguma informação e de algum conhecimento que aquele indivíduo detém, e que o próprio pesquisador – mesmo que muito bem preparado e informado – não detém” (ALBERTI, 2007, p. 23).

As entrevistas foram realizadas na modalidade semiestruturada, com o uso de quatro perguntas a cada entrevistado: a) o porquê escolheu ser conselheiro(a); b) como avalia a atuação institucional do CMERP; c) Qual a função mais exercida pelo órgão; e d) se há e como enxerga a participação social e popular no Conselho. Além de muitas informações sobre como o CMERP atua, a maioria dos conselheiros e conselheiras ouvidos confirmaram as conclusões iniciais sobre o predomínio da função fiscalizatória como principal função desempenhada.

Verificamos ainda, pela observação participante de reuniões ordinárias em plenária, que muitas das relações estabelecidas entre o Conselho e outros órgãos do Poder Público Municipal, em especial a Secretaria da Educação, também refletem um padrão fiscalizatório que busca acompanhar e questionar a atuação do

Executivo na condução das políticas de ensino em Ribeirão Preto. Por meio de escritórios, representações e ações institucionais endereçadas ao Ministério Público, à Câmara Municipal e mesmo ao Judiciário, questionam-se e monitoram-se atos da Administração na condução do seu Sistema Municipal de Ensino.

Nas relações estabelecidas entre o CMERP e a sociedade civil, notamos uma participação relevante do professorado municipal, setor muito atuante no órgão. Também há participação, ainda que em menor medida, de alunos, mães, pais e famílias de estudantes das redes pública e privada municipal. A presença de setores da sociedade civil, tanto de trabalhadores da educação quanto de pessoas que não são profissionais da área, reforçam o papel fiscalizatório do Conselho e enriquecem as experiências participativas no órgão a partir da realidade das instituições de ensino do Município. Em muitas falas durante as reuniões ordinárias e mesmo nas entrevistas, o “chão da escola” foi citado como forma de expressar a necessidade de atenção especial por parte do Conselho para os problemas cotidianos das instituições de ensino, como a falta de infraestrutura, principalmente as escolas da rede pública.

Quanto à produção de políticas públicas concretas, o Plano Municipal de Educação de 2008 foi um dos processos participativos mais relevantes da história recente do Conselho - processo este que contou com ampla participação popular e da sociedade civil, mas que não foi transformado em lei por inércia do Executivo Municipal. Neste episódio, o CMERP foi muito atuante, desde a fase preparatória em 2007, até à plenárias finais em 2008, especialmente com a organização das audiências e suporte técnico em matéria de educação.

Concluída a pesquisa, pudemos verificar que o Conselho tem um funcionamento regular, de acordo com o determinado pela legislação. Ainda, concluímos que exerce principalmente a sua função fiscalizatória, em especial dos atos da Administração Municipal via Secretaria de Educação. O aumento da presença da sociedade civil poderia acontecer com a ampliação legal dos setores representados no órgão e, ainda, com a realização de reuniões itinerantes nas escolas municipais, de modo colocar a instituição mais próxima do chão da escola.

REFERÊNCIAS

ALBERTI, Verena. **Ouvir Contar: textos em história oral**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

AVRITZER, Leonardo. **Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático**. Opinião Pública, Campinas, v. 14, n. 1, 2008.

_____. **A qualidade da democracia e a questão da efetividade da participação: mapeando o debate**. In: Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação. Roberto Rocha C. Pires (Org.) Brasília: Ipea, 2011.

FERRO, Maria Carolina Tiraboschi **Participação, políticas públicas e efetividade: linhas de pesquisas, limites e descobertas**. In: II Encontro Internacional Participação, Democracia e Políticas Públicas. 27 a 30 de abril de 2015, UNICAMP, Campinas (SP).

GOHN, Maria da Glória Os conselhos municipais e a gestão urbana. In: **Orlando Ives Santos Júnior et al.** (orgs). Governança democrática e poder local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004.

MARAHÃO, Tatiana de Amorim; TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves. **Participação no Brasil: Dilemas e desafios contemporâneos**. In: Maria do Carmo Albuquerque (org.). Participação popular nas políticas públicas. São Paulo: Polis, 2006.

SALLES, Ricardo de Padua. **Participação democrática no Conselho Municipal de Educação de Ribeirão Preto**. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

SILVA, Rafael; ALMEIDA, Carla; CARLOS, Euzeneia. **A efetividade da participação na política de assistência social: institucionalização, deliberação e representação nos conselhos gestores dos municípios brasileiros**. In: II Encontro Internacional Participação, Democracia e Políticas Públicas. 27 a 30 de abril de 2015, UNICAMP, Campinas (SP).

ASPECTOS EXTRALEGAIS DO PROCESSO DE TOMADA DA DECISÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE REVISITADA^[1]

Gabriela Perissinotto de Almeida^[2]
Roberto Tagliari Cestari^[3]
Sergio Nojiri^[4]

INTRODUÇÃO

Juízes deveriam ser imparciais. Esta afirmação decorre tanto de princípios constitucionais, como da garantia de isonomia e do princípio do juiz natural, quanto de tratados internacionais, como a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, que em seu artigo X afirma que toda pessoa tem direito a que sua causa seja julgada por um tribunal independente e imparcial. A questão que se impõe é se é possível alcançar esse ideal de imparcialidade pelos julgadores. Existem fatores extralegais que podem influenciar juízes em suas decisões? Quais são eles?

Podemos levantar algumas hipóteses em relação a esses fatores que podem comprometer um julgamento imparcial, dentre elas: (i.) o momento em que a decisão é tomada; (ii.) as ideologias políticas; (iii.) fatores institucionais e estratégicos; (iv.) os vieses cognitivos; (v.) os estereótipos; e, por fim, (vi) as emoções.

A partir dessas hipóteses, podemos supor que é possível que o juiz não cumpra essa missão de imparcialidade, ainda que não tenha consciência disso. Estudos nesse sentido se tornaram difundidos especialmente com o *Realismo Jurídico Americano* da década de 1930. Segundo os realistas, os juízes não julgam apenas de acordo com a lei, mas também por intuição (HUTCHESON, 1929; RADIN, 1925), de acordo com sua personalidade (FRANK, 1930), ou por outros fatores que não a lei (TAMANAH, 2008). Apesar de fazerem esses tipos de suposições, entretanto, os realistas ainda não dispunham de aparatos para testá-las empiricamente (LEITER, 2014).

[1] Uma versão preliminar deste artigo foi publicada como capítulo do livro *Direito, Psicologia e Neurociência* (vide ALMEIDA; CESTARI, 2016) com o título Fatores Extrajurídicos na Tomada da Decisão Judicial: Uma abordagem preliminar, sendo esta uma contribuição expandida e atualizada dos estudos sobre o tema.

[2] Doutoranda em Psicologia na Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), com bolsa do CNPq. Mestra em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: gabriela.perissinotto.almeida@gmail.com.

[3] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: robertotcestari@gmail.com.

[4] Livre-docente pela FDRP-USP. Professor do Departamento de Filosofia do Direito e Disciplinas Básicas da FDRP-USP. Correio eletrônico: nojiri@usp.br.

As Ciências Sociais, a Psicologia e a Economia Experimental, porém, evoluíram muito desde então, de forma que é possível hoje realizarmos alguns experimentos com o objetivo de aferir quais fatores influenciam a decisão judicial e que poderiam ser responsáveis, assim, pela parcialidade judicial. Nesse sentido, uma série de estudos foram feitos para testar cada uma das hipóteses elencadas acima (momento em que a decisão é tomada, ideologia, instituições, vieses e estereótipos), e mostram que os realistas estavam corretos quanto às suas suposições acerca da parcialidade dos juízes na decisão judicial.

Com relação ao (i.) momento do dia em que a decisão é tomada, Danziger, Levav e Avnaim-Pesso (2011) alegam que uma pausa para o café pode ser determinante para aumentar a proporção de liberdades condicionais concedidas. Quanto às (ii.) ideologias políticas, Segal e Spaeth (1993, 2002) desenvolveram o *Modelo Atitudinal* que elenca juízes e relaciona suas decisões com o binômio ideológico liberal/conservador. Quanto às (iii.) regras institucionais, Epstein e Knight (1998) popularizaram o chamado *Modelo Estratégico* da decisão judicial. Em relação aos (iv.) vieses cognitivos, os trabalhos de Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2001, 2002 e 2007) se destacam por mostrarem a influência de atalhos mentais no processo de tomada de decisão. Também os (v.) estereótipos, como os relacionados a gênero e raça, são questões centrais em estudos sobre a influência de noções pré-concebidas e amplamente compartilhadas acerca de pessoas no processo decisório. Por fim, e não menos relevante dos fatores extralegais, temos a (vi.) emoção no processo de tomada da decisão judicial. A visão predominante sobre o direito e as suas conseqüentes formas de julgamento é a de que o direito e as suas decisões devem ser governados pela razão, e que a emoção é contrária a essa razão e que é a razão que deve controlar, suprimir e dominar a emoção. Essa visão convencional sobre o direito e as decisões judiciais será objeto de uma análise crítica.

Embora a agenda de pesquisa sobre fatores extralegais na decisão judicial seja bastante abrangente, no Brasil, trata-se ainda de um tema pouco explorado, como comprovado por Cestari (2016). O autor estudou 782 teses e dissertações brasileiras que versam sobre este tema e chegou a algumas conclusões sobre o estado atual da pesquisa em teoria judicial: em primeiro lugar, quando tomamos a pesquisa

nacional sobre decisão judicial, nota-se que não há um consenso definido sobre o que seria decisão judicial - confundem-se, por exemplo, abordagens normativas e teóricas com ativismo judicial e abordagens mais descritivas; razão pela qual, quase a totalidade dos trabalhos desenvolvidos no Brasil são normativos e não descritivos, isto é, em linhas simples, eles tentam dizer como deveriam os juízes decidir, e não o que eles decidem de fato^[5].

Em razão disso, o objetivo deste artigo é apresentar uma revisão preliminar da literatura acerca de estudos que testam as hipóteses acima elencadas de fatores extralegais que comprometem a imparcialidade no julgamento das decisões judiciais, a começar pela influência do momento em que a decisão é tomada pelo juiz.

MOMENTO DA DECISÃO

Danziger, Levav e Avnaim-Pesso (2011), no estudo intitulado *Extraneous factor in judicial decisions*, testaram empiricamente a seguinte questão extraída de um jargão do movimento realista: um juiz decide conforme o que ele comeu no café da manhã.

A ideia realista de que haveria uma associação entre as refeições dos juízes e suas respectivas decisões já havia sido criticada em *What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making*, por Kozinski (1993), para quem os juízes, de fato, gozam de discricionariedade, mas ela está sujeita a alguns limites. Em seu artigo, o autor destacou três deles: o respeito próprio do juiz; os colegas, os quais poderão rever sua decisão em caso de recurso; e o sistema político, que reage a casos em específico de tempos em tempos.

Kozinski sustentou, ainda, a existência de alguns princípios que ditam os resultados dos julgamentos em muitos casos, sendo o primeiro deles que a linguagem tem significado; o segundo, que juízes devem seguir precedentes; e, por fim, que

[5] Para sermos mais exatos, das pesquisas analisadas, 88,9% eram normativas, enquanto apenas 11,1% eram descritivas.

os juízes devem duvidar de seus instintos. O autor considerou, nesse sentido, equivocada a posição dos realistas de que os juízes seguiriam seus instintos.

Por outro lado, trabalhos posteriores mostraram que decisões subseqüentes aumentam a tendência a julgamentos intuitivos (POCHEPTSOVA *et al*, 2009) e que algumas intervenções podem ser realizadas de modo a restaurar as funções iniciais e evitar a fadiga, como uma curta pausa para o descanso (TYLER; BURNS, 2008) e o aumento do nível de glicose no sangue (GAILLIOT; BAUMEISTER, 2007 e HAGGER *et al*, 2010).

Diante dessas controvérsias - e determinados a testar o ditado realista -, Danziger, Levav e Avnaim-Pesso (2011) analisaram decisões acerca de liberdade condicional promulgadas por juízes experientes (em média 22,5 anos de exercício da magistratura), a fim de testar a hipótese de que juízes seriam mais suscetíveis a manter o *status quo*, e, portanto, negar a concessão de liberdade condicional, conforme avançassem na sequênciade julgamentos. Para tanto, analisaram 1112 decisões judiciais, coletadas em 50 dias, durante o período de 10 meses, proferidas por 8 juízes judeus-israelenses, sendo duas mulheres e seis homens. Cada painel formado para decidir os pedidos de liberdade condicional era composto por um(a) juiz(a), um(a) criminólogo(a) e um(a) assistente social, de modo que os dois últimos aconselhassem o juiz ao decidir. A cada dia eram julgados, em sequênciade julgamentos, entre 14 e 35 casos, e cada um deles demandava cerca de seis minutos para ser julgado. Ainda, durante o dia, foram consideradas duas pausas que os juízes fazem: uma para o lanche da manhã e outra para o almoço. Desse modo, foi possível distinguir três períodos de decisão: antes do lanche; após o lanche e antes do almoço; e após o almoço. Já as decisões foram classificadas tendo em vista dois grupos: pedido aceito e pedido negado.

Os pesquisadores concluíram que os juízes eram mais propensos a julgar a favor do pedido de liberdade condicional no começo do dia ou após a pausa para refeição, em detrimento de decisões ao final da sequênciade julgamentos. Os dados mostram que a probabilidade de o julgamento ser favorável variava de 65%, nos primeiros casos analisados, a zero, nos últimos casos da sequênciade julgamentos, e voltava a 65% após o intervalo para refeição.

É importante notar que aspectos como número prévio de encarceramento, gravidade do crime cometido, tempo de pena cumprido e inserção em programa de reabilitação foram considerados pelos pesquisadores e submetidos à análise estatística, não sendo considerados relevantes para o resultado obtido. Alguns outros pontos, entretanto, devem ser considerados limites na análise dos dados, como a possibilidade de algum critério desconhecido ter sido utilizado para determinar a sequênciade julgamentos, o que comprometeria os resultados obtidos pela pesquisa.

O estudo sugere que, apesar de não ser possível afirmar que a justiça é o que o juiz comeu no café da manhã, as decisões judiciais podem ser influenciadas por pausas para as refeições. Os resultados desse estudo indicam que fatores estranhos ao processo podem influenciar as decisões dos juízes.

A pesquisa realizada por Danziger, Levav e Avnaim-Pesso foi amplamente divulgada, tornando-se conhecida não somente em ambientes acadêmicos, mas também pelo público em geral. No entanto, ela recebeu muitas críticas. Um dos trabalhos críticos mais conhecidos é de autoria de Andreas Glöckner (2016). Glöckner não chega a demonstrar que fatores externos às decisões não estavam influenciando os juízes, mas ele mostrou como o mesmo resultado poderia ter sido produzido por juízes inteiramente racionais, interagindo com os protocolos exigidos pelo sistema legal.

A análise de Glöckner considera que decisões favoráveis demoram mais do que as desfavoráveis (7.37 a 5.11 minutos vs 5.21 a 4.97 minutos) e que os juízes são capazes de calcular quanto tempo um caso poderá levar para ser decidido antes de começar (de pistas como o tamanho do processo, o tipo de requerimento, a representação legal do preso, algumas particularidades de seu advogado, a prisão, e assim por diante). Dessa forma, a partir do limite de tempo que os juízes têm em mente, para cada uma das três sessões do dia, eles tenderão a evitar os casos iniciais que estimam que excederão o limite de tempo para a sessão atual (GLÖCKNER, 2016, p. 603).

Glöckner realizou uma simulação com decisões de um juiz ideal que faz escolhas sem erros e preconceitos. Ele presumiu que as decisões teriam um limite de tempo

aproximado para cada sessão e que os juízes se debruçariam sobre esses casos até verificarem que um deles poderia ultrapassar esse limite. O caso que seria muito longo não seria mais resolvido na sessão atual, mas se tornaria o primeiro da próxima sessão (GLÖCKNER, 2016, p. 603).

Os resultados obtidos por Glöckner indicam que, mesmo seguindo a mesma abordagem de Danziger, Levav e Avnaim-Pesso, um juiz racional, trabalhando em casos que são apresentados em ordem aleatória, mostraria uma probabilidade fortemente decrescente de uma decisão favorável no final da sessão. Até mesmo a forma da curva e a magnitude do efeito são comparáveis àquelas observadas por Danziger, Levav e Avnaim-Pesso. A análise estatística realizada por Glöckner revela que as primeiras decisões são mais favoráveis do que as posteriores, semelhantemente ao estudo de Danziger, Levav e Avnaim-Pesso (GLÖCKNER, 2016, p. 604).

A pesquisa de Glöckner mostra, de forma detalhada, como um (hipotético) juiz racional pode gerar um padrão de resultados que até então parecia ser apenas explicável pela influência de fatores extralegais nas decisões dos juízes. Isso coloca em dúvida a premissa de que as interrupções das refeições dos juízes é que estariam influenciando, de maneira decisiva, o resultado das decisões de liberdade condicional.

Uma outra frente de críticas partiu de uma pesquisa realizada por Keren Weinshall-Margel e John Shapard na qual foram analisados os dados fornecidos por Danziger, Levav e Avnaim-Pesso, mais dados adicionais de 12 dias de audiência (227 decisões). Além disso, foram entrevistados mais três advogados, um juiz de liberdade condicional e cinco funcionários dos Serviços Penitenciários e de Administração de Tribunais Israelenses. Weinshall-Margel e Shapard verificaram que a solicitação dos casos é não aleatória e que vários fatores contribuem para a tendência de queda no sucesso dos pedidos dos presos entre as pausas para refeição. Um desses fatores está relacionado com a representação judicial dos presos. Os que não possuem advogados constituídos têm menos probabilidade de receber liberdade condicional do que os com advogados. Verificou-se, ainda, que os presos não representados representam cerca de um terço de todos os casos, mas seus julgamentos duram

apenas 15% do tempo, enquanto os presos com advogado alcançam uma taxa de 35% do tempo (WEINSHALL-MARGEL; SHAPARD, 2011, p. E833).

Verificou, ainda, que a taxa de sucesso dos presos acompanhados por advogado era de 67% e 39% para os não representados legalmente. As taxas de sucesso iniciavam com cerca de 75% de sucesso, caindo para 42% no final de uma sessão. Weinshall-Margel e Shapard suspeitam que o padrão de taxas de sucesso em declínio é resultado do fato de a audiência representar os presos acompanhados de advogado em primeiro lugar, seguidos, posteriormente, de presos sem o acompanhamento técnico. Além disso, os dados obtidos por Weinshall-Margel e Shapard indicaram que, em média, 4,1 presos por dia tinham “acompanhamento compartilhado”, que é uma prática comum na qual um advogado apresenta todos os seus casos de uma só vez, na ordem que deseja. A suspeita é de que os advogados apresentam seus melhores casos primeiro e deixam os casos mais fracos para o final, aumentando a tendência de queda do sucesso dos presos (WEINSHALL-MARGEL; SHAPARD, 2011, p. E833).

A análise de Weinshall-Margel e Shapard, portanto, não apoia a conclusão de que as decisões de liberdade condicional são influenciadas por fatores legalmente irrelevantes como, por exemplo, um intervalo para refeição. Não há, segundo esses pesquisadores, evidências de que as interrupções das refeições afetem as decisões dos conselhos de administração penitenciária.

IDEOLOGIA POLÍTICA

Se pode haver alguma dúvida a respeito da influência do café da manhã, não resta muita dúvida a respeito do papel que a ideologia política ocupa no processo de tomada de decisão judicial. Ninguém - e juízes estão inclusos neste grupo - consegue ignorar totalmente suas preferências político-partidárias ou sua orientação ideológica. Esta é a afirmação que embasa a abordagem atitudinal^[6], que está intimamente relacionada com a teoria política.

[6] A *abordagem atitudinal* é uma tradução de *attitudinal approach*. *Attitude* é um falso cognato, uma vez que significa “ponto de vista” ou “ideologia”, ao invés de “atitude”.

Simplificadamente, um estudo atitudinal tentará (i.) classificar os juízes de acordo com sua ideologia (conservadores x liberais); bem como (ii.) classificar as decisões judiciais de acordo com sua orientação ideológica (conservadoras x liberais); e, por fim, tentar relacionar (i.) com (ii.). Se houver alguma correlação significativa entre a ideologia dos juízes (i.) e suas decisões (ii.), então pode-se afirmar que a ideologia político-partidária desempenha papel proeminente como fator que influencia uma decisão judicial.

A abordagem atitudinal pode ser reconstruída desde os trabalhos de Schubert (1965), em que o autor tentou classificar os juízes conforme seus “pontos ideais de ideologia”. Uma das formas pelas quais conseguiu realizar a classificação foi estudando as decisões dos juízes em casos de mandados de busca e apreensão. Quanto mais o juiz era favorável ao Estado (em detrimento das liberdades civis), mais ele era considerado conservador. Quanto mais o juiz era favorável às liberdades civis (em contraposição ao poder do Estado), menos conservador (e mais liberal) ele era considerado. Dessa forma, de acordo com as decisões nesses casos, Schubert conseguiu fazer uma espécie de *ranking* de ideologia entre os juízes.

Outra abordagem clássica para “classificar” juízes de acordo com sua ideologia é investigar *quem* indicou determinado juiz para aquela posição (FERREIRA, 2013). É possível pressupor que juízes escolhidos por membros de partidos mais conservadores sejam considerados conservadores. Do mesmo modo, com juízes apontados por membros de partidos mais liberais. Note, entretanto, que esta análise é binária, uma vez que apenas considera um juiz conservador ou liberal, e não os classifica de acordo com uma escala (afinal, pode haver juízes mais ou menos conservadores e juízes mais ou menos liberais).

Esse problema foi resolvido por Segal e Cover (1989), que desenharam um índice (conhecido como *Segal-Cover Score*) que mediria a ideologia política. O método utilizado ficou famoso por sua criatividade: os autores (e uma equipe de pesquisadores) classificavam os editoriais de jornais (inicialmente quatro grandes jornais americanos, dois mais liberais e dois mais conservadores) que falavam dos juízes nomeados para a Suprema Corte Americana. Para fazer isso os pesquisadores contavam o número de parágrafos que denotavam que aquele juiz era conservador, subtraindo do número de parágrafos que indicavam que o

mesmo juiz era liberal. O valor final era dividido pelo total de parágrafos analisados, sendo o resultado uma pontuação entre -1.00 e +1.00. Juízes com pontuação perto de -1.00 eram considerados extremamente conservadores, ao passo que juízes com pontuação ao redor de +1.00 eram considerados extremamente liberais.

Seguindo na “evolução” das métricas de ideologia, Martin e Quinn (2002) desenvolveram uma metodologia que, dentre outras características, resolvia um importante problema que persistia no *Segal-Cover Score*: a estaticidade dos dados. Uma vez que o *Segal-Cover* era proveniente de editoriais de jornais *anteriores* aos respectivos juízes tomarem posse na Suprema Corte Americana, o índice não captava possíveis mudanças quanto à ideologia dos juízes ao longo do tempo. O Martin-Quinn é um índice que busca fazer isso ao usar um algoritmo que gera uma série temporal como resultado: o índice de cada juiz ao longo dos anos. Essa metodologia é bastante complexa e utiliza algoritmos computacionais (mais especificamente o algoritmo *Markov chain Monte Carlo*).

E no Brasil? Existem estudos^[7] que adotam e outros que criticam a abordagem atitudinal para Ministros do Supremo Tribunal Federal. Grande parte deles é desenvolvido por acadêmicos das ciências políticas e parecem chegar ao mesmo desafio: como calcular a ideologia? É difícil, senão impossível, realizarmos, tal como nos EUA, uma distinção ideológica definida entre *conservadores* e *liberais*.

Além disso, no STF, a maior parte das decisões tomadas (mais de 80%) é monocrática, nas quais aspectos ideológicos se tornam menos evidentes. Uma das características dos fatores extralegais (ratificada pelo modelo atitudinal) é que eles são mais facilmente percebidos e identificados quanto mais controversos são os casos.

Esse elevado número de decisões monocráticas, somado ao fato de que menos de 1% dos casos chega a ser analisado por todos os ministros em plenário (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013, p. 113), pode sugerir que, no Brasil, para a maior parte das demandas que chegam ao STF, o direito por si só consegue dar uma resposta fácil e que, portanto, não há grandes controvérsias.

[7] Nesse sentido, ver, por exemplo, os trabalhos de Ribeiro e Arguelhes (2013), Jaloretto e Mueller (2011), Oliveira (2008), Leoni e Ramos (2006), Desposato, Ingram e Lannes (2012) e Ferreira (2013).

Como se nota, além das preferências ideológicas, a dinâmica institucional dos tribunais brasileiros também deve ser levada em consideração na análise da influência de fatores extrajurídicos nas decisões judiciais, que será melhor analisada no próximo tópico.

FATORES INSTITUCIONAIS E ESTRATÉGICOS

O ambiente institucional em que os juízes estão envolvidos, as próprias instituições, ou as “regras do jogo”, segundo a famosa definição de Douglass North (1993), cumprem um papel fundamental na tomada de decisão judicial. Conscientes da organização institucional do poder judiciário, os juízes poderiam então agir de forma estratégica em suas decisões para alcançar seus objetivos. Dito de outra maneira, além de os juízes julgarem conforme suas preferências políticas - o que o modelo atitudinal já previa -, eles agem estrategicamente a fim de fazê-las prevalecer no exercício da atividade jurisdicional.

Dessa forma, em um julgamento colegiado, por exemplo, seria necessário levar em consideração as decisões dos demais pares, sendo que uma decisão mais moderada poderia angariar a maioria dos votos e levar a um desfecho mais próximo do desejado pelo magistrado, em detrimento de uma decisão mais radical que não teria adesão dos demais. Este seria um exemplo de comportamento estratégico interno, que leva em consideração a interação entre os juízes de um mesmo colegiado, entretanto, também é possível falar em comportamento estratégico externo, isto é, aquele que analisa a relação entre as cortes e/ou entre a corte e outras instituições e agentes, como o poder executivo e a opinião pública (MELLO, 2018).

O problema com a abordagem estratégica é o desafio empírico. Como medir, por exemplo, qual a influência da pressão por celeridade no julgamento dos juízes? Como o processo seletivo dos concursos para ingresso na magistratura influencia as decisões a serem tomadas pelos juízes aprovados? Julgamentos transmitidos

pela TV Justiça mudam o comportamento judicial^[8]? Qual o peso do relator na decisão final colegiada? Todas estas são perguntas importantes de pesquisa, mas que ainda não foram plenamente desenvolvidas.

Marks (1988) é pioneiro ao desenvolver uma abordagem estratégica dos juízes. Ele estudou que, nos Estados Unidos, em razão das decisões dos magistrados poderem ser, em tese, revertidas pelo Congresso americano, os juízes então julgariam de forma que suas decisões não apenas refletissem o resultado que o sistema jurídico daria para a controvérsia (abordagem tradicional/legal), ou refletisse a ideologia dos juízes (abordagem atitudinal), mas levando em consideração a possibilidade de reforma da decisão pelo Congresso (SPILLER; GELY, 2007).

Trazendo a análise estratégica/institucional para os dias atuais, Epstein e Knight (1998) são referências no tema, com a seminal obra *The Choices Justices Make*. Em linhas simples, os autores fazem a seguinte pressuposição: “juízes querem que o direito reflita suas preferências políticas”. Desta forma, os juízes, além de não serem imparciais ao decidir, irão agir estrategicamente - em relação a seus colegas e ao ambiente institucional - de modo a reafirmarem suas preferências.

Ao mesmo tempo em que a obra é basilar para a teoria estratégica, ela está intimamente relacionada ao ambiente judicial americano e pouco da pesquisa empírica realizada pelos autores pode ser aproveitado tendo em vista o contexto brasileiro. O que é importante aqui, entretanto, é a criatividade empírica e a inspiração para que abordagens deste tipo sejam mais presentes em estudos sobre comportamento judicial que começam a ser pensados no Brasil.

Nesse sentido, Patrícia Mello (2018), ao analisar a atuação estratégica no Supremo Tribunal Federal (STF), constatou que essa atividade pode ser desempenhada com base em decisões procedimentais e em decisões substantivas. No primeiro caso, se enquadram a inclusão em pauta para julgamento, que depende de quem ocupa a presidência do colegiado, e o pedido de vista interruptivo da sessão de julgamento, a exemplo do caso de interrupção da gestação de fetos

[8] Nesse sentido, o trabalho de Fonte (2013), que relaciona o tamanho do voto dos ministros do STF com o advento da TV Justiça. Este trabalho, entretanto, não traz nenhuma análise/preensão de causalidade (o voto aumentou *em decorrência* da TV Justiça?).

anencefálicos, cuja cautelar havia sido indeferida pelo plenário, que demonstrou pouca receptividade à tese, e sete anos mais tarde, quando o mérito foi julgado e com a mudança de composição do plenário, a decisão se deu de maneira oposta. Já no segundo rol de análises, se insere, por exemplo, a opção do Ministro Barroso em restringir o julgamento da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal à maconha, sob a justificativa de que haveria mais chance de conquistar a maioria no plenário, sem perder a interlocução com a sociedade.

O poder de um juiz para agir estrategicamente, fazendo prevalecer suas convicções nos desfechos dos litígios que julga, é ainda maior nas demandas em que ele é sorteado para ser relator do caso. Segundo pesquisa realizada pela professora Fabiana Luci de Oliveira (2012), dos 692 julgamentos colegiados de ações diretas de inconstitucionalidade realizados pelo STF entre janeiro de 1999 e dezembro de 2006, apenas 6 tiveram um resultado diferente do que dispunha o voto do ministro relator, ou seja, o voto do relator foi igual à decisão final em 99% dos casos (OLIVEIRA, 2012, p. 109). Por outro lado, estudos mais recentes sugerem que quando o relator do caso é do sexo feminino, há maior probabilidade de que os demais juízes divirjam de seu voto (GOMES, NOGUEIRA, ARGUELHES, 2018).

Embora seja possível questionar a atribuição desses resultados ao comportamento estratégico dos juízes, é certo que este é um fator a ser levado em consideração - o que não impede que analisemos a influência de outros aspectos extralegais nas decisões judiciais, a exemplo dos estudos sobre as heurísticas e os vieses de julgamento.

HEURÍSTICAS E VIESES COGNITIVOS

Heurísticas podem ser conceituadas como “regras gerais de influência utilizadas pelos sujeitos para chegar aos seus julgamentos em tarefas decisórias de incerteza” (TONETTO *et al*, 2006, p. 182), ou seja, são atalhos usados pelos indivíduos ao decidirem em situação de incerteza. Para Kahneman (2011), elas podem ser consideradas uma vantagem evolutiva, mas também podem levar a desvios sistemáticos de julgamento, denominados vieses.

Gigerenzer e Engel (2006) entendem que as heurísticas são relevantes no contexto jurídico em diversos aspectos, pois podem influenciar tanto aqueles que criam e aplicam a lei, como seu público destinatário. Nesse sentido, Guthrie, Rachlinski e Wistrich realizaram diversos estudos (2002, 2001, 2007) com o objetivo de aferir a influência das heurísticas e vieses cognitivos na tomada da decisão judicial, sendo o mais completo deles o artigo *Inside the Judicial Mind* (2001). A pesquisa testou a incidência de cinco vieses no processo decisório de juízes federais norteamericanos: *ancoragem*, *enquadramento*, *retrospecto*, *representatividade* e *egocentrismo*.

A *ancoragem* está relacionada ao uso de valores iniciais disponíveis, de modo que, ao se fazer uma estimativa, o valor final será baseado, de certa forma, no valor inicial (GUTHRIE *et al*, 2001, p. 787–788). Estudos mostram que mesmo uma âncora arbitrária pode enviesar o julgamento, como no caso do resultado obtido em um lance de dados e a severidade da pena cominada pelos participantes do estudo (ENGLISH; MUSSWEILER; STRACK, 2006). O viés de *enquadramento*, por sua vez, mostra a influência do contexto ou da forma como são apresentadas as opções para escolha do sujeito (GUTHRIE *et al*, 2001, p. 794), enquanto que o viés de *retrospecto* sugere que as pessoas superestimam sua capacidade de prever eventos passados (GUTHRIE *et al*, 2001, p. 799). A heurística da *representatividade* está associada à tendência de as pessoas fazerem julgamentos a partir do que entendem como típico daquela categoria, abrangendo o julgamento por estereótipos (GUTHRIE *et al*, 2001, p. 805), que pode levar a julgamentos discriminatórios. Por fim, o viés do *egocentrismo* mostra que as pessoas tendem a superestimar suas habilidades, o que as leva a acreditar que estão acima da média (GUTHRIE *et al*, 2001, p. 811–812). Os autores concluíram que juízes são suscetíveis a esses desvios cognitivos, sendo que em três dos vieses testados eles obtêm resultados comparáveis à população em geral e apenas em dois deles (enquadramento e representatividade) os resultados são um pouco melhores que a população em geral, mas, ainda assim, enviesados. Freitas (2013) elenca outros vieses que podem interferir na tomada da decisão judicial, entre os quais: o viés da confirmação e o viés do *status quo*. O primeiro está relacionado a uma predisposição dos indivíduos de focarem em dados e informações que tão somente ratifiquem suas crenças e opiniões preliminares, ignorando provas em contrário que poderiam acionar seu sistema deliberativo

(FREITAS, 2013, p. 233), enquanto o segundo remete a uma predisposição a manter escolhas feitas, ainda que não sejam funcionais, ou sejam anacrônicas e obsoletas (FREITAS, 2013, p. 234 e 235).

Embora grande parte dos estudos realizados no Brasil sejam descritivos e busquem promover a divulgação das pesquisas internacionais sobre heurísticas e vieses de julgamento nas decisões judiciais (FREITAS, 2013; HORTA, 2014; MORAES, TABAK, 2018), alguns estudos experimentais começam a ser desenvolvidos, como a pesquisa de Leal e Ribeiro (2018). Os autores investigaram a heurística da ancoragem na fixação de danos morais em ações consumeristas que tramitavam no Juizado Especial Cível do Rio de Janeiro, adotando como hipótese que os valores pedidos pelo consumidor/demandante a título de danos morais atuavam como âncora para o juiz ao fixar o valor da indenização. Com exceção das indenizações fixadas contra o setor aéreo, em que foi verificada maior correlação entre o valor pedido e a indenização fixada pelo juiz, o efeito de ancoragem foi considerado baixo. No entanto, os pesquisadores concluíram que fatores como o valor pedido pelo demandante ser “redondo” ou “quebrado” influenciaram o resultado, de modo que havia maior correlação entre a indenização fixada pelo juiz e os valores quando eram “quebrados”. Dessa forma, ao testarem o efeito da ancoragem, os autores acabaram encontrando efeitos de enquadramento (*framing*).

Ainda no contexto das heurísticas e vieses cognitivos, trataremos, na sequência, dos julgamentos por estereótipo, que se inserem na heurística da representatividade.

ESTEREÓTIPOS^[9]

[9] A opção por abordar os estudos sobre estereótipos nas decisões judiciais em apartado, apesar de estarem inseridos na heurística da representatividade, deve-se ao fato de ser este um dos principais objetos de estudo do DIPSIN - Grupo de Estudos de Direito, Psicologia e Neurociência e das pesquisas desenvolvidas na Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, no projeto Teorias da Decisão e Métodos de Investigação. Apresentaremos neste tópico algumas das pesquisas desenvolvidas neste núcleo, entre as quais: Giansante (2018), Almeida (2017) e Rodrigues (2019).

Estereótipos consistem em generalizações de uma determinada característica para toda uma categoria ou grupo de pessoas (TAJFEL, 1969, p. 81-82), ou seja, eles refletem uma visão abrangente de atributos que determinados grupos ou indivíduos possuem ou que a sociedade espera que eles possuam. Assim como no caso das demais heurísticas, estereotipar pode ser útil, pois auxilia na simplificação da realidade, além de preservar o sistema de valores de um grupo e fomentar a criação de uma identidade social. Esse mecanismo pode funcionar quando os estereótipos têm um conteúdo positivo ou neutro; no entanto, essa utilidade cessa nas muitas das vezes em que esse conteúdo é negativo – o que pode acontecer devido à generalização estar ligada ao sistema de crenças e valores dominantes na sociedade.

Nesse sentido, estudos empíricos têm demonstrado que recorrer a estereótipos ao realizar um julgamento é um dos principais fatores que leva à discriminação, ainda que esse atalho não seja utilizado de maneira consciente, com a finalidade de favorecer alguns indivíduos em detrimento de outros. Essas pesquisas sugerem que grupos considerados minoritários sob uma perspectiva sociológica, isto é, que não se atém ao aspecto numérico, mas às condições de subordinação a que esses grupos são submetidos na sociedade em decorrência das relações de poder, parecem ser alvos frequentes dos atalhos cognitivos no contexto do judiciário, que se torna produtor e reproduzidor de estereótipos a eles relacionados (LEVIT, 2006).

Partindo desse pressuposto, quer seja, de que o Judiciário é um órgão produtor e reproduzidor de estereótipos, Ana Letícia Valladão Giansante (2018) analisou sentenças do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferidas em ações de internação compulsória, entre os anos de 2016 e 2017. A autora verificou que é comum a associação do usuário de drogas a uma figura extremamente perigosa, um verdadeiro criminoso que transgride a ordem e a moral pública, além de ser alguém considerado incapaz, instável e sem autocontrole. Com a criação e reprodução desse discurso, o Judiciário transforma práticas que deveriam ser protetivas em práticas punitivas, que violam os direitos humanos.

Algo semelhante ocorre com a produção e reprodução dos estereótipos de gênero, considerados generalizações relativas a características, comportamentos e papéis que a sociedade espera que as mulheres ou os homens desempenhem,

a depender de seu sexo (COOK; CUSACK, 2010). Esses estereótipos podem levar ao enviesamento do julgamento e a resultados discriminatórios, que reforcem preconceitos e papéis sociais associados às mulheres ou que reforcem o binarismo imposto pela heteronormatividade.

Nessa perspectiva se insere o estudo realizado por Levinson e Young (2010), cujo objetivo foi testar a hipótese de o viés de gênero levar à discriminação nas profissões relacionadas ao direito. A pesquisa mostrou que mulheres ainda são associadas ao lar e à família, enquanto que o exercício de atividades jurídicas, como ser juiz, ainda é associado a homens. Desse modo, o exercício da atividade legal por uma mulher ainda é considerado por uma grande parcela da sociedade um comportamento contraestereotípico e, portanto, recriminável.

Luiza Costa e outros pesquisadores (2019) também estudaram o viés de gênero, dessa vez nas decisões sobre guarda compartilhada a partir do paradoxo abstrato/concreto. O estudo mostrou que, apesar de as pessoas concordarem com a ideia de guarda compartilhada, nos casos concretos houve uma preferência pela concessão de guarda unilateral para a mãe. O resultado sugere que persiste a associação entre as atividades de cuidado dos filhos e a figura materna, de modo que estereótipos da mulher como mãe continuam vigentes na sociedade.

Alguns estudos sobre estereótipos nas decisões judiciais têm sido desenvolvidos pelo grupo de pesquisa em Direito, Psicologia e Neurociência (DIPSIN), da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-USP. Entre eles, a dissertação de mestrado de Gabriela Perissinotto de Almeida (2017) verificou que, nos crimes de estupro, ocorre uma inversão do julgamento, de modo que é a conduta pregressa da vítima que será analisada. Com isso, se a vítima se aproximar da imagem de mulher honesta, o que dependerá, sobretudo, da análise de sua vida sexual pregressa, poderá ser “absolvida” e merecer a condenação de seu agressor. Caso contrário, sofrerá reiterados questionamentos acerca da veracidade de seu depoimento, tornando-se alguém de quem se deve desconfiar.

Utilizando uma metodologia semelhante, Ana Luiza Rodrigues (2019), em sua dissertação de mestrado, analisou sentenças criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que a parte ré era designada transexual ou travesti,

a fim de identificar a existência de estereótipos de gênero nessas decisões. A autora classificou os estereótipos com os quais se deparou em quatro categorias: (i) as travestis não são “mulheres de verdade”; (ii) ser travesti é sinônimo de ser prostituta; (iii) travestis são criminosas; e, por fim, (iv) travestis não são confiáveis.

Os estudos descritos indicam a possibilidade de os juízes não apenas estarem longe de serem imparciais, mas promoverem a revitimização dos sujeitos que recorrem ao judiciário para verem seus direitos resguardados. Com isso, deixam de ser garantidores da Constituição e demais leis, tornando-se violadores de direitos e garantias.

AS EMOÇÕES

De acordo com uma visão convencional do direito, o processo de tomada de decisão judicial se caracteriza como um processo racional no qual a razão calcula a melhor maneira de atingir seu objetivo. No entanto, pesquisas de diferentes áreas da ciência cognitiva mostraram que as decisões e ações humanas, em geral, são muito mais influenciadas pela intuição e respostas emocionais do que pensava anteriormente a teoria tradicional do direito.

O processo de tomada de decisão foi, desde os tempos de Platão, considerado um processo racional, embora a influência das emoções não fosse totalmente rejeitada^[10]. É comum na história da filosofia encontrarmos pensadores menosprezando o papel das emoções na implementação dos objetivos de uma decisão, apresentando a razão e a emoção em posições diametralmente opostas. O racionalismo iluminista contribuiu muito com a ideia de que devemos agir de acordo com a razão se desejarmos atingir os objetivos almejados. O resultado

[10] No diálogo Fedro, Platão constrói a analogia da alma como um ente orgânico formado por um cocheiro e dois cavalos (um bom e outro mau). De acordo com Platão, o bom cavalo possui autocontrole e o outro, movido pelas emoções, obedece somente ao chicote, tendo o cocheiro a função de mediar essas forças opostas, simbolizando, assim, uma espécie de “alma racional” (PLATÃO, 2002). Em sua grande obra República, também é possível verificar a forma negativa com a qual Platão trata as emoções comparativamente com a razão. Para ele, as emoções ocupariam o espaço “inferior” e a razão a parte “superior” da alma humana (PLATÃO, 2004).

disso é a supervalorização do autocontrole e da consciência e a negação da impulsividade e dos aspectos subliminares da mente humana^[11].

A teoria do direito convencional costuma afirmar que os juízes devem deixar para trás todas as suas predileções pessoais, suas crenças e seus compromissos morais e emocionais no ato de julgar. Sentimentos, valores e opiniões pessoais devem ser irrelevantes para o resultado do processo judicial, uma vez que a única obrigação do juiz é para com aquilo que a lei exige.

Mas o que há de errado na descrição acima, tão prestigiada pela doutrina jurídica tradicional?

A persistente crença na antinomia entre razão e emoção, como dois entes separados e irreconciliáveis, largamente enraizada na cultura jurídica nacional e estrangeira, desconhecem o importante fato que as ciências e as neurociências vêm comprovando: de que emoção e razão estão interconectadas, e não separadas, ou seja, de que é incorreta a afirmação de que a razão e a emoção estão apartadas ou que devam ser estudadas separadamente.

Ademais, imaginar que os processos de tomada de decisão judicial, especialmente aqueles que envolvem questões normativamente complexas, são resultado de um encadeamento de deliberações exclusivamente racionais é ignorar aquilo que o filósofo Owen Flanagan chama de “princípio do realismo psicológico mínimo” (*principle of minimal psychological realism*). Não é possível, de acordo com Flanagan, que “criaturas como nós” deixemos de lado todas as nossas suposições e valores quando raciocinamos e decidimos (BANDES, 2011, p. 02). Uma coisa é afirmar que a deliberação racional é *desejável*, outra, bem diversa, é saber como, de fato, os juízes tomam suas decisões.

[11] Esse pensamento pode ser facilmente encontrado em várias passagens da obra de Kant. Para ele, o ser humano é capaz de se aperfeiçoar, segundo as finalidades por ele próprio traçadas, por ser um animal dotado da faculdade da razão. Aqui, um bom exemplo da reflexão kantiana: “O ser humano está destinado, por sua razão, a estar numa sociedade com seres humanos e a se cultivar, civilizar e moralizar nela por meio das artes e das ciências, e por maior que seja sua propensão animal a se abandonar passivamente aos atrativos da comodidade e do bem-estar, que ele denomina felicidade, ele está destinado a se tornar ativamente digno da humanidade na luta com os obstáculos que a rudeza de sua natureza coloca para ele” (KANT, 2006, p. 239).

Isso nos leva a uma questão interessante, já explorada, décadas atrás, pelos realistas jurídicos norte-americanos, que é o da distinção entre o processo deliberativo que ocorre em nossas mentes e as razões apresentadas para esse raciocínio. Os realistas argumentaram que, especialmente naqueles casos considerados difíceis, o raciocínio judicial utilizado não se apresenta de forma silogística ou mecânica (puramente racional), mas que os juízes respondem primariamente ao estímulo dos fatos, e não às regras e razões legais. Brian Leiter nomeou esse traço característico de “a principal alegação” (the core claim) do realismo jurídico (LEITER, 2002, p. 7).

Se os realistas estiverem certos (e as ciências cognitivas do século XXI tendem a reforçar as suas afirmações), o processo de tomada de decisão judicial decorre, em boa medida, de processos mentais subconscientes parcialmente automáticos. Nesse sentido, as razões conscientes são muitas vezes apenas explicações *post-hoc*, de reflexões subjetivas.

Assim, a questão de como nós raciocinamos deve ser distinguida da questão de quais razões damos para nossas decisões. A questão de como os juízes chegam às suas decisões deve ser compreendida separadamente da questão de como os juízes articulam e expressam suas próprias decisões (BANDES, 2011, p. 03).

Partindo do pressuposto de que o direito influencia diretamente o comportamento humano, é de se estranhar as razões pelas quais os estudos das ciências comportamentais, como por exemplo a Psicologia, que se dedicam à investigação dessas questões, foram por tanto tempo ignoradas ou, no máximo, tratadas de forma fragmentada e assistemática. E essa situação se agrava ainda mais ao tratarmos da relação entre o direito e as emoções. As leis promulgadas e os consequentes comentários doutrinários frequentemente se baseiam em uma psicologia popular desatualizada, potencializando os perigos das aplicações equivocadas de conceitos que envolvem referidas emoções.

A necessidade, portanto, de uma abordagem interdisciplinar para responder a essas questões parece evidente. Recentes e importantes pesquisas realizadas em outras áreas do conhecimento estimulam a reflexão no campo do direito para o pujante e complexo tema das emoções. Nesse contexto interdisciplinar,

nos Estados Unidos da América, ganhou força o movimento direito e emoções (*law and emotions*).

Apesar da vasta produção acadêmica nesse campo, mas considerando o reduzido espaço de desenvolvimento para o tema, iremos realizar apenas uma breve síntese histórica desse movimento, dividindo-o em três partes, conforme sugerido por Carlton J. Patrick (PATRICK, 2015, p. 1242-1243).

Patrick menciona um primeiro período que se inicia com uma palestra do juiz William J. Brennan, de 1987, chamada de *Reason, Passion, and "The Progress of the Law"*. Embora já tivesse havido algumas menções isoladas sobre a emoção, a palestra de Brennan, defendendo o papel da emoção na tomada de decisões judiciais, marca o ponto de partida de um período de maior conhecimento acadêmico sobre o tema. A palestra e o simpósio que se seguiram são especialmente significativos porque destacam os dois temas que viriam definir o conhecimento inicial do direito e das emoções: a relação entre razão e emoção, e a defesa do reconhecimento do papel que as emoções desempenham no direito (PATRICK, 2015, p. 1243).

Teóricas feministas do direito foram particularmente influentes nessas duas áreas, tentando mostrar que emoções como empatia e compaixão devem ser reconhecidas como forças legítimas no direito, em franco contraste com a versão irrealista de "razão" que a teoria tradicional tendia a exaltar. Textos como o de Lynne Henderson, *Legality and Empathy*, de 1987, e *The Dialogue of Heart and Head*, de 1988, além do artigo escrito por Martha Minow & Elizabeth V. Spelman, *Passion for Justice*, 1988, são característicos desse pensamento (PATRICK, 2015, p. 1243).

Logo, importantes estudos foram sendo publicados, como *Two Conceptions of Emotion in Criminal Law*, de Dan Kahan e Martha Nussbaum, no qual procuraram enquadrar e explorar a relação entre emoção e cognição, e *The Anatomy of Disgust*, de William Miller, no qual escreveu sobre o papel do nojo no direito. A partir do aumento de interesse, outras disciplinas acadêmicas começaram a passar por um processo de reconhecimento da emoção. Economistas, psicólogos, sociólogos, filósofos e neurocientistas se voltaram para o tema, muitas vezes espelhando as discussões que ocorriam na literatura jurídica. Como resultado dessa virada em direção às emoções, o conhecimento jurídico foi se tornando cada vez mais

interdisciplinar, integrando cada vez mais as percepções de outros campos. A combinação dessas tendências (aumento no interesse pelas emoções e pelas abordagens realizadas por outras disciplinas) criou uma base acadêmica que preparou o terreno para o período de rápida expansão que o campo teria na próxima década (PATRICK, 2015, p. 1244-1245).

No segundo período do movimento Direito e Emoções, que Patrick delimita entre os anos de 1999 a 2006, se destaca a obra *The Passions of Law*, uma coletânea de artigos organizada por Susan Bandes, publicada em 1999. *The Passions of Law* agiu como um poderoso catalisador que delineou a transição do direito e das emoções de um agrupamento incipiente de interesses para um movimento pronto para ser difundido. Esta coleção de ensaios serviu para conectar os movimentos inter-relacionados da década anterior. A introdução escrita por Bandes serviu como uma proclamação para a comunidade jurídica de que: 1) as emoções permeiam o direito; 2) a avaliação de qualquer emoção em particular dependerá de seu contexto jurídico; 3) é necessário um esforço interdisciplinar para entender emoções. Os ensaios que constam do livro foram escritos por estudiosos de uma série de disciplinas, de dentro e de fora do direito. A consequência disso foi a expansão das linhas divisórias dos estudos sobre direito e emoções e a necessidade de a emoção ser reconhecida como uma parte integral e inevitável do sistema legal (PATRICK, 2015, p. 1246-1247).

Com a publicação de *The Passions of Law*, seguiram-se várias resenhas de livros e simpósios, e uma onda de novas publicações tratando de Direito e Emoções. Essa onda também foi alimentada por uma mudança de foco da legitimidade das emoções no direito para exames mais especializados das emoções individuais. À medida que os estudos tomavam esse rumo mais descritivo, a amplitude e o volume dos artigos expandiam-se exponencialmente. O início dos anos 2000 viu a publicação dos mais variados artigos, por exemplo, sobre humilhação no ambiente de trabalho, emoção na negociação, a relação entre avaliar culpas e danos, a relação entre emoção e julgamentos morais, o papel do medo, emoções no direito de propriedade, emoções na regulação de valores mobiliários. Explorações das emoções do jurado e o papel das emoções em como e por que punimos (PATRICK, 2015, p. 1247-1248).

Por fim, o período que vai de 2006 até os dias atuais. De acordo com Patrick, em meados da década de 2000, os estudos sobre Direito e Emoções avançavam em duas direções. De um lado, com o prosseguimento da rápida expansão da primeira metade da década, aprofundando em questões anteriores e ramificando em novas direções interdisciplinares, como o direito e a neurociência, com uma ênfase crescente na análise normativa. Por outro lado, o grande volume de trabalho produzido nas duas décadas anteriores permitiu que os acadêmicos começassem a diminuir o zoom e fazer um balanço do Direito e Emoções enquanto um *movimento*, com a catalogação da grande quantidade de trabalho realizado até o momento, identificando temas e questões comuns. Revisões posteriores começaram a colocar uma ênfase crescente na definição do propósito do campo do Direito e das Emoções com a identificação de suas possíveis contribuições. Abrams e Keren (e mais tarde, Bandes e Blumenthal), por exemplo, sugeriram que O Direito e as Emoções buscam principalmente 1) iluminar os papéis que as emoções desempenham em problemas legais; 2) investigar esses papéis através de análise interdisciplinar; e 3) integrar estes resultados em recomendações normativas para a lei. Esses resultados poderiam contribuir para reformas normativas como “revisar a doutrina, reconsiderar o desenho das instituições legais ou a atribuição de papéis institucionais, visitar os objetivos da política ou seus meios de implementação e repensar os meios de comunicação e persuasão” (PATRICK, 2015, p. 1248-1249). Atualmente, não se deveria mais contestar o fato de que as emoções estão presentes no direito; é difícil encontrar um aspecto do direito que ainda não tenha sido abordado pelo movimento Direito e Emoções. No entanto, muitas questões continuam a perturbar os estudiosos desse campo. Qual o papel que as emoções ocupam (ou devem ocupar) no julgamento? E no tribunal do júri? O nojo é algo que deve ser aceito e aproveitado, ou deveria ser totalmente expulso do direito? O assassino que age no calor da paixão é menos culpado e, em caso afirmativo, por quê? A humilhação é uma forma efetiva e/ou aceitável de punição? (PATRICK, 2015, p. 1249-1250). Infelizmente, essas e outras questões que envolvem as emoções e que influenciam o processo de tomada de decisão judicial ainda estão longe de resposta consensual.

E no Brasil? Alguns estudos têm sido desenvolvidos pelo Núcleo de Estudos sobre Razão, Direito e Sentimentos Morais (NERDS), na PUC-Rio. Entre eles, destacamos a proposta de cartografia, realizada por Noel Struchiner e Rodrigo Tavares (2014), que mapeia os estudos sobre direito e emoções, classificando-os em três eixos temáticos: (i) direito, emoções e responsabilidade; (ii) direito, emoções e tomada da decisão; e, por fim, (iii) emoções, efetividade e legitimidade do direito. O segundo eixo - que concerne ao tema deste artigo - aborda a aproximação das emoções com a realização de juízos valorativos, sobretudo de natureza moral.

Nessa perspectiva, inserem-se outros estudos realizado pelo NERDS, como o trabalho de Noel Struchiner (2011) sobre os aspectos negativos da empatia na esfera jurídica, o artigo de Rodrigo Tavares e Ivar Hannikainen (2018) quanto ao impacto do nojo nas decisões judiciais e o artigo de Úrsula Simões da Costa Cunha Vasconcellos, Noel Struchiner e Ivar Hannikainen (2018), que discute, com base em dois experimentos, as implicações e riscos advindos do uso do conceito de felicidade na prática judicial.

Mais recentemente, alguns estudos foram sendo publicados. Um bom exemplo é o texto de autoria de Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna, Pensar Direito e Emoção: uma cartografia no qual a autora busca realizar, através de um breve percurso histórico, o mapeamento do espaço da emoção no direito (LUNA, 2018).

CONCLUSÃO

A ideia de que uma decisão judicial possa ser influenciada por fatores supostamente estranhos ao direito é geralmente tratada como tabu nos tribunais e nas faculdades de direito. No entanto, é necessário admitir que em muitas situações o direito não oferece uma solução adequada aos casos concretos, ou oferece *várias* soluções possíveis. Em situações como essas, fatores extraleais podem exercer um papel determinante nas decisões, razão pela qual são necessários estudos que tenham como objetivo abordar questões dessa natureza, afinal, a “primeira providência para não enveredar em desvios cognitivos consiste em conhecê-los.” (FREITAS, 2013, p. 223).

Apesar de serem intrigantes, modelos que levem em consideração fatores extralegais na tomada da decisão judicial ainda não são suficientemente precisos^[12] - o que não é necessariamente um fator negativo, já que não existe incompatibilidade entre as diferentes abordagens e não há aqui pretensão para se eleger o modelo mais preditivo. Cada uma das abordagens traz para o universo do direito indícios de uma resposta alcançada há algum tempo por outras áreas do conhecimento, como a Psicologia: o processo decisório é mais complexo do que a simples aplicação da lei ao caso concreto.

Abordar teorias descritivas e experimentais, contudo, não significa rejeitar a abordagem tradicional prevista pelas teorias normativas, tampouco negar o direito como um todo. Muitos autores que valorizam o estudo de fatores extralegais^[13] continuam a acreditar que o direito e a abordagem tradicional/legal ainda são o “padrão-ouro” para a tomada de decisão judicial. Adicionar esse novo elemento ao direito consiste apenas em reconhecer a importância desses fatores, que podem levar ao aprimoramento dos julgamentos e do sistema de justiça como um todo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de. **Estereótipos de gênero sobre mulheres vítimas de estupro: uma abordagem a partir do viés de gênero e dos estudos de teóricas feministas do Direito**. 2017. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito - inédito), Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo.

[12] Não são incomuns exemplos de tentativas de se «acertar» o resultado das decisões judiciais. Em sua dissertação de mestrado, Roberto Cestari (2016, p. 115) elenca algumas tentativas de se prever o resultado da decisão judicial de forma puramente matemática: utilizando-se apenas algoritmos e modelos estatísticos.

[13] A esse respeito: “Backgrounds will vary, attitudes will differ, environments will change, but the law remains the alpha and omega of judicial decisionmaking” (SISK; HEISE; MORRIS, 1998, p. 1500). Nesse sentido, ver também: “We know that the effects of belief systems and other non-doctrinal factors play a role in all judicial systems, albeit to varying degrees, so legal scholars will continue to study and speculate about these hidden factors. For now, and for probably a long time to come, it is sensible for lawyers and judges to disregard the unknown and to continue to participate in what appears to be a rational, doctrinal legal process” (DROBAK; NORTH, 2004, p. 152).

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; CESTARI, Roberto. **Fatores extrajurídicos na tomada da decisão judicial: uma abordagem preliminar**. In: NOJIRI, Sérgio. (Org.). *Direito, Psicologia e Neurociência*. 1ªed. Ribeirão Preto: IELD, 2016, p. 169-185.

BANDES, Susan A. **The passions of law**. New York University Press, 2011.

CESTARI, Roberto Tagliari. **Decisão Judicial e Realismo Jurídico: evolução das pesquisas sobre comportamento judicial**. 2016. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito - inédito), Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo.

COOK, Rebecca; CUSACK, Simone. **Estereótipos de gênero**. Perspectivas legais transnacionais. Bogotá: Profamilia, 2010.

COSTA, Luiza Lopes Franco; ESTEVES, Ana Beatriz Dillon; KREIMER, Roxana; STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivar. Gender stereotypes underlie child custody decisions. **European Journal of Social Psychology**, v. 49, n. 3, p. 548-559, 2019.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, v. 108, p. 6889–6892, 2011.

DESPOSATO, Scott W; INGRAM, Matthew C; LANNES, Osmar P. Judicial Behavior in Civil Law Systems: Changing Patterns on the Brazilian Supremo Tribunal Federal Scott W. Desposato, Matthew C. Ingram, and Osmar P. Lannes 1. **CICLO 2012 DO PROGRAMA DE SEMINÁRIOS CIEF-CERME-LAPCIPP-MESP**, p. 1–41, 2012.

DROBAK, J. N.; NORTH, D. C. Understanding Judicial Decision-Making: The Importance of Constraints on Non-Rational Deliberations. **Journal of Law & Policy**, 865(1988), 131–152. 2004

ENGEL, Cristoph; GIGERENZER, Gerd. Law and Heuristics: an interdisciplinary venture. In: **Heuristics and the Law** (pp. 1–16). Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2006.

ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing Dice With Criminal Sentences: The influence of irrelevant anchors on experts’ judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, v. 32, n. 2, fev, p. 188-200, 2006.

- EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The choices judges make**. CQ Press, 1998.
- FERREIRA, Pedro F A Nery. **Como Decidem os Ministros do STF: Pontos Ideais e Dimensões de Preferências**. 2013.
- FONTE, Felipe de Melo. **O Supremo Tribunal Federal antes e depois da TV Justiça: rumo à sociedade aberta de telespectadores?** 2013. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. New York: Brentano's, 1930.
- FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013.
- GAILLIOT, Matthew T.; BAUMEISTER, Roy F. The Physiology of Willpower: linking blood glucose to self-control. **Personality and Social Psychology Review**, v. 11, n. 4, nov, p. 303-327, 2007.
- GIANSANTE, Ana Letícia Valladão. **(Re) pensando a internação compulsória de usuários de drogas: os reflexos dos estereótipos e discursos nos processos judiciais e na efetivação de direitos fundamentais**. 2018. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito - inédito), Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo.
- GLÖCKNER, Andreas. The irrational hungry judge effect revisited: Simulations reveal that themagnitude of the effect is overestimated. **Judgment and Decision Making**, v. 11, n. 6, 2016.
- GOMES, Juliana Cesário Alvim; NOGUEIRA, Rafaela; ARGUELHES, Diego Werneck. Gênero e comportamento judicial no supremo tribunal federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 08, n. 02, p. 854-876, 2018.
- GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, AndrewJ. Blinking on the bench: How judges decide cases. **Cornell Law Review**, 2007.
- _____. **Judging by Heuristic-Cognitive Illusions in Judicial Decision Making**. *Judicature*, 44-50, 2002.
- _____. Inside the judicial mind. **Cornell Law Review**, v. 86, n. 4, p. 777-830, 2001.
- HAGGER, Martin S. [et al]. Ego depletion and the strength model of self-control: a meta-analysis. **Psychological Bulletin**, v. 136, n. 4, p. 495-525, 2010.
- HESPANHA, António Manuel. El estatuto jurídico de la mujer en el derecho común clásico. **Revista Jurídica**, v. 4, p. 71-88, 2001.
- HORTA, Ricardo Lins e. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. **Diálogos sobre a justiça**, Brasília, n. 02, p. 38-48, mai./ago. 2014.
- HUTCHESON, Joseph. The Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decision. **Cornell Lq**, v. 14, p. 274-288, 1928.
- JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal - uma análise empírica. **Economics Analysis of Law Review**, v. 2, n. 1, p. 170-187, 2011.
- KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KANT, Immanuel. **Antropologia de um ponto de vista pragmático**. Tradução: Clélia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2006.
- KOZINSKI, Alex. What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making. **Loyola of Los Angeles Law Review**, v. 26, jun, p. 993-999, 1993.
- LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 08, n. 02, p. 777-799, 2018.
- LEITER, Brian. Legal Realisms, old and new. **Valparaiso University Law Review**, 2014.

- _____. LEITER, Brian. American Legal Realism, The University of Texas School of Law, **Public Law and Legal Theory Research Paper**, n. 042, 2002.
- LEONI, Eduardo L.; RAMOS, Antonio P. **Judicial Preferences and Judicial Independence in New Democracies: The Case of the Brazilian Supreme Court**. (early draft). 2006. Disponível em: <http://eduardoleoni.com/workingpapers/SupPref.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- LEVINSON, Justin D.; YOUNG, Danielle. Implicit Gender Bias in the Legal Profession: An Empirical Study. **Duke Journal of Gender Law & Policy**, v. 18, n. 1, p. 1-44, 2010.
- LEVIT, Nancy. Confronting conventional thinking: the heuristics problem in feminist legal theory. **Cardozo Law Review**, v. 28, p. 1-82, 2006.
- LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca. Pensar direito e emoção: uma cartografia. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 27-47, 2018.
- MARKS, Brian A. A model of judicial influence on congressional policy-making: Grove City College v. Bell. **Working Paper in Political Science**, Hoover Institution, p. 88-7, 1988.
- MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M. Dynamic Ideal Point Estimation via Markov Chain Monte Carlo for the U.S. Supreme Court, 1953-1999. **Political Analysis**, v. 10, n. 2, p. 134-153, 2002.
- MELLO, Patricia Perone Campos. "A vida como ela é": comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 08, n. 02, p. 688-718, 2018.
- MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 02, mai./ago., p. 618-653, 2018.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci. Justice, Professionalism, and Politics in the Exercise of Judicial Review by Brazil's Supreme Court. **Brazilian Political Science Review**, v. 3, n. 2, p. 93-116, 2008.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 27, n. 80, p. 89-115, out., 2012.
- PATRICK, Carlton J. A New Synthesis for Law and Emotions: Insights from the Behavioral Sciences, **Arizona State Law Journal**, Volume 47 Issue 4 (Winter), 2015.
- PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou "cortesia"?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- PLATÃO. **Phaedrus** (Translate with an Introduction and Notes by Robin Waterfield), New York: Oxford University Press, 2002.
- _____. **A república**. Tradução Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004.
- POCHEPTSOVA, Anastasiya [et al]. Deciding without resources: resource depletion and choice in context. **Journal of Marketing Research**, v. XLVI, p. 344-355, 2009.
- RADIN, Max. The theory of judicial decision: Or how judges think. **American Bar Association Journal** 11: 357-62, 1925.
- RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro /Institutional assumptions of theories on judicial behavior and their transposition to the Brazilian case. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013.
- RODRIGUES, Ana Luiza. **Estereótipos sobre transgêneros em sentenças criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo: imparcialidade e o mito do juiz racional**. 2019. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito - inédito), Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo.
- SCHUBERT, Glendon. **The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946-1963**. Northwestern University Press, 1965.

- SCOTT, Joan W. Gender: A useful category of historical analysis. **The American Historical Review**, v. 91, n. 5, dez, p. 1053-1075, 1986.
- SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model**. Cambridge University Press, 1993.
- _____. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. Cambridge University Press, v. 66, 2002.
- SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices. **The American Political Science Review**, v. 83, n. 2, p. 557-565, 1989.
- SISK, Gregory C.; HEISE, Michael; MORRISS, Andrew P. Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning. **N.Y.U. L. Rev.**, v. 73, p. 1377, 1998.
- SPILLER, Pablo T; GELY, Rafael. Strategic Judicial Decision Making. **National Bureau of Economic Research Working Paper Series**. December, p. 1-9, 2007.
- STRUCHINER, Noel. No empathy towards empathy. Making the case for autistic decision-making. In: **The Nature of Law: Contemporary Perspectives**, Hamilton, 2011.
- STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. Direito & Emoções: uma proposta de cartografia. In: _____. **Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2014, p. 109-135.
- TAJFEL, Henri. Cognitive Aspects of Prejudice. **Journal of Social Issues**, v. XXV, n. 4, p. 79-97, 1969.
- TAMANAH, Brian Z. **Understanding Legal Realism**. *Tex. L. Rev.*, p. 731-785, 2008.
- TAVARES, Rodrigo; HANNIKAINEN, Ivar Rodríguez. Casos de Revirar o Estômago: evidências preliminares do nojo como fator de influência nas decisões judiciais. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 5, n. 1, p. 67-78, 2018.
- TONETTO, Leandro Miletto [et al]. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 23, n. 2, p. 181-189, 2006.
- TYLER, James M.; BURNS, Kathleen C. After depletion: the replenishment of the self's regulatory resources. **Self Ident**, v. 7, p. 305-321, 2008.
- VASCONCELLOS, Úrsula Simões da Costa Cunha; STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivar. A infeliz busca por felicidade no direito. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**, v. 08, n. 02, p. 153-176, 2018.
- WEINSHALL-MARGEL, Keren; SHAPARD, John. Overlooked factors in the analysis of parole decisions, **PNAS**, v. 108, no. 42, 2011.

ESTUDOS DE GÊNERO E DESENVOLVIMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Beatriz Carvalho Nogueira^[1]
Juliana Oliveira Domingues^[2]

INTRODUÇÃO

O presente artigo decorre da dissertação depositada e defendida no ano de 2018 sob o título “Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres: análise jurisprudencial da esterilização sem consentimento e do aborto no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)” na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP).^[3]

[1] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: beatrizcnogueira@gmail.com.

[2] Doutora em Direito pela PUC-SP. Professora do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: julianadomingues@usp.br.

[3] O objetivo da pesquisa foi analisar as construções jurídicas sobre os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, especialmente em relação às (i) esterilizações realizadas sem o seu consentimento e (ii)

Diante da área de concentração do programa de mestrado (“Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”) e da linha de pesquisa no qual se inseriu a dissertação, qual seja, “Desenvolvimento, democracia e instituições”, foi necessário analisarmos os modelos de desenvolvimento e suas compatibilizações com o respeito dos direitos humanos e os princípios constitucionais necessários à consecução do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, é importante que haja políticas públicas, inclusive no Poder Judiciário, voltadas à transformação social, à igualdade, liberdade e igualdade da pessoa humana, com enfoque na importância do respeito aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres pelo Estado.

Este artigo traz as discussões relacionadas às teorias de Desenvolvimento que enfrentam a temática da igualdade de gênero em suas diversas formas e que, conseqüentemente, valorizam as políticas de proteção e efetivação dos direitos humanos das mulheres. Como foi possível avaliar, essas políticas são necessárias à agenda dos Estados e dos organismos internacionais.

De modo complementar, foram trazidas discussões teóricas iniciais que relacionaram o Gênero ao Desenvolvimento, bem como os modos de incorporação dessas teorias na agenda do Banco Mundial.

Devido à proposta da pesquisa, e considerado o marco teórico do programa de mestrado, as principais contribuições teóricas dos estudos realizados por Amartya Sen adaptados à temática foram exploradas, tendo em vista que muitas das categorias propostas pelo autor foram incorporadas aos relatórios das instituições internacionais de desenvolvimento, destacando-se os direitos de bem-estar das mulheres e sua condição de agente.

Por fim, os principais aspectos das teorias do “Bem Viver” foram analisados. Tais teorias passaram a ter destaque na pauta de movimentos sociais latino-americanos objetivando uma nova visão de desenvolvimento: descolonizadora e despatriarcalizadora.

aos abortos realizados pelas mulheres ou com o seu consentimento e suas conseqüências à autonomia sexual e reprodutiva das mulheres (NOGUEIRA, 2018).

2 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E GÊNERO: ASPECTOS RELEVANTES

Os direitos sexuais e reprodutivos, assim como a saúde sexual e reprodutiva das mulheres são contextualizados não apenas como uma questão relacionada à saúde, mas também como parte importante dos direitos humanos das mulheres e do próprio processo de desenvolvimento. Devido a esses impactos, os primeiros compromissos internacionais a respeito da garantia da saúde sexual e reprodutiva das mulheres ocorreram em Conferências Internacionais sobre População e Desenvolvimento.

O movimento que relacionou o direito das mulheres e o desenvolvimento iniciou-se na década de 70, sob a denominação *Women in Development* e teve como principal objetivo a análise dos efeitos do desenvolvimento sobre as Mulheres do “Terceiro Mundo”. Essa escola foi marcada pelo texto *Woman’s Role in Economic Development* escrito por Ester Boserup,^[4] no qual foi analisado o papel das mulheres na economia agrícola da Ásia e da África, bem como as diferenças em relação aos papéis desempenhados pelos homens nessas atividades de produção (BENERÍA; SEN, 1981, p. 279).

Esse e outros estudos na mesma temática tiveram grande contribuição ao inserirem os reflexos das desigualdades que atingiam as mulheres no campo de estudos do desenvolvimento. Nos Estados Unidos, o movimento *Women in Development* foi responsável, até mesmo, pela exigência de que agências de desenvolvimento passassem a inserir as questões relacionadas às mulheres em seus planos, com a denominada Emenda Percy^[5] (MUELLER, 1991, p. 1).

Apesar dessa contribuição, Lourdes Benería e Gita Sen (1981, p. 281-297), apontam três principais críticas aos estudos de Boserup. A primeira corresponde ao caráter puramente empírico e descritivo de sua obra, não havendo um quadro teórico

claro. Além disso, os conceitos que a autora utilizou foram neoclássicos, o que limitou suas análises.

A segunda crítica baseia-se no fato de que Boserup tomou como referência um único modelo de desenvolvimento: o modelo capitalista. Isso porque, entende que as mulheres devem participar também dos ganhos que a modernização oferece. Esse entendimento leva à conclusão de que a modernização seria inevitável e benéfica também aos países então denominados Terceiro Mundo. Ignora, dessa forma, os processos de acumulação de capital e seus efeitos na subordinação das mulheres de diferentes classes, em especial nos países colonizados. Para as autoras, deveria ser destacado que o problema não consiste na falta de participação das mulheres nos processos de modernização, mas sim na subordinação que é provocada pelos próprios processos de acumulação capitalista (BENERÍA; SEN, 1981, p. 284-290).

Mueller (1991, p. 2), no mesmo sentido dessa segunda crítica feita por Benería e Sen (1981, p. 284-290) refuta o próprio paradigma de desenvolvimento que se buscou relacionar aos estudos feministas. O desenvolvimento, mesmo com algumas características reformuladas, apenas teria o objetivo de constituir uma ordem mundial capitalista, abarcando diversos aspectos apontados pelas teorias para encaixá-los em parâmetros de mercado, lucro e capital.

A terceira crítica apontada pelas autoras consiste no fato de que seus estudos não incorporaram as críticas feministas em relação ao papel reprodutivo das mulheres como um fator determinante da divisão sexual do trabalho e das relações de subordinação entre homens e mulheres. Assim, teriam ignorado as opressões e as relações de poder ocorridas tanto na esfera pública quanto no ambiente doméstico. Em resumo, a função de reprodução das mulheres como determinante para o seu papel econômico não foi abordada por esses estudos (BENERÍA; SEN, 1981, p. 290-297).

Dillyane de Sousa Ribeiro (2013, p. 3) ainda enfatiza que são dirigidas críticas à descrição das mulheres realizada por Boserup, como um grupo estável, coerente em seus interesses e sem distinções ou considerações referentes à classe ou mesmo à raça ou etnia.

[4] Ester Boserup foi uma economista dinamarquesa que desenvolveu trabalhos nas Nações Unidas principalmente nos estudos de desenvolvimento econômico e agrícola.

[5] A Emenda Percy buscou obrigar a *United States Agency for International Development* (USAID), agência de ajuda externa dos Estados Unidos, a reforçar a integração das mulheres em seus projetos de desenvolvimento nas economias dos países assistidos (RIBEIRO, 2013, p. 2-3).

De modo geral, percebemos que o maior problema apontado pelos críticos a esses estudos iniciais é que eles buscavam explicar o que se passava com as mulheres dos países então denominados “Terceiro Mundo”, partindo do ponto de vista e dos conceitos elaborados tomando-se em conta as experiências das mulheres de “Primeiro Mundo” e os padrões desses países.

As teorias de *Women in Development* teriam sido, assim, incorporadas pelas principais agências de desenvolvimento para atender aos interesses dessas agências e dos próprios países de Primeiro Mundo de forma que, ao mesmo tempo em que incorporam esses estudos, impuseram aos países de Terceiro Mundo medidas econômicas, políticas e sociais que reforçaram seu status de subdesenvolvimento (MUELLER, 1991, p. 4).

Mantém-se, portanto, as diferenças estruturais entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos que impactam diretamente as mulheres dos países do Sul, ainda mais as pertencentes a outras categorias de discriminação como raça/etnia, deficiências, classe etc. Isso porque, os estudos centram suas análises nos diferentes papéis desempenhados pelas mulheres nos processos de modernização, sem levar em conta que é o próprio processo de acumulação capitalista que enfatiza a subordinação das mulheres. Não buscam, portanto, a superação da estrutura geradora dessa subordinação.

Mesmo reconhecendo as contradições desses trabalhos, Mueller (1991, p. 16) ressalta a importância desse tipo de produção no aparato do desenvolvimento e enfatiza a necessidade de que ela esteja voltada à eliminação das estruturas que provocam as hierarquias de gênero, classe e raça/etnia.

Ainda nos anos 1970, foi apresentada outra perspectiva para a discussão das desigualdades de gênero e desenvolvimento, denominada *Gender and Development*, que propôs o estudo do aspecto relacional da subordinação das mulheres, bem como no acesso das mulheres a recursos e nas tomadas de decisões (ALMEIDA NETO, 2017, p. 8).

O que se observou em muitos casos, contudo, foi a reprodução das ideias do movimento *Women in Development*, alterando-se apenas os termos utilizados (RIBEIRO, 2013, p. 3). Como veremos a seguir, essas teorias foram adotadas pelo

Banco Mundial e passaram a nortear as ações da instituição na eliminação das desigualdades de gênero.

2.1 TEORIAS DE GÊNERO E DESENVOLVIMENTO NA AGENDA DO BANCO MUNDIAL

Apenas em 1994^[6] o Banco Mundial passou a avaliar e propor estratégias que aumentassem a participação política das mulheres no âmbito do desenvolvimento econômico, atraindo as bases teóricas, principalmente da escola *Gender and Development*. Esse enfoque baseou-se, contudo, apenas na preocupação com o aumento da produtividade das mulheres, ou seja, na sua utilização instrumental. Antes desse período, as avaliações da relação gênero e desenvolvimento pela instituição ocorreram somente por pressão de parcela de funcionários e diretores que estudavam o tema ou de estímulos externos como os eventos promovidos pela ONU, nos quais eram chamados para apresentarem suas contribuições (RIBEIRO, 2013, p. 8).

De todo modo, observa-se que, apesar dos movimentos de gênero e desenvolvimento terem sido adotados por agências de desenvolvimento ainda na década de 70, no Banco Mundial, o assunto não teve grande visibilidade até meados dos anos 90. Em momento anterior, o enfoque prioritariamente dado pela instituição era relacionado ao controle demográfico. Não se questionava, portanto, os papéis de gênero, mas já se apontava o caráter instrumental do aumento da “eficiência” das mulheres para que essa força de trabalho se tornasse útil ao desenvolvimento dos países. A perspectiva de gênero a agenda do Banco Mundial coincide, assim, com a IV Conferência Mundial sobre a Mulher realizada pela ONU em 1995 (SILVA, 2017, p. 5).

Recentemente o tema voltou a ser destacado numa abordagem que claramente traz a relação da igualdade de gênero com o processo de desenvolvimento. Em 2012, o Banco Mundial enfatizou esses estudos no “Relatório sobre o desenvolvimento mundial: Igualdade de gênero e desenvolvimento”, que iremos apresentar a seguir.

[6] O marco dessas discussões no âmbito do Banco Mundial foi o Relatório “Enhancing Women’s Participation in Economic Development: a World Bank Policy Paper” (SILVA, 2017, p. 6).

De acordo com a instituição, a igualdade de gênero é o objetivo essencial do desenvolvimento e, desse modo, possui grande importância na formulação de políticas. O Relatório destaca, também, que apenas o desenvolvimento econômico não é suficiente para a redução das disparidades entre os gêneros, sendo necessária a formulação de políticas públicas com esse objetivo específico (BANCO MUNDIAL, 2012, p. vii).

O Banco Mundial indicou quatro áreas prioritárias para o avanço das políticas necessárias à igualdade de gênero: (a) redução de hiatos de gênero em capital humano, principalmente em relação à mortalidade feminina e educação; (b) preenchimento de lacunas de gênero em acesso às oportunidades econômicas, rendimento e produtividade; (c) redução das diferenças de gênero em voz e capacidade de decidir na sociedade; (d) limitação da reprodução da desigualdade de gênero entre as gerações.

O Relatório apresenta duas justificativas para que as políticas visem à igualdade de gênero: intrínseca e instrumental. A importância intrínseca consiste na capacidade de viver a vida que se deseja e ser poupado da privação absoluta (direito humano básico). A importância instrumental, por sua vez, refere-se ao fato de que uma maior igualdade de gênero contribui para a eficiência econômica^[7] e de outros essenciais ao desenvolvimento.

No aspecto instrumental enfatiza a necessidade de que as barreiras que impedem as mulheres de terem o mesmo acesso que os homens à educação, oportunidades econômicas e insumos produtivos que podem gerar ganhos de produtividade sejam removidas. Além disso, a eliminação das desigualdades também introduziria outros resultados do desenvolvimento às próximas gerações e nivelaria as condições de competitividade, de modo que homens e mulheres poderiam, em equidade, tornarem-se politicamente ativos, tomar decisões e formular políticas (BANCO MUNDIAL, 2012, p. 3).

Nesse primeiro aspecto, ressaltamos que a efetividade dos direitos das mulheres continua a ser utilizada pelo Banco Mundial como “economia inteligente”, que aumentaria a produtividade e melhoraria outros resultados do desenvolvimento.

[7] Sobre eficiência econômica, veja-se: DOMINGUES; GABAN, 2016. p. 94 e ss.

Não se baseia, portanto, na importância de que as barreiras de gênero sejam eliminadas para que sejam assegurados os direitos humanos das mulheres, mas sim no aumento da força produtiva e nos benefícios ao desenvolvimento econômico que essas políticas teriam.

Especialmente quanto ao aspecto intrínseco da igualdade, o Relatório baseia-se nos conceitos de Amartya Sen,^[8] relacionando o desenvolvimento como processo de expansão de liberdade a todas as pessoas. Considerando a utilização de seus conceitos pela instituição, iremos analisar os principais aspectos de sua teoria.

Segundo o autor, o desenvolvimento deve ter não apenas como objetivo, mas também como meio a “eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer preponderantemente sua condição de agente” (SEN, 2000, p. 10).

A expansão das liberdades reais, para Sen (2000, p. 17-18), depende não somente do aumento do Produto Interno Bruto, do aumento das rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social, mas também de determinantes sociais e econômicos (serviços de educação e saúde) e de direitos civis e políticos.

As principais fontes de privação das liberdades, para o autor, seriam a pobreza e a tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência de Estados repressivos (SEN, 2000, p. 18).

Para Sen (2000, p. 18), a liberdade não é apenas central por servir como método de avaliação do desenvolvimento, mas também porque a própria realização do desenvolvimento depende da condição de agente das pessoas. Para o autor, há cinco tipos distintos de liberdade: 1) liberdades políticas; 2) facilidades econômicas;

[8] Sen “[...] defende a ideia de que é relevante a análise de privação de capacidades, que vá além das questões de pobreza (relacionada à renda), pois assim seria possível entender melhor a pobreza dentro de um contexto de liberdades humanas. [...] Esse critério das capacidades avalia, portanto, de forma mais abrangente a questão das desigualdades. Ressalte-se que tais desigualdades não são puramente econômicas, mas também sociais. Dessa maneira, SEN explica que o Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas.” (DOMINGUES, 2010, p. 103-104).

3) oportunidades sociais; 4) garantias de transparência e 5) segurança protetora. Esses tipos de liberdades são vinculados e podem se fortalecer:

As liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais. Além de reconhecer, fundamentalmente, a importância avaliatória da liberdade, precisamos entender a notável relação empírica que vincula, umas às outras, liberdades diferentes. Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras (SEN, 2000, pp. 25-26).

Partindo desses pressupostos, Sen (2000, p. 220-221) passa a analisar especificamente as políticas voltadas às mulheres necessárias para o desenvolvimento. O autor considera que devem ser garantidos às mulheres dois principais grupos de direitos: os direitos de bem-estar e os direitos que propiciem sua condição de agente.

Especificamente em relação à condição de agente às mulheres, o autor enfatiza o papel que ela possui na eliminação dos aspectos que reduzem o seu bem-estar:

Trabalhos empíricos recentes evidenciaram o modo como o respeito e a consideração pelo bem-estar das mulheres são acentuadamente influenciados por variáveis como o potencial das mulheres para auferir uma renda independente, encontrar emprego fora de casa, ter direitos de propriedade, ser alfabetizadas e participar como pessoas instruídas nas decisões dentro e fora da família. (SEN, 2000, p. 222).

De acordo com Sen (2000, p. 224-225), a garantia de condição de agente das mulheres contribui diretamente para o fortalecimento da voz ativa das mulheres, tanto no âmbito privado quanto no público. No âmbito privado, o autor ressalta os ganhos que o poder de agência das mulheres produz nas famílias, exemplificando com a diminuição na mortalidade infantil. Já em relação ao âmbito público, enfatiza que as discussões quanto aos temas sociais, incluindo os próprios direitos das mulheres sobre a fecundidade, por exemplo, podem ser positivamente impactadas pela voz ativa das mulheres.

O autor também considera que a participação das mulheres em atividades políticas, sociais e econômicas traz grandes benefícios não somente para o núcleo familiar das mulheres, mas também para a sociedade em geral: “nada atualmente é tão importante na economia política do desenvolvimento quanto o reconhecimento adequado da participação e da liderança política, econômica e social das mulheres. Esse é um aspecto crucial do desenvolvimento como liberdade” (SEN, 2000, p. 220).

Sen expressamente ressalta a necessidade de que o desenvolvimento dos Estados envolva o compromisso com os direitos humanos das mulheres e com a efetivação da igualdade entre homens e mulheres. Além disso, é enfático ao exigir que a condição de agente das mulheres seja priorizada.

Partindo-se desses conceitos, ressalta a necessidade de que a autonomia das mulheres, principalmente no exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, faça parte das agendas de desenvolvimento dos Estados.

Observamos que a teoria apresentada por Amartya Sen apresenta inúmeras contribuições, principalmente ao abandonar o crescimento econômico como principal medida, utilizando a liberdade dos indivíduos não só como objetivo final, mas como o caminho do próprio desenvolvimento. Reconhece ainda a importância da condição de agente dos sujeitos e, expressamente, das mulheres, auxiliando que os organismos de desenvolvimento passassem a adotar essa perspectiva em seus relatórios e em suas políticas.

Nesse contexto, especificamente em relação aos direitos sexuais e reprodutivos e ao tratamento dispensado ao aborto, a autora Beatriz Galli (2012, p. 12-13) reforça que a criminalização do aborto possui impacto desproporcional às mulheres, citando, por exemplo, as mulheres jovens, pobres e rurais, razão pela qual, a descriminalização do aborto deve ser uma meta do paradigma de desenvolvimento adotado, reduzindo a mortalidade materna, efetivando a justiça social e a igualdade de gênero e permitindo que as mulheres decidam o número e o espaçamento dos filhos sem qualquer tipo de discriminação.

Sen propõe uma ideia de desenvolvimento alternativa à noção de crescimento econômico, preocupando-se com as desigualdades a partir de um paradigma de justiça social, valorando as liberdades positivas dos sujeitos. Além disso, o autor

abandona uma visão meramente instrumental da importância da igualdade entre homens e mulheres e passa a ressaltar sua importância intrínseca.

Considerando essa ideia de desenvolvimento associada à liberdade, Leonard Rubenstein (2004) aponta como organismos internacionais de direitos humanos podem atuar no avanço dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Para o autor, as organizações não apenas possuem o papel de fiscalizar os Estados e expor as violações cometidas à ordem internacional, mas também de se envolver com agências e instituições financeiras na obtenção de recursos aos países em desenvolvimento para políticas compromissadas com os direitos humanos e de se articularem com os movimentos nacionais e locais de proteção desses direitos.

Além disso, elas devem monitorar de forma específica o cumprimento de cada um dos direitos humanos mediante, por exemplo, a utilização de indicadores, exigindo^[9] reparações específicas pelas violações. Para que as organizações internacionais de direitos humanos possam incorporar essas práticas e promover os direitos humanos, o autor sugere a adoção de novas habilidades e enfatiza a mobilização e capacitação de ativistas para que seja possível a ação política (RUBENSTEIN, 2004, pp. 854-856 e 864-865).

3 O PAPEL DO BEM-VIVER PARA O DESENVOLVIMENTO

Como visto na seção anterior, as teorias apresentadas por Sen (2000) possuem grande importância ao incorporar na agenda de organismos internacionais a preocupação não somente instrumental da igualdade entre homens e mulheres, mas também no aspecto intrínseco que possui o respeito aos direitos humanos das mulheres. Além disso, apresenta uma visão alternativa às noções de desenvolvimento meramente associada ao crescimento econômico. De todo modo, seus estudos permanecem centrados em um paradigma de desenvolvimento ocidental e capitalista.

[9] Essa exigência apenas é possível quando formalizada pelas organizações internacionais e aceita pelos Estados.

Buscando não formas de desenvolvimento alternativo, mas “alternativas ao desenvolvimento”, passou a ganhar destaque na América Latina as teorias do “Bem Viver” (“sumak kawsay”, em quíchua ou “suma qamaña”, em aimara). De modo geral, essas teorias buscam questionar os destinatários do modelo de desenvolvimento hegemônico e os custos desse modelo às comunidades locais e aos recursos naturais.

É o que Segato *et. al.* (2012, p. 112) denominam fissuras do padrão de colonialidade^[10] ou ainda disfuncionalidade com relação às lógicas do capital, ou seja, de “experiências políticas e ações de ‘descolonialidade’ (para utilizar consistentemente o jargão cunhado dentro dessa mesma perspectiva) capazes de indicar a não totalização das práticas humanas e das subjetividades pelo padrão da colonialidade”.

Trata-se de um projeto histórico que busca uma outra visão de felicidade, impulsionado, sobretudo, pelos padrões inalcançáveis de desenvolvimento sustentados pelos países centrais, em especial, as ideias de progresso linear.

Os autores demonstram que essas fissuras possuem como características

[...] a existência de tecido comunitário, o enraizamento na localidade e o ancoramento inegociável da comunidade em alguma referência de paisagem ou marca territorial, as garantias para um piso mínimo de soberania alimentar do próprio bolsão produtivo local, a preservação de uma escala local e regional de mercado. Acima de tudo, práticas que indiquem que a reprodução da comunidade ou família extensa é compreendida e perseguida como um valor em si mesmo, a transmissão de um sistema de autoridade baseado em saberes próprios e estratégias de acesso a novos saberes sem detrimento daqueles, e a centralidade e premência das relações sociais acima da relação com os bens, isto é, uma relação com os bens subsidiária das relações sociais comunitárias, e não ao revés (SEGATO et al, 2012, p. 112).

Vale observar a presença de densidade simbólica, ou seja, o compartilhamento de rituais e de cosmologias como parte importante das fissuras das lógicas impostas

[10] Aníbal Quijano define como “des/colonialidade” do Poder: “Se trata de todo um movimento da sociedade cujo desenvolvimento poderia levar à “Des/Colonialidade” Global do Poder, isto é, a outra existência social, liberada de dominação/exploração/violência” (2013, p. 54).

pelo capitalismo e pela modernidade colonial. É essa densidade simbólica que distingue as teorias do Bem Viver às propostas de economia solidária que não possuem como objetivo a constituição enquanto comunidade, sendo esta apenas uma tarefa fim. A falta de uma retórica comum impede que as propostas de economia solidária reproduzam os laços de comunidade e faz com que haja um predomínio da razão econômica sobre a razão comunitária, tornando essas propostas vulneráveis ao capital e, conseqüentemente, ao individualismo.

Além da densidade simbólica, mostra-se importante a transformação dessas vivências em uma “experiência cumulativa discursivamente representada e apresentada”, ou seja, que sejam apresentadas como uma retórica política (SEGATO *et. al.*, 2012, p. 113).

Em relação a essas características os autores demonstram a importância da concepção de um caráter plural da história e não culturalista ou relativista cultural. Não se tem, portanto, uma única alternativa, mas sim uma variedade de projetos históricos (SEGATO *et. al.*, 2012, p. 113).

O Bem Viver consiste justamente nos projetos históricos construídos por povos andinos e estimula que sejam respeitados os projetos locais e comunitários de felicidade e bem-estar e não completamente aos “desejos e formas de gozo globais” que são baseados no consumo e excluem outras formas de felicidade.

As teorias do “Bem Viver” resgatam a filosofia de vida de sociedades indígenas. Como aponta Alberto Acosta

Embora o Buen Vivir ancestral tenha perdido terreno por causa das práticas e mensagens da modernidade ocidental – digamos, com mais precisão, pela devastação social e ambiental causada pelo capitalismo –, assim como por efeito da perspectiva colonizadora do poder, do saber e do ser, sua contribuição não pode ser esquecida. Sem chegar, absolutamente, a uma idealização equivocada do modo de vida indígena, sua contribuição nos convida a assumir outros “saberes” e outras práticas, nesse caso dos povos e nacionalidades tradicionalmente marginalizados. A tarefa de reconstrução/construção do Buen Vivir é, portanto, descolonizadora (e despatriarcalizadora, é claro) (ACOSTA, 2012, p. 202).

No Bem Viver não há a busca de uma única visão de mundo ideal, respeitando-se as diversas formas de vida surgidas, principalmente nas comunidades indígenas e tem como foco principal o reencontro do ser humano com a natureza^[11] (visão biocêntrica).

A teoria enfatiza a economia solidária, baseada em relações de produção e colaboração que propiciem a suficiência e não apenas a eficiência e a qualidade. Nesse aspecto, Acosta (2012, p. 205) demonstra a importância do reconhecimento de todas as formas de trabalho: seja ele produtivo ou reprodutivo.

Aníbal Quijano (2013, p. 56) explica a heterogeneidade dessa nova forma de existência social pela heterogeneidade das próprias populações indígenas latino-americanas e de suas experiências históricas de poder. O que as une, contudo, é que experimentaram as formas perversas de dominação e exploração imposta com a Colonialidade Global do Poder.

O Bem Viver possui importância aos debates pelo fim das desigualdades de gênero pois deve ser baseado na “igualdade social de indivíduos heterogêneos e diversos, contra desigual classificação e identificação racial/sexual/social da população mundial”, de modo que as diferenças e as identidades não sejam consideradas fonte ou argumento das desigualdades sociais dos indivíduos (QUIJANO, 2013, p. 54).

Representa, portanto, uma nova identidade histórica, heterogênea como todas as demais, mas “cujo desenvolvimento poderia produzir uma nova existência social liberada de dominação/exploração/violência” (QUIJANO, 2013, p. 57).

As Constituições da Bolívia, aprovada em 2009, e do Equador, aprovada em 2008, trazem em seus textos, a formalização das ideias do Bem Viver como base fundamental do Estado e como direito, respectivamente. Em ambos os casos, a ideia do Bem Viver é relacionada com os saberes e tradições indígenas e a uma nova forma de desenvolvimento, baseado nas relações dinâmicas entre Estado, sociedade e mercado (GUDYNAS; ACOSTA, 2012).

No Brasil, a Carta das Mulheres Negras, produzida a partir da “Marcha das Mulheres Negras de 2015 contra o Racismo e a Violência e pelo Bem Viver como nova utopia”

[11] Nesse sentido, a Constituição do Equador reconhece a natureza como sujeito de direitos.

resgata o Bem Viver como uma de suas principais pautas, enfatizando que as mulheres negras têm sido a base para o desenvolvimento econômico do Brasil sem que a distribuição dos ativos decorrentes desse trabalho seja a elas revertido.

Tais instrumentos ressaltam ainda que o paradigma do desenvolvimento econômico, baseado no consumo, não tem alterado as desigualdades de raça e de gênero alijando as mulheres negras das possibilidades de desenvolvimento e disputas de espaço (LEMOS, 2015, p. 210).

No preâmbulo da Carta das Mulheres Negras, encontra-se expresso o desejo de construção de um novo pacto civilizatório baseado no direito à vida e à liberdade; na promoção da igualdade racial; no direito ao trabalho, ao emprego e à proteção das trabalhadoras negras em todas as atividades; no direito à terra, território e moradia/direito à cidade; na justiça ambiental, defesa dos bens comuns e a não-mercantilização da vida; no direito à seguridade social (saúde, assistência social e previdência social); no direito à educação; no direito à justiça; no direito à cultura, informação e à comunicação e na segurança pública.

Assim, observamos que a Carta das Mulheres Negras sintetiza alguma das principais características do Bem Viver, sobretudo, ao reivindicar o fim das dicotomias entre ser humano e natureza, gerações de direitos, posse-propriedade, produção-reprodução, que baseiam as desigualdades de gênero, raça e sociais, implantadas por um sistema colonial e de acumulação capitalista. Além disso, a carta traz preocupação com a defesa dos saberes e práticas da construção dos espaços comuns, acabando com a dicotomia público-privado, como, por exemplo, com a reivindicação dos direitos à moradia, à terra, ao território, à cidade, à cultura, à religiosidade, dentre outros (SEVERI, 2018, p. 141).

Em suma, “o Bem Viver significa preservar outras formas de felicidade. Uma felicidade que esteja relacionada às relações entre as pessoas e não uma felicidade que seja derivada da relação com as coisas. É isto que está acontecendo: a coisificação das relações” (SEGATO *et al*, 2012, p. 115).

O Bem Viver e, conseqüentemente, um novo marco de desenvolvimento pode contribuir ao fim do patriarcado e do racismo presente nas relações sociais, como já tematizado pelo movimento das mulheres negras. Isso porque, as categorias raça,

gênero e classe foram muitas vezes reforçadas pelos ideais de desenvolvimento ocidental imposto aos países colonizados.

É importante mencionarmos, contudo, que esse modelo não se apresenta como a única resposta possível ou mesmo como uma resposta definitiva aos problemas das desigualdades de gênero, raça, sociais etc., mas que pode trazer importantes contribuições ao necessário debate acerca de um paradigma de Estado que não gere ou reforce as assimetrias de poder e que incentive o fim das discriminações e opressões ao expor as fissuras do modelo de desenvolvimento vigente.

CONCLUSÃO

Nesse artigo buscamos trazer as principais contribuições teóricas que relacionam as desigualdades de gênero com as pautas das agências de desenvolvimento e as críticas realizadas às primeiras estudiosas sobre o tema e, principalmente à institucionalização dessas teorias.

Apesar de as pautas relacionadas às desigualdades de gênero terem sido incorporadas às agendas de desenvolvimento, não houve uma verdadeira ruptura dos fatores responsáveis pela desigualdade, ou seja, do próprio conceito ocidental e capitalista de desenvolvimento.

Já o Banco Mundial, sob influência dos estudos de Amartya Sen, tem enfatizado não apenas a importância instrumental da superação das desigualdades de gênero, ou seja, os entraves que essas desigualdades produzem no crescimento econômico, mas também a sua importância intrínseca. Nessa última perspectiva, Sen demonstra a necessidade de que os direitos humanos das mulheres sejam respeitados, principalmente para que sua condição de agente e, conseqüentemente, seu bem-estar sejam garantidos. O autor demonstra, assim, que o reconhecimento da participação e da liderança política, econômica e social das mulheres representa um fator crucial do “desenvolvimento como liberdade” e que impacta toda a sociedade (SEN, 2000, p. 235).

Diante da contribuição de Sen para a criação de uma alternativa ao desenvolvimento econômico, apresentamos, também, uma categoria que tem sido utilizada na

América Latina para se pensar uma alternativa ao próprio conceito e classificação do desenvolvimento, superando os padrões ocidentais e capitalistas que têm sido impostos aos países do mundo todo (fissura da colonialidade): as teorias do Bem Viver. Essas teorias buscam a ênfase na recuperação dos saberes próprios de comunidades indígenas da América Latina e se opõem à noção desenvolvimentista convencional (GUDYNAS; ACOSTA, 2012).

Tais teorias também visibilizam às desigualdades baseadas no gênero, raça-etnia e classe social (eixos que geram e perpetuam as desigualdades) e a vulnerabilização de grupos sociais, inclusive no contexto da sociedade brasileira. Assim, como também ressaltado na Carta das Mulheres Negras em 2015, incorporar os valores do Bem Viver pode representar importante papel na superação das dicotomias que fundamentam essas desigualdades como, por exemplo, no fim das distinções entre trabalho produtivo e reprodutivo.

Expandirmos a análise incorporando teorias adaptadas às características regionais, portanto, representa uma visão considerada descolonizadora e despatriarcalizadora, ao romper com o modelo propagado pelo capitalismo e ao reforçar as raízes comunitárias (ACOSTA, 2012, p. 202). Nesse aspecto, podem servir também para a eliminação do controle dos corpos das mulheres e, conseqüentemente, à obtenção de sua autonomia, já que propõem uma mudança dos projetos de sociedade.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. O Buen Vivir: uma oportunidade de imaginar outro mundo. In: BARTELT, Dawid Danilo. (org.) **Um Campeão Visto de Perto** - Uma Análise do Modelo de Desenvolvimento Brasileiro. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Foundation, p. 198-216, 2012.

ALMEIDA NETO, Joaquim Pereira de. A incorporação do conceito de gênero no desenvolvimento e na cooperação internacional. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO 11 & 13TH WOMEN'S WORLDS CONGRESS. **Anais Eletrônicos**. Florianópolis, 2017.

BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre o desenvolvimento mundial de 2012: Igualdade de gênero e desenvolvimento**. Washington: 2012.

Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/77781051299699968583/7786210-1315936231894/Overview-Portuguese.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BENERÍA, Lourdes; SEN, Gita. Accumulation, Reproduction, and "Women's Role in Economic Development": Boserup Revisited. **Journal of Women in Culture and Society**, Chicago, v. 7, n. 2, p. 279-298, 1981.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste**. 2010. 318 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 4. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GALLI, Beatriz. Why addressing unsafe abortion is central to the post-2015 un development agenda. **SSRN Electronic Journal**, p. 1-14, 2012.

GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. **A renovação da crítica ao desenvolvimento e o Bem Viver como alternativa**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/507956-a-renovacaodacritica-ao-desenvolvimento-e-o-bem-viver-como-alternativa>. Acesso em: 01.06.2018.

LEMOS, Rosalia de Oliveira. Mulheres negras marcham em 2015 pelo bem viver. **SER Social**, Brasília, v. 17, n. 36, p. 207-224, jan.-jun. 2015.

MUELLER, Adele. In and Against Development: Feminists confronts development on its own ground. **Women and International Development**, Michigan, p. 1-24, abr. 1991.

NOGUEIRA, Beatriz Carvalho. **Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres: análise jurisprudencial da esterilização sem consentimento e do aborto no**

Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). 2018. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

QUIJANO, Aníbal. “Bem Viver”: entre o “desenvolvimento” e a “des/colonialidade” do poder. **R. Fac. Dir. UFG**, Goiânia, p. 46-57, jan./jun. 2013.

RIBEIRO, Dillyane de Sousa. Gênero e Desenvolvimento na perspectiva do Banco Mundial. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO 10. **Anais Eletrônicos**. Disponível em: http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1381511431_ARQUIV_O_DillyanedeSousaRibeiroST049.pdf, Florianópolis, 16 a 20 set. 2013. p. 1-13.

RUBENSTEIN, Leonard S. How International Human Rights Organizations Can Advance Economic, Social, and Cultural Rights: A Response to Kenneth Roth. **Human Rights Quarterly**: by The Johns Hopkins University Press, Baltimore, Maryland, v. 26, p. 845-865, 2004.

SEGATO, Rita Laura; CARNEIRO, Fernando Ferreira; NOGUEIRA, Roberto Passos; PEREIRA, Marcio Florentino. Perspectivas emancipatórias sobre a saúde e o Bem Viver diante das limitações do processo de desenvolvimento brasileiro. **Saúde em Debate: Desenvolvimento e Sustentabilidade: desafios da Rio + 20**, Rio de Janeiro, v. 36, n. especial, p. 106-115, jun. 2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, Mariana Dionísio Cavalcante da. A equidade de gênero na agenda política do banco mundial. In: XXIX SIMPÓSIO DE HISTÓRIA NACIONAL. **Anais eletrônicos**. Disponível em: http://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1502852384_ARQUIVO_AEQUIDADEDEGENERONAAGENDAPOLITICADOBANCOMUNDIAL.pdf. Acesso em: 11 mai. 2018, Brasília, julho, p. 1-12, 2017.

TRATANDO DOCÊNCIA COMO PROFISSÃO: A FORMAÇÃO DOCENTE NO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

Caio Gracco Pinheiro Dias^[1]

INTRODUÇÃO

Neste texto, analiso alguns aspectos de como o tema da formação de professores e professoras se insere nas atividades do Curso de Mestrado Acadêmico do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, a partir de minha experiência como ministrante da disciplina “Diálogos sobre a Docência

[1] Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Professor do Departamento de Direito Público da FDRP. Correio eletrônico: cgracco@usp.br.

no Ensino Superior: Teoria e Prática” e como supervisor de estágios de prática docente de discentes do curso de mestrado.

Meu objetivo é registrar e compartilhar parte da experiência das aulas ministradas no Programa, visando divulgar e difundir práticas, que, em conjunto com outras medidas e, em diálogo com experiências de outros cursos, podem colaborar para a melhoria da qualidade da educação jurídica na FDRP e em outras instituições de ensino superior (IES).

Início o texto contextualizando o problema da formação docente no quadro maior da (eterna) crise do ensino jurídico, mostrando como a adequada formação de docentes para o ensino do direito é condição para a eficácia das políticas de incremento de qualidade da educação jurídica, sendo mesmo um dos obstáculos que enfrenta a estratégia de planejamento estatal do ensino baseado em diretrizes curriculares nacionais (DCN).

Na segunda seção, analiso como está regulada a questão da formação de docentes na legislação brasileira sobre ensino superior, buscando apontar os problemas e vantagens da sistemática atual, que se baseia numa concepção *humboldtiana* da docência.

Na terceira seção, descrevo os objetivos do plano de ensino da disciplina “Diálogos sobre a Docência no Ensino Superior: Teoria e Prática” e a maneira como o tenho construído.

FORMAÇÃO DOCENTE E CRISE DO ENSINO DO DIREITO

Ainda que possam variar os referenciais, a afirmação de que o ensino do direito está em crise é uma constante histórica, não apenas no Brasil. Tanto que, já em 1907, José MARNOCO E SOUSA e José ALBERTO DOS REIS, então docentes e futuros diretores da Faculdade de Direito de Coimbra, publicavam um curto livrinho em que buscavam defender o ensino da faculdade contra críticas de que era imóvel, anacrônico, dogmático, retrógrado e atrasado (MARNOCO E SOUSA; ALBERTO

DOS REIS, 1907, p. v-vi)^[2]. Das bibliotecas inteiras que foram escritas sobre o tema^[3], menciono aqui apenas dois exemplos de diagnósticos e propostas de solução para aperfeiçoar a educação jurídica no Brasil.

No Brasil, em 1955, Francisco Clementino SAN TIAGO DANTAS profere a célebre aula inaugural dos cursos da Faculdade Nacional de Direito em que afirma que o Direito, como técnica de controle social, encontrava-se em crise e propõe a reforma do ensino jurídico como caminho para superar tal situação, o que era imperativo, já que, da forma como era então ministrado, o ensino do Direito não formava profissionais aptos a lidar com os problemas que tinham de enfrentar, o que faria com que outras disciplinas, como a economia, tomassem o lugar do Direito como orientador dos rumos da sociedade.

Quem percorre os programas de ensino das nossas escolas, e sobretudo quem ouve as aulas que nelas se proferem, sob a forma elegante e indiferente da aula-douta coimbrã, vê que o objetivo atual do ensino jurídico é proporcionar aos estudantes o conhecimento descritivo e sistemático de instituições e normas jurídicas. Poderíamos dizer que o curso jurídico é, sem exagero, um curso de institutos jurídicos, apresentados sob a forma expositiva de tratado teórico-prático. (SAN TIAGO DANTAS, 2009, p. 16)

Contra esse estado de coisas, SAN TIAGO DANTAS afirma que o ensino do Direito tem por objetivo “formar o raciocínio jurídico e guiar o seu emprego na solução de controvérsias (...) [sendo que o] estudo de normas e instituições constitui um segundo objetivo, absorvido pelo primeiro, e revelado ao longo do exame e discussão dos problemas” (SAN TIAGO DANTAS, 2009, p. 17), razão pela qual propõe um novo método de ensino, uma “nova didática” baseada na discussão de casos e na solução de problemas, assim como a flexibilização do currículo visando uma formação especializada. O que se buscava com essa reforma é

[2] Agradeço a referência ao amigo Camilo Zufelato.

[3] Um apanhado abrangente dos aspectos da crise do direito e de seu ensino foi feito por Horácio Wanderlei Rodrigues, que a divide em três dimensões – uma *estrutural*, que se desdobra nas crises dos paradigmas político-ideológico e epistemológico, uma *funcional*, que engloba as crises do mercado de trabalho e da identidade e legitimidade dos operadores do direito, e uma *operacional*, que se divide nas crises administrativa, didático-pedagógica, e curricular (RODRIGUES, 1995, p. 16–38).

[O] renascimento do direito como técnica de controle da vida social, e esse renascimento só podemos promover através da educação jurídica, vivificando-a, inculcando-lhe objetivos novos, restaurando-a em suas finalidades perenes, e conduzindo, através dela, o Direito à posição suprema que tem perdido entre as técnicas sociais. (SAN TIAGO DANTAS, 2009, p. 26)

Proferida no curso do intenso e inédito debate sobre os rumos da educação nacional que se iniciou com a queda do Estado Novo em 1945 e se prolongou até a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases^[4], em 1961 (ARANHA, 2006, p. 309), a proposta de SAN TIAGO DANTAS, infelizmente, não teve repercussão para além de alguns projetos que tentaram mudar o quadro da educação jurídica e, sem encontrar sucesso, desapareceram (cf. FALCÃO, 2009, p. 40).

Joaquim FALCÃO, em 1977, retoma as ideias de SAN TIAGO DANTAS e, após submetê-las a crítica, integra-as na proposta didática que denomina de “caso gerador” (FALCÃO, 2009, p. 70), no qual o momento da escolha do caso a ser trabalhado em sala é crucial, “pois dela dependerá a sorte do ensino casuístico, da aula dialogada de participação verdadeira, e da formação intelectual una do jurista” (FALCÃO, 2009, p. 77).

Apesar de sua consistência, as propostas de Joaquim FALCÃO tiveram, em grande medida, o mesmo destino das de SAN TIAGO DANTAS. É somente com a criação dos cursos de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro e em São Paulo, em 2002, que surgem no Brasil cursos com uma proposta pedagógica fundada no método do caso e na participação discente ativa. Contudo, trata-se de situações muito específicas, ocorridas no peculiar contexto da Instituição em que foram implementadas e que, por intensas que tenham sido as discussões que ensejaram, não lograram fomentar uma mudança no panorama dos cursos de direito do País, em relação aos quais a descrição feita por SAN TIAGO DANTAS há 64 anos continua tristemente precisa: extremo formalismo na abordagem e na concepção do Direito; metodologia de ensino centrada em aulas expositivas, com baixíssima participação e envolvimento discente; avaliações que valorizam a memorização.

[4] Lei n. 4.024, de 20 de dezembro de 1961.

A preocupação com a qualidade do ensino jurídico parece ser não apenas de docentes individualmente considerados, mas também do Estado. Ao menos a partir da redemocratização e da reorganização do setor da educação com a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional^[5], o Estado brasileiro tem regulado o setor de forma a estabelecer critérios mínimos de qualidade na prestação de serviços educacionais, que são utilizados no processo de autorização, avaliação e acompanhamento dos cursos superiores no Brasil, dentre eles o de Direito.

Um dos elementos centrais do Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior são as diretrizes curriculares nacionais dos cursos superiores. Trata-se de documentos que, se por um lado fornecem balizas que funcionam, na prática, como um currículo mínimo para cada um dos cursos superiores (cf. RODRIGUES, 1995), por outro buscam induzir:

[À] criação de diferentes formações e habilitações para cada área do conhecimento, possibilitando ainda definir múltiplos perfis profissionais, garantindo uma maior diversidade de carreiras, promovendo a integração do ensino de graduação com a pós-graduação, privilegiando, no perfil de seus formandos, as competências intelectuais que reflitam a heterogeneidade das demandas sociais. (BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO/CÂMARA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR, 2003, p. 4)

As DCN resultaram de um processo em que os atores interessados no problema (IES, sociedades científicas, associações profissionais e de classe, setor produtivo e outros setores envolvidos) puderam participar com o encaminhamento de propostas que foram objeto de seleção e sistematização por Comissões de Especialistas de Ensino de cada uma das áreas. No caso específico das DCN do curso de Direito, a discussão sobre seu conteúdo acabou incorporando o acumulado de décadas de debates acerca da crise do ensino do direito, o que se reflete, especialmente a partir da segunda versão, de 2004^[6], numa ênfase na superação da concepção

[5] Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

[6] Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004. A primeira versão das DCN do curso de Direito foi editada pela Portaria MEC n. 1886, de 30 de dezembro de 1994. Comparada com o texto da Resolução n. 9/2004, é evidente a evolução na concepção de diretrizes e a incorporação de terminologia e conceitos oriundos da Pedagogia (cf. DIAS; MAITO; LEMES, 2019, p. 111).

conteudista de ensino – que entende que o objetivo do curso é a transmissão de conhecimentos para os discentes – para uma que assume como objetivo do processo pedagógico o desenvolvimento das competências que, em conjunto, definem o perfil do profissional habilitado para trabalhar na área. Isso, por si só, já constituiu grande avanço conceitual em relação à tradicional concepção da formação jurídica. Na sua versão mais recente, de 2018^[7], as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito passaram a conter disposições específicas sobre metodologias participativas e abordagens transversais que representam um impulso ainda mais decisivo para a superação do ensino tradicional, compartimentalizado e disciplinarizado.

É certamente possível – e provavelmente correto – entender a demanda pelo estabelecimento desses critérios como uma defesa preemptiva contra a massificação da oferta de vagas por instituições privadas, elevando o custo de entrada desses atores no mercado educacional e prevenindo excessos que a racionalização e a redução de custos motivada pela lógica empresarial podem determinar na busca pela maximização do lucro. Apesar disso, a discussão acerca desses padrões de qualidade tem apontado para um desenho de cursos jurídicos que se distancia muito do tradicional e, no limite, aproxima-se do defendido por SAN TIAGO DANTAS e FALCÃO.

Contudo, como já apontado por RODRIGUES (1995, p. 87), apesar de seus aspectos positivos, há uma limitação para a capacidade da estratégia de tentar solucionar os problemas de qualidade do ensino por meio reformas curriculares: ela ignora que há uma questão estrutural, subjacente, que abrange problemas políticos e epistemológicos, e que não se resolve pela mera edição de normas, por melhores e mais adequadas que sejam, dizendo como os cursos devem se organizar. Por isso, as promessas de incremento de qualidade na educação jurídica nacional pela reforma curricular continuam sem se concretizar.

Há, porém, um outro fator a ser ressaltado que também impede a concretização dos elevados ideais que informam as DCN: a falta de formação didático-pedagógica de professores e professoras. Ainda que não seja um privilégio dos cursos jurídicos

[7] Resolução CNE/CES n. 5, de 17 de dezembro de 2018.

(cf. ZABALZA, 2004, p. 109ss), nas faculdades de direito a formação pedagógica ainda é um atributo de uma minoria de docentes, o que se reflete na continuidade da prevalência da metodologia adotada nos cursos jurídicos desde a sua fundação no País: a aula expositiva com comentários ao direito positivo, cujo aproveitamento por parte dos alunos se verifica por meio de provas em que a memorização é fundamental (cf. RODRIGUES, 1995, p. 33).

À falta de formação pedagógica se soma o menosprezo pela sua importância, reflexo de uma *concepção não profissional* de docência, entendida como apenas mais uma atividade que uma pessoa que seja especialista num campo do saber é capaz de desempenhar sem precisar de um treinamento específico (CUNHA, 2010, p. 26). Essa concepção de docência desconsidera que o fazer docente articula um sem número de saberes de diversas origens – por exemplo, os saberes *disciplinares* do campo que se ensina, os saberes *relacionais* acerca das interações com discentes e outros docentes, e os saberes *didáticos* relativos ao planejamento de atividades e sua avaliação – que, em conjunto, fundam a racionalidade da docência como possibilidade de justificação pelo docente das opções e ações que adota com base em argumentos e procedimentos que podem ser identificados e avaliados quanto à sua coerência (CUNHA, 2010, p. 19–23).

Na ausência – ou na inconsciência – desses saberes, a docência acaba se restringindo à imitação de modelos experimentados durante o próprio percurso formativo, explicando a duradoura persistência da aula magistral coimbrã como método preferencial de transmissão de saberes jurídicos para as novas gerações de profissionais do direito.

HUMBOLDT NOS TRÓPICOS: FORMANDO DOCENTES PESQUISADORES

A falta de formação didático-pedagógica de professores e professoras de Direito é o calcanhar de Aquiles de todos os projetos de melhoria de qualidade na educação jurídica, não somente porque dificulta a sua adoção pelo corpo docente, que muitas vezes não aceita a necessidade de novos métodos de ensino-aprendizagem, convencidos que estão de que, se sua formação foi obtida pelo método tradicional,

então ele pode bem servir para a formação das novas gerações; também, e *principalmente*, porque o entusiasmo pela novidade metodológica, quando não acompanhado por uma formação adequada, que permita identificar vantagens e desvantagens nas opções didáticas, cria o risco da inovação apenas pela inovação, da aplicação irrefletida de estratégias de ensinagem sem levar em conta sua idoneidade em função dos objetivos pedagógicos que se buscam, que podem ficar desatendidos; sendo a docência uma atividade finalística, esta última situação é, provavelmente, mais deletéria que a simples imitação dos modelos tradicionais.

Ao contrário, a qualificação profissional docente, mesmo isolada de reformas curriculares amplas, é capaz de produzir mudanças e melhorar a qualidade da educação jurídica. Não penso, aqui, na adequada formação de um docente isolado, que busca mudar as práticas pedagógicas buscando melhorar a relação de ensino-aprendizagem e melhor capacitar alunos e alunas para o desempenho responsável e consciente da profissão; nesses casos, não é incomum que se veja a inovação com desconfiança, o abandono da aula expositiva como “vontade de não dar aula” e o adicional de trabalho na preparação para as atividades em aula como fonte de ressentimentos e comparações desfavoráveis em relação às aulas “normais”, em que basta estar presente e prestar atenção para aprender a matéria. Penso, isso sim, no potencial transformador que pode ter o aumento do número de docentes que, ainda que não tenham a formação que uma licenciatura poderia lhes proporcionar, são ao menos conscientes da complexidade do seu fazer e sensíveis para a necessidade de reflexão informada para toda e qualquer decisão didática que tomarem; presentes em maior número nos departamentos e faculdades onde se oferecem cursos de Direito, a sua atuação conjunta tem o potencial de mudar o currículo *real* de um curso mesmo quando o projeto acadêmico for tradicional e conservador.

Criar essa massa crítica de docentes com um mínimo de formação pedagógica é tarefa que a lei atribui aos programas de pós-graduação, com prioridade para os de mestrado e doutorado^[8]. Atribuir à pós-graduação *stricto sensu*, cuja tarefa

[8] LDB, Art. 66. “A preparação para o exercício do magistério superior far-se-á em nível de pós-graduação, prioritariamente em programas de mestrado e doutorado.”

precípua é a formação de pesquisadores, a tarefa de formar docentes para o ensino superior é uma escolha política que, em grandes linhas, segue o modelo humboldtiano de universidade, no qual a pesquisa, *i.e.*, a criação e desenvolvimento do saber e da ciência, é entendida como sendo indissociável do ensino, *i.e.*, a comunicação do acumulado de saberes da cultura de uma sociedade às suas novas gerações (MAZZILLI, 2011, p. 207).

Tal escolha tem méritos, como, por exemplo, o de tentar garantir que docentes para o magistério superior tenham treinamento metodológico, pois, ainda que seja fundamentalmente diferente da pesquisa científica, a docência, tanto na dimensão do planejamento, quanto na da execução, quanto ainda na da avaliação, não menos pressupõe um método, uma forma de pensar preocupada com a garantia de que os meios escolhidos sejam hábeis para a produção dos resultados visados. É por isso que, por exemplo, Loussia Penha Musse FELIX defende que um dos resultados da política oficial de estruturação e melhoria de qualidade da pós-graduação em direito no Brasil, levada a cabo pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), foi que as pessoas formadas por esses programas, expostas a uma forma metodologicamente mais consistente de pesquisa em Direito, e muitas delas com experiência internacional, quando ingressam como docentes nos cursos de direito, organizados da forma tradicional, coimbrã, geram “assimetrias criativas”, trazendo novas demandas e disputas para dentro de um campo até então marcado por uma extraordinária homogeneidade (FELIX, 2017).

Por outro lado, numa pós-graduação que se tem acelerado na busca do incremento do número de egressos titulados, submetida a critérios quantitativos de avaliação de qualidade, cujo foco é quase que exclusivamente a produção acadêmica divulgada em periódicos de elevado estrato, da qual depende a continuidade do cada vez mais escasso financiamento público, o risco de atrelar a formação docente à formação de pesquisadores é o de relegar aquela a um segundo plano. Pressionados por prazos e cotas de publicação, os corpos docente e discente podem ser levados a ver a formação didático-pedagógica como algo que lhes tira o tempo necessário para a redação dos artigos com base nos quais eles e o programa serão avaliados. Por outro lado, nas universidades públicas, onde os exames vestibulares tendem a selecionar pessoas com boa capacidade de

aprendizado autônomo, há uma percepção de que a preocupação com a didática é desnecessária, já que, mesmo com as aulas tradicionais, ou a despeito delas, os alunos aprendem, o que reforça a posição subalterna do tema da formação docente, já que é nessas Instituições onde geralmente se encontram os programas de pós-graduação melhor avaliados.

Seriam possíveis outros modelos de formação docente para o ensino do Direito, como sua inserção no próprio currículo dos cursos graduação, nos quais seria uma das possíveis especializações, ou mesmo a criação de cursos específicos para tanto; poderia ser exigida dos docentes a formação superior em pedagogia, ou ao menos uma especialização na área. Não foi qualquer dessas, contudo, a escolha do legislador, nem é assim que, desde seu tardio surgimento no Brasil, no Séc. XX, as universidades estruturam a reprodução de seus quadros docentes. É nesse quadro de uma universidade humboldtiana, pois, mas animada pela crença na capacidade transformadora, por si só, da formação docente, que se insere e deve ser entendida a experiência a seguir relatada.

FORMANDO DOCENTES NO CURSO DE MESTRADO DA FDRP-USP

Participo como docente colaborador do Curso de Mestrado da FDRP-USP, auxiliando na ministração das aulas da disciplina “Diálogos sobre a Docência no Ensino Superior: Teoria e Prática”, que integra, como Etapa de Preparação Pedagógica (EPP), o Programa de Aperfeiçoamento de Ensino (PAE) da Pró-Reitoria de Pós-graduação da USP.

O PAE é o programa pelo qual, na USP, a pós-graduação se desincumbe da tarefa de formação de docentes para o magistério superior. Ele se compõe de duas etapas: na primeira, a EPP, cada Unidade organiza cursos, oficinas ou conjuntos de palestras visando a capacitação teórica de pós-graduandos para o exercício da docência; na segunda, o Estágio Supervisionado de Docência (ESD), os alunos que obtiveram aprovação na EPP acompanham o oferecimento de uma disciplina, sob a supervisão do docente ministrante, cabendo-lhes auxiliar o docente no planejamento e na condução do curso, na comunicação com os alunos e na aplicação de provas e exercícios.

Em minha primeira participação na disciplina, em 2017, foram-me atribuídas duas aulas, a primeira e a última do curso, versando a primeira sobre a concepção profissional de docência e a complexidade do fazer docente, e a última, sobre avaliação.

Em 2018 e 2019, foram acrescentadas três aulas ao calendário sob minha responsabilidade^[9], o que me permitiu trabalhar os temas da crise do ensino do Direito no Brasil, do planejamento de ensino e das técnicas e estratégias de ensinagem.

O planejamento dessas aulas parte de uma constatação fundamental: não se trata de fornecer uma formação pedagógica abrangente, nem seria isso possível em cinco encontros; o que é possível, e o que se quer com o curso, é simplesmente sensibilizar alunos e alunas que pretendem ingressar na carreira docente para a importância da reflexão embasada sobre as práticas didáticas, fornecendo-lhes um referencial teórico básico para ajudar-lhes a começar nessa tarefa.

Essencial para esse objetivo é questionar algumas concepções do senso comum que costumam informar como os alunos e alunas veem a docência. De saída, quer-se colocar em xeque a concepção não profissional de docência, ressaltando sua característica de *profissão* em que múltiplos saberes são necessários para o desempenho adequado. Discuto, nesse sentido, concepções que veem no ensinar um *dom*, algo inato, para contrapor-lhes a ideia de que ensinar é uma *técnica* que pode e deve ser aprendida e continuamente aperfeiçoada. Isso permite enfatizar as dimensões coletiva e metodológica do trabalho docente, lançando as bases para a discussão do tema que é a preocupação central desse conjunto de aulas: o planejamento de ensino.

Com o tema do planejamento, pode-se trazer à luz a maneira como o ensino superior se organiza institucionalmente a partir das opções que vários atores fazem sobre o quê, como, de que forma, para quem e com qual objetivo ensinar: do Estado até o docente individualmente considerado, passando pela IES, as respostas dadas a tais questões por um ator de nível hierarquicamente superior irão determinar os horizontes dentro dos quais se poderão formular as respostas

[9] As demais aulas da disciplina ficaram a cargo do Prof. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes.

para as mesmas questões nos níveis inferiores (cf. DIAS; MAITO; LEMES, 2019, p. 106). É aí que assomam os temas, ainda mais relevantes em tempos de intolerância, polarização e de ataque à pluralidade de pensamento na Academia, da liberdade de ensinar e da autonomia docente. A partir da ideia de que não há ensino institucionalizado sem o fazer coletivo, e de que esse fazer deve estar planejado, discutem-se os limites da autonomia docente, entendida como a liberdade de escolha por métodos de ensino e critérios de avaliação, desde que orientados à concretização dos objetivos do *curso* em que se insere a disciplina/matéria/componente curricular sob responsabilidade do docente.

A partir do tema do planejamento, busca-se também sublinhar a *dimensão autoral do ensino*, já que a maneira como se organiza um conteúdo formativo visando comunicá-lo para um grupo de estudantes exprime não apenas a forma como o docente compreende o material que está ensinando, mas também suas concepções sobre o que é o ensino e qual é a função da universidade, assim como suas concepções sobre o que é o Direito e sua natureza ou não de *Ciência* (GHIRARDI, 2012, p. 23–26).

A discussão sobre o planejar leva ao próximo objetivo: mostrar aos alunos e alunas um conjunto de técnicas e estratégias de ensinagem, de que possam lançar mão quando estiverem atuando na carreira. Esse objetivo, que busco atingir empregando e discutindo, a cada aula, estratégias diferentes para trabalhar os temas propostos, funda-se na convicção de que a formação docente é, em grande medida, o domínio de um repertório de ações que quem leciona pode empregar para enfrentar as contingências a que, em sala de aula, estamos sempre sujeitos.

Por fim, como consequência do que se disse antes, quer-se questionar a concepção que muitos alunos e alunas trazem de suas experiências como estudantes, de que a avaliação se limita à verificação do aproveitamento discente, servindo apenas para discriminar os que “passam” dos que “ficam reprovados”. O que se quer é conscientizar da centralidade da avaliação como avaliação do processo de ensino-aprendizagem, na qual a aferição do desempenho discente é apenas um elemento para a verificação de se o planejamento docente, afinal, cumpriu seu objetivo de fazer os alunos aprenderem. Nesse sentido, é crucial resgatar a *natureza metodológica da avaliação*, que deve se cercar de cuidados para garantir

a confiabilidade das conclusões derivadas a partir dos dados coletados com os instrumentos de avaliação. Assim compreendida, avaliados são tanto os alunos como o docente, e isso é fundamental para o aperfeiçoamento dos planos de ensino e, pela reflexão a partir da experiência, também do docente ele-mesmo.

A busca do aperfeiçoamento por meio da reflexão, teoricamente informada, a partir da experiência explica a adoção, como método de avaliação da disciplina, da técnica de sistematização e compartilhamento de experiências (HOLLIDAY, 2006). Ao final de cada aula, os alunos são instados a elaborar uma síntese da experiência do dia, descrevendo como vivenciaram as atividades propostas em sala de aula, o que esperavam aprender e o que efetivamente aprenderam no dia, e como avaliam o encontro. Essas sínteses são uma forma privilegiada de acompanhamento do processo de aprendizado de cada aluno e aluna, fornecendo um rico material para a avaliação da disciplina. São também uma maneira de habituar os alunos a tratar com mais seriedade a experiência docente, recusando-se a cair no automatismo e na repetição, tratando o vivido em sala de aula como algo que, sendo o resultado das escolhas do docente dentro do contexto em que se dá a relação com a turma, poderia tê-lo sido de forma diversa e merece, portanto, um esforço para a compreensão do porquê ocorreu ou não da forma como se planejou; é essa, no final das contas, a maneira como, conhecendo melhor as dinâmicas em sala de aula, podemos nos conhecer melhor a nós mesmos como docentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste fechamento do primeiro ciclo de cinco anos do curso de Mestrado do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da FDRP, é possível afirmar que, mesmo com os problemas e limitações que a gestão oficial da pós-graduação no Brasil impõe, a formação docente não tem sido tratada pelo Programa como tema sem importância, muito pelo contrário.

Ainda há problemas a resolver, muitos deles centrados na etapa do Estágio Supervisionado de Docência, mas entendo que a melhoria da formação teórica sobre pedagogia e didática do ensino superior é uma condição necessária para

qualquer intervenção que vise melhorar a prática docente dos mestrandos e mestrandas da Faculdade.

Demais disso, é na inserção de seus egressos e egressas na Academia como docentes que se podem observar os impactos positivos que o Programa tem produzido. Com vários de seus ex-estudantes lecionando e levando para suas novas Instituições os conhecimentos aqui adquiridos, o Curso de Mestrado da FDRP cumpre a sua missão legal de formação de pessoal para o magistério superior, contribuindo, com isso, para a melhoria da educação jurídica no País.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **História da Educação e da Pedagogia: Geral e Brasil**. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2006.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO/CÂMARA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR. **Parecer CNE/CES n. 67/2003. Assunto: Referencial para as Diretrizes Curriculares Nacionais – DCN dos Cursos de Graduação**. Brasília, DF.

CUNHA, Maria Isabel Da. A docência como ação complexa. In: CUNHA, Maria Isabel Da (Ed.). **Trajetórias e lugares de formação da docência universitária: da perspectiva individual ao espaço institucional**. Araraquara, SP: Junqueira e Marin, 2010. p. 19–34.

DIAS, Caio Gracco Pinheiro; MAITO, Deíse Camargo; LEMES, Maurício Buosi. O planejamento do ensino do Direito no quadro das DCNs de 2018. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Ed.). **Educação Jurídica no Século XXI. Novas Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Direito - Limites e Possibilidades**. Florianópolis/SC, Brasil: Habitus, 2019. p. 105–118.

FALCÃO, Joaquim. Classe Dirigente e Ensino Jurídico: uma releitura de San Tiago Dantas [1977]. **Cadernos FGV DIREITO RIO**. Educação e Direito, [s. l.], v. 3, p. 39–80, 2009.

FELIX, Loussia Penha Musse. **Projeto pedagógico versus autonomia docente:**

implementando projetos políticos-pedagógicos em cursos superiores. Palestra de Abertura do VI Seminário Nacional de Ensino Jurídico e Formação Docente.

2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=NSoeVDPTCuE>>. Acesso em: 23 set. 2019.

GHIRARDI, José Garcez. **O Instante do encontro: Questões fundamentais para o ensino jurídico.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012.

HOLLIDAY, Oscar Jara. **Sistematização das experiências: algumas apreciações.** In: BRANDÃO, Carlos Rodrigues; STRECK, Danilo Romeu (Eds.). **Pesquisa Participante: o saber da partilha.** Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006. p. 227-243.

MARNOCO E SOUSA, José; ALBERTO DOS REIS, José. **A Faculdade de Direito e o seu ensino.** Coimbra: F. França Amado, 1907.

MAZZILLI, Sueli. Ensino, pesquisa e extensão: reconfiguração da universidade brasileira em tempos de redemocratização do Estado. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação - Periódico científico editado pela ANPAE**, [s. l.], v. 27, n. 2, p. 205-221, 2011. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/rbpae/article/view/24770>>. Acesso em: 22 set. 2019.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Novo Currículo Mínimo dos Cursos Jurídicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. A Educação Jurídica e a Crise Brasileira [1955]. **Cadernos FGV DIREITO RIO.** Educação e Direito, [s. l.], v. 3, p. 9-37, 2009.

ZABALZA, Miguel A. **O ensino universitário: seu cenário e seus protagonistas.** Porto Alegre: Artmed, 2004.

O SISTEMA DE INTEGRAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE LIMITAÇÃO AO ENDIVIDAMENTO PÚBLICO

Gabriel Lochagin^[1]

Juliana Oliveira Domingues^[2]

INTRODUÇÃO

Os limites constitucionais à dívida pública apontam, fundamentalmente, para restrições de duas ordens distintas. De um lado, há a previsão de certos limites qualitativos ao endividamento, cujo propósito mais claro é evitar que as operações financeiras sejam mal utilizadas para financiar despesas correntes, e desta forma diminuir os impactos intergeracionais negativos que uma decisão de tal sorte causaria. De outro, os limites constitucionais objetivam promover controles

[1] Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: gabriel.lochagin@usp.br.

[2] Doutora em Direito pela PUC/SP. Professora do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: julianadomingues@usp.br.

quantitativos, isto é, sobre os níveis totais e sobre as variações do endividamento. O necessário cumprimento destes requisitos constitucionais, no entanto, depende de uma articulação muito próxima com a legislação infraconstitucional, em cujo âmbito material encontram-se não apenas as condições operacionais de seu cumprimento, por meio do adequado emprego dos instrumentos orçamentários de gestão do endividamento e do planejamento estratégico dos pagamentos.

Este sistema integrativo das normas constitucionais atinentes à dívida pública permite a concretização dos mandamentos constitucionais de responsabilidade na gestão fiscal. Ou, dito de outra forma, estas normas de diferentes natureza e hierarquia completam a eficácia da Constituição Financeira. Como instrumento de aplicação eficiente das normas de controle do endividamento, os comandos podem ser tanto permanentes como temporários, exemplificados, respectivamente, pelas normas gerais de direito financeiro e pelas leis orçamentárias anuais. Mas, em todo caso, se deve harmonizar o ordenamento jurídico-financeiro com os pressupostos constitucionais de responsabilidade fiscal.

Desta forma, a gestão financeira dos encargos da dívida pelos orçamentos anuais não é apenas elemento contábil de importância restrita ao exercício financeiro, mas parte central do cumprimento de objetivos constitucionais de responsabilidade fiscal e gestão do endividamento. O planejamento financeiro estratégico mostra-se, portanto, como um componente central da efetivação de mandamentos constitucionais relativos à dívida pública.

1 A DÍVIDA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO: A RELAÇÃO ENTRE ESTRUTURA E CONJUNTURA

A existência de limites constitucionais à dívida pública não garante, por si mesma, a sua efetivação. Os comandos previstos na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) relativos à responsabilidade da gestão fiscal dependem da edição de normas infraconstitucionais que lhes completem a eficácia e, ainda, de decisões orçamentárias e administrativas capazes de assegurar, pela gestão financeira, o controle de variáveis de risco e o atendimento das metas fiscais. É da articulação entre a Constituição, as normas infraconstitucionais de caráter permanente e a

legislação orçamentária de caráter temporário, além de outras medidas de gestão da composição da dívida, que se assegura a sustentabilidade das finanças públicas pelo controle desta variável específica, o endividamento público.

Não é demais evidenciar, de forma sistemática, que a legislação infraconstitucional e as decisões tomadas no âmbito da Administração condicionam o cumprimento dos objetivos financeiros estruturais da Constituição. Longe de representarem mera previsão contábil ou de simples organização, os numerosos dispositivos financeiros relativos à responsabilidade da gestão fiscal introduzidos sob a atual disciplina constitucional são ferramentas para a garantia da sustentabilidade financeira dos entes públicos. Por exemplo, as metas fiscais contidas nas leis de diretrizes orçamentárias, as medidas de ajuste da execução orçamentária e os planos anuais de financiamento da dívida pública. São instrumentos jurídicos de política fiscal que, ainda que tenham caráter temporário e conjuntural, atendem a propósitos estruturais de responsabilidade e sustentabilidade da gestão fiscal.

A relação entre estrutura e conjuntura, ainda que se apresente de forma particularizada quando se trata da dívida pública, manifesta-se de forma muito marcada no direito financeiro. Após o destaque conferido aos orçamentos anticíclicos,^[3] particularmente pela “revolução keynesiana”,^[4] o cumprimento de objetivos estruturantes mediante ajustes conjunturais se apresentou como uma discussão constante e um tema usual, embora tenha ultrapassado, com o tempo, os limites do próprio keynesianismo. No entanto, o uso das finanças públicas para atingir fins não exclusivamente fiscais, como o pleno emprego, parecia apontar, até certo ponto, para a liberação da dívida pública de qualquer limite, ou ao menos indicava a relativização de conceitos vagos como a manutenção da

[3] Os orçamentos anticíclicos dizem respeito ao emprego do déficit público como instrumento de política fiscal em fases de desaceleração econômica, assumindo-se a responsabilidade do Estado pelo desenvolvimento econômico geral em face de falhas na capacidade endógena de estabilização dos ciclos econômicos pelos mercados. Embora a recomendação dos déficits não tenha sido proposta originalmente por Keynes (1936), já em 1937 apresentado como a “teoria dominante” (cf. NEUMARK, 1937, p. 582).

[4] A expressão é de KLEIN (1947). O caráter revolucionário apontado pelo autor decorre do desenvolvimento de uma teoria da demanda efetiva, ou seja, da determinação do nível de produção como um todo. Ver também KEYNES (1936).

dívida pública em níveis “saudáveis”.^[5] Ao contrário do que se poderia esperar destas recomendações, não foi o que ocorreu.

Os ordenamentos jurídico-financeiros nacionais e supranacionais não ignoraram, desde então, os limites ao endividamento, sem deixar de lhes conferir, contudo, uma dimensão funcional. Tome-se o claro exemplo do disposto no artigo 109 da Lei Fundamental Alemã, que autoriza os déficits anuais para promover o equilíbrio econômico geral, ao mesmo tempo em que assegura, no artigo 115, que o montante das operações de crédito não deve ultrapassar as despesas de investimento do exercício^[6]. Em relação a este último dispositivo, é o que também se encontra no artigo 167, III, da Constituição brasileira (BRASIL, 1988). Em âmbito supranacional, o Pacto de Estabilidade e Crescimento, da União Europeia (*Stability and Growth Pact*) opta pelo equilíbrio orçamentário baseado em ajustes cíclicos, respondendo a flutuações da atividade econômica tanto quanto os métodos de avaliação da política fiscal permitam aferir (BANCO CENTRAL EUROPEU, 2001).

O direito financeiro apresenta, portanto, uma necessária articulação entre estrutura e conjuntura, e não se poderia cogitar de normas de caráter permanente que não dependessem de algum grau de combinação com normas que se prestem a ajustar condicionantes conjunturais ao cumprimento de objetivos de longo prazo.^[7] Na dívida pública, o cumprimento dos mandamentos constitucionais requer adaptações ligadas aos ciclos e aos riscos do ambiente de execução de política econômica, bem como de decisões administrativas de gestão a respeito da composição mais adequada das obrigações financeiras.

Em termos conceituais, Höfling (1992, p. 8.) refere-se à distinção entre a “política dos níveis de endividamento” e a “política estrutural da dívida”, ambas engrenagens

[5] O ponto de culminação desta tendência é encontrado em A. Lerner, cujas ideias acerca de uma política fiscal por ele denominada funcional (daí a expressão *functional finance*) envolviam apenas a análise dos resultados econômicos das ações fiscais, desprezando o valor ou o desvalor intrínseco do déficit e da dívida. (LERNER, 1943).

[6] Sobre as discussões constitucionais a respeito deste dispositivo, ver a análise de FRIAUF; WAGNER (1969, p. 1-41). Sobre o sentido do artigo 115, ver HÖFLING (1992, p. 140-142).

[7] No Brasil, ver, por todos, a discussão desenvolvida por a respeito da articulação de normas estruturais e conjunturais no direito financeiro, apresentada como característica própria deste ramo jurídico (VIDIGAL, 1973).

de uma “política da dívida pública” geral. A política dos níveis de endividamento, que aqui denominamos de componente jurídico estrutural do controle da dívida pública, compreende medidas que afetam o volume das obrigações financeiras do Estado e seus fins próprios, ao passo que a política de estrutura da dívida trata de questões relativas à sua composição (a título de exemplo, a maturidade das obrigações, os prazos de pagamentos dos juros e as espécies de títulos emitidos). Nota-se, no entanto, que a opção pelo termo “estrutural” para se referir a políticas predominantemente conjunturais voltadas aos padrões de endividamento pode gerar alguma confusão. Neste sentido, melhor usar a expressão “gestão da dívida”, internacionalmente também chamada de *debt management*, para referir o mesmo fenômeno.

2 REGRAS CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE DA DÍVIDA PÚBLICA: “A REGRA DE OURO” E OS LIMITES QUANTITATIVOS AO ENDIVIDAMENTO

Se é verdade que a evolução institucional da dívida pública é a história da introdução de limitações racionais para a tomada de crédito pelo Estado,^[8] cabe ao Direito estabelecer os parâmetros de avaliação dos volumes máximos admitidos para o endividamento (tanto para a assunção de novas obrigações como para o estoque de obrigações já anteriormente contraídas).

Desde o ponto de vista da Constituição, a política dos níveis de endividamento atende a pressupostos estruturais de limitação quantitativa e de adequado aproveitamento dos recursos públicos obtidos em operações de crédito. A combinação de regras constitucionais referentes a aspectos quantitativos e qualitativos do controle do endividamento confere as suas coordenadas fundamentais.

A análise desses limites pode começar pela chamada “regra de ouro”, segundo a qual são proibidas operações de crédito que excedam o montante das despesas de capital, salvo aquelas autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais

[8] O. Gardenberger afirma que a questão de fronteiras racionais para a dívida é objeto tradicional da política financeira, assim como uma questão típica das decisões políticas tomadas a este respeito (GARDENBERGER, 1980, p. 10).

com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta. Trata-se, em resumo, de regra destinada a impedir que a geração de dívida se dedique a financiar despesas correntes.

As primeiras discussões a respeito de tetos para o endividamento remontam a C. Dietzel (1855) e a A. Wagner (1889). O primeiro, contrariando o ceticismo dos economistas clássicos sobre a produtividade das despesas públicas, elogiava o crédito público desde que servisse para financiar investimentos públicos e propunha um “sistema de empréstimos estatais” destinado a este fim (DIETZEL, 1855). O segundo, prosseguindo com a ideia de que o Estado também se manifestava como uma unidade econômica produtiva, da mesma maneira procurava racionalizar a tomada de crédito. Com o receio de que os “déficits agudos”, decorrentes do excesso de despesas ordinárias se tornassem passíveis de cobertura apenas por novas obrigações financeiras e não por outras medidas de contenção fiscal, defendia o célebre economista alemão que se utilizasse a dívida para financiar investimentos, cujo caráter extraordinário justificava seu financiamento por receitas também extraordinárias provenientes de empréstimos. Aí a chamada “regra fundamental” por ele formulada, termo que, com variações, até hoje identifica as recomendações de política fiscal que procuram associar o atendimento de despesas ordinárias com recursos ordinários, e as despesas extraordinárias com receitas igualmente extraordinárias (WAGNER, 1889, p. 146 e ss.)

O que se apresenta com caráter de continuidade a partir destas primeiras formulações é a ideia geral de repartição equitativa dos encargos do endividamento entre o presente e o futuro. Uma limitação do crédito público para financiar investimentos representa medida de distribuição intergeracional justa tanto dos benefícios quanto dos ônus da dívida pública. O argumento fundamental é o de que os encargos da dívida, a serem atendidos em período posterior pelos recursos das futuras gerações, devem equivaler ao benefício aproveitado por elas, algo que apenas ocorre se os recursos dos empréstimos forem empregados de forma produtiva em investimentos cuja utilidade permanece no longo prazo. De outra parte, se o capital gerado não será aproveitado exclusivamente pelas gerações presentes, faz sentido que também os custos de seu financiamento não sejam arcados apenas por elas – o compromisso financeiro de pagamento

futuro permite, por este ponto de vista, a diluição dos encargos entre os diversos beneficiários.^[9] Nas palavras de Stein (1871, p. 666), frequentemente citadas a esse respeito, “um Estado sem dívida ou faz muito pouco pelo seu futuro, ou exige demais do seu presente”.

A Constituição brasileira, ao vedar que as operações de crédito de um exercício excedam o montante das despesas de capital, estabelece o principal limite para o endividamento público (BRASIL, 1988), de forma a revelar se há descontrole das contas públicas ao se empregar recursos provenientes do endividamento para financiar despesas correntes (CONTI, 2011, p. 274-275). Trata-se de regra constitucional voltada à racionalidade da gestão fiscal e à distribuição equitativa dos encargos e dos benefícios gerados pelas obrigações financeiras entre as gerações atuais e posteriores, com adesão obrigatória das esferas de governo.^[10]

A “regra de ouro” apresenta critérios para o controle do fluxo do endividamento, isto é, da contratação de dívida nova. Encontram-se na Constituição, no entanto, também regras de limitação do estoque, com a previsão de tetos máximos para o montante da dívida pública e operações de crédito a serem estabelecidos por Resolução do Senado Federal, nos termos do inciso VII do artigo 52.^[11]

Segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) (BRASIL, 2000), a proposta dos limites globais deveria ser encaminhada por proposta do Presidente da República ao Senado Federal, e este foi definido para a Dívida Consolidada Líquida (DCL) dos Estados e Municípios como um percentual da Receita Corrente Líquida (RCL).^[12]

A verificação da relação DCL/RCL é feita quadrimestralmente, apresentada no Relatório de Gestão Fiscal. Deste modo, caso o ente federal ultrapasse o respectivo limite, haverá a obrigação de reconduzir-se a ele até o término dos três

[9] Ver, entre os estudos jurídicos recentes acerca do tema no Brasil que retomam estes argumentos, SCAFF (2014).

[10] A propósito das características das regras fiscais brasileiras, conferir o recente trabalho de PONTES LIMA (2015).

[11] Para tratamento abrangente do tema, ver TORRES, H. T. (2014, p. 442-452) e OLIVEIRA, (2006, p. 575).

[12] O prazo atribuído pelo artigo 30 da LRF foi de 90 dias após a publicação da lei complementar (BRASIL, 2000).

quadrimestres subsequentes, reduzindo-se o excedente em pelo menos 25% no primeiro período. A proposta enviada pelo Presidente da República ao Senado previa a relação DCL/RCL de 3,5 para a União, 2 para os Estados e 1,2 para os Municípios. Foi aprovada em 2001, pelo Senado, a Resolução n.º 40, que manteve a proposta do Executivo para os limites globais à dívida estadual e municipal, dando a estes entes o prazo de 15 anos para ajustarem-se aos tetos ali referidos. Embora tenha sido previsto pelas comissões competentes do Senado, o limite global para a União ainda não foi aprovado em plenário.

Ainda, no entanto, que não haja limites globais para a dívida pública total União, a Resolução n.º 48, de 21 de dezembro de 2007, definiu algumas restrições para o montante das operações de crédito realizadas em um exercício financeiro por aquele ente. Fixou-se, assim, a relação máxima de 60% entre as operações de crédito interno e externo da União e sua receita corrente líquida (BRASIL, 2007). Estas previsões procuraram, também, fazer com que riscos de refinanciamento da dívida fossem reduzidos. Para isso, as receitas das operações de crédito decorrentes da emissão de títulos apenas serão consideradas, para o fim do cálculo dos limites, no exercício em que for realizada a respectiva despesa.^[13] Com o mesmo objetivo de minimização de riscos é que se previu, também, que a emissão de títulos com objetivo de refinanciamento do principal não se inclui no teto anual de 60% para as operações de crédito.^[14]

Como, no entanto, a gestão da dívida pública se insere em um ambiente de riscos fiscais, deve-se ater à necessidade de medidas de gestão orçamentária e de planejamento dos financiamentos anuais para o cumprimento dos propósitos constitucionais de sustentabilidade. A introdução dos limites não assegura, por si só, a diluição dos riscos existentes, ainda que se pudesse cogitar de seus efeitos sobre as expectativas dos agentes de mercado. De fato, os riscos do

[13] O artigo 6º, §4º, da Resolução n.º 48/2007, dispõe que “as receitas das operações de crédito efetuadas no contexto da gestão da dívida pública mobiliária federal somente serão consideradas no exercício financeiro em que for realizada a respectiva despesa (BRASIL, Senado Federal, 2007).

[14] Como consta do artigo 7º, §2º, da mesma resolução, segundo o qual o limite de 60% “não se aplica às operações de refinanciamento do principal de dívidas e às operações de concessão de garantias (BRASIL, Senado Federal, 2007).

ambiente de gestão da dívida e o comportamento dos atores envolvidos envolvem operações de planejamento estratégico capazes de assegurar as condições de financiamento do setor público em condições sustentáveis. Para isso, deve-se integrar o orçamento público ao cumprimento dos objetivos constitucionais e, por sua vez, o planejamento estratégico à decisão orçamentária.

3 A GESTÃO DA DÍVIDA PÚBLICA E O ORÇAMENTO

O orçamento público integra-se ao planejamento da dívida pública na medida em que prevê o fluxo de recursos ao pagamento de seus encargos. A elaboração da proposta leva em conta, a partir das informações disponíveis, um conjunto de cenários para atingir objetivos relacionados à gestão da dívida. Com a estimativa orçamentária das previsões do serviço da dívida, deve-se pretender não apenas reagir ao vencimento das obrigações, mas também concretizar objetivos estratégicos relativos ao crédito público, tais como manter a confiança na capacidade de pagamento do setor público. Esta é condição necessária para assegurar a continuidade das fontes de crédito para atender às necessidades do setor público e, desta forma, garantir a existência de recursos oriundos do crédito público para cobrir despesas socialmente úteis como os investimentos, dentro dos limites constitucionalmente estipulados.

No direito financeiro brasileiro, as instituições fiscais criadas nas últimas décadas tornaram possível a articulação entre planejamento orçamentário dos encargos da dívida, de um lado, e o planejamento estratégico da dívida pública, de outro, de forma a cumprir os objetivos de sustentabilidade estabelecidos nos limites constitucionais. Ainda que não sejam suficientes para assegurar o controle de todas as variáveis de risco que interferem no equilíbrio das contas públicas, há diversos instrumentos para que as leis orçamentárias se integrem aos objetivos de sustentabilidade dos níveis de endividamento.

A política referente à dívida pública depende, portanto, da adequada gestão para atingir suas finalidades em um ambiente de custos e riscos controlados. A partir da análise dos desembolsos necessários para a satisfação dos encargos financeiros, sejam eles decorrentes dos juros ou do pagamento do principal, e dos

riscos presentes no cenário em que se tomam tais decisões, a gestão da dívida pública é uma atividade associada à capacidade de planejamento orçamentário do setor público. Trata-se da aptidão para utilizar as informações disponíveis de forma a ajustar as decisões referentes ao adimplemento das obrigações com os objetivos financeiros estratégicos. Esta atividade requer a articulação de diversos atores administrativos, tornando-se tanto mais relevante quanto mais organizada se torna a estrutura institucional de decisão financeira.

Para evidenciar a forma pela qual a atividade de gestão da dívida pública representa um elemento central da atividade de organização financeira do setor público, é preciso entender quais são seus objetivos e como eles dependem de uma adequada capacidade de planejamento.

Pode-se dizer que o principal objetivo dos processos de gestão dos pagamentos da dívida pública é preservar as condições necessárias para a continuidade da disponibilidade de capitais ao Estado interessado.^[15] A atividade de planejamento orçamentário das despesas financeiras é necessária para realizar a adequada quantificação das decisões mais amplas de gestão do endividamento, procurando-se atingir os objetivos da política econômica relacionados à dívida pública.

Estes fins dependem de uma adequada capacidade de refletir, no processo orçamentário, as preocupações estratégicas, isto é, as diretrizes traçadas para o perfil da dívida pública. Estas decisões específicas são fruto de deliberações anteriores, em um processo organizado, no qual os objetivos maiores devem se transformar em decisões concretas. Assim, o planejamento governamental da dívida deve ocorrer de forma a assegurar as políticas do Estado para o crédito público, tendo em vista as prioridades de composição e de preservação das suas fontes de financiamento. A definição do montante a ser destinado às despesas financeiras

[15] Veja-se a transcrição de uma definição oferecida pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial: “[s]overeign debt management is the process of establishing and executing a strategy for managing the government’s debt in order to raise the required amount of funding, achieve its risk and cost objectives, and to meet any other sovereign debt management goals the government may have set, such as developing and maintaining an efficient market for government securities.” (FUNDO MONETARIO INTERNACIONAL, 2001, p. 2).

pelo orçamento público (aquelas relacionadas, principalmente, à amortização e ao pagamento de juros da dívida pública) é uma etapa crucial destas políticas.

A previsão de dotações orçamentárias voltadas aos encargos da dívida pública, desta forma, é a etapa posterior de um conjunto de decisões anteriormente consideradas a respeito dos objetivos da gestão visando ao equilíbrio fiscal e à prevenção de discontinuidades na disponibilidade de crédito. Ainda que parte destes recursos possa ter origem extraorçamentária, a lei de orçamento constitui elemento central do processo de avaliação dos custos e dos riscos das obrigações financeiras.

A gestão da dívida pública tem uma longa tradição nas finanças públicas. As referências usuais são o desenvolvimento das operações financeiras do Banco da Inglaterra, que, ao administrar os pagamentos de forma a criar condições para a continuidade das fontes de financiamento, incentivava a disponibilidade de crédito ao governo inglês.^[16] Na Suécia, tem-se a criação do Departamento da Dívida Pública (*Rijksgälden*), já em 1789 (WHEELER, 2004, p. 21-22). No entanto, uma progressão substancial nos debates se observa, internacionalmente, a partir da década de 1990, quando o contexto de crise ensejou a edição de diversas recomendações para que houvesse maior capacidade de planejamento estratégico do setor público, o que significava dizer, por outra forma, que este setor tivesse suas atividades desempenhadas de forma mais racional e transparente, levando em conta apreciações objetivas dos cenários financeiros.

Não por acaso, a característica mais frequentemente indicada como apta para produzir a pretendida evolução da administração da dívida pública é a sua “profissionalização”, termo que pretendeu não apenas contrastar com o diagnóstico de uma situação posta (qual seja, os objetivos pouco claros e a fragilidade institucional das decisões a respeito da dívida pública do período anterior), mas também indicar, de forma propositiva, a criação de órgãos capacitados para exercer esta função.

[16] Diversas práticas do Banco da Inglaterra, destinadas a manter o valor dos títulos públicos e facilitar sua circulação, permitindo ainda a tomada de massiva quantidade de crédito, foram extensamente analisadas já por SMITH (1776, pgs. 1159-60).

Estas propostas foram acolhidas em diversos países. A inclusão da gestão da dívida pública nas boas práticas internacionalmente recomendadas enfatizou a autonomia necessária para relacionar meios e fins, de forma a refletir informações objetivas sobre as melhores formas de contribuir para a estabilidade financeira. Esta autonomia para neutralizar pressões políticas de curto prazo seria operacionalizada a partir maior independência operacional para lidar com as fontes primárias de crédito, os *primary dealers*, ainda que se sujeitassem a diretrizes administrativas superiores. No Reino Unido criou-se o *UK Debt Management Office*, em 1998, que recebeu responsabilidades desde alguns séculos atribuídas ao Banco da Inglaterra; na Alemanha, a empresa estatal *Deutsche Finanzagentur (Bundesrepublik Deutschland Finanzagentur GmbH)*, em 2000; e, na França, a *Agence France Trésor*, em 2001.^[17]

Estas recomendações foram interpretadas e adaptadas aos diversos contextos nacionais, em vista de suas possibilidades efetivas de concretização. As experiências estrangeiras são, a este respeito, diversas. Uma característica comum, no entanto, é que o planejamento estratégico da dívida pública se tornou um objetivo comum para compor esta nova realidade administrativa e orçamentária: a projeção, nos planejamentos financeiros do Estado, da composição e dos pagamentos da dívida pública, a partir de suas condições de sustentação. No caso brasileiro, envolveu uma série de alterações administrativas na estrutura do órgão central de gestão da dívida pública (o Ministério da Fazenda) e a criação de novos instrumentos normativos de gestão orçamentária, entre os quais se destacam a Lei de Responsabilidade Fiscal, em caráter permanente, e as previsões anuais da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Assim, o aperfeiçoamento da estrutura institucional procurou assegurar maior independência e autonomia nas decisões de administração do endividamento. O propósito de órgãos autônomos incluídos nas práticas mais recomendadas está, de forma bastante significativa, ligado à percepção de que centros funcionalmente autônomos de decisão são necessários para garantir suficiente flexibilidade nas relações com os mercados financeiros. Com isto, os riscos assumidos nas operações de crédito poderiam ser menores, visto que as análises partiriam de

[17] As funções de órgãos internos de gestão da dívida pública na Europa, dos quais o suco é precursor com ampla vantagem, são tratadas de forma sistemática (DYSON, 2014, p. 381 e ss).

dados compatíveis com a realidade de mercado, e seria fortalecida a capacidade organizacional para o adequado desenvolvimento dos mercados de títulos públicos. Não é coincidência que a gestão da dívida pública com maior autonomia dos centros decisórios esteve, na Europa, ligada ao processo de integração monetária, de forma a separar os objetivos fiscais, determinados nos orçamentos e perseguidos pelos tesouros nacionais, e os monetários, cujas decisões não se submetiam às mesmas pressões políticas, mas a uma racionalidade própria. Tratava-se de uma tendência, no mais, recomendada pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial, que apontam para a necessidade de uma gestão mais ativa e flexível da dívida pública, com constantes análises de risco e testes de possíveis cenários que permitissem a adequação daquelas políticas às especificidades conjunturais dos mercados financeiros.^[18]

A defesa da autonomia do planejamento orçamentário da dívida pública tornou-se um argumento forte no contexto das crises de endividamento dos anos de 1980 em diante. Avaliava-se que, naquele contexto anterior aos mecanismos de reestruturação instalados para debelar a crise, o serviço da dívida submetia-se a definições excessivamente políticas, que desconsideravam as situações de risco objetivamente percebidas pelo mercado. Ao contrário, a fragmentação da decisão entre as autoridades decisórias, no mais das vezes incapazes de chegar a soluções comuns, muitas vezes subestimava as dotações para o serviço da dívida, buscando seu menor custo orçamentário e não os níveis ótimos de serviço necessários à preservação de níveis sustentáveis de endividamento (WHEELER, 2004, p. 2.).

Em síntese, as vulnerabilidades a que ficariam expostos os Estados em um contexto financeiro adverso não decorreriam, assim, apenas do tamanho da dívida pública acumulada, mas de diversos fatores, tais como a capacidade de planejamento do setor público.^[19] O debate passou a se dar, então, não apenas

[18] *"A framework should be developed to enable debt managers to identify and manage the tradeoffs between expected cost and risk in the government debt portfolio. To assess risk, debt managers should regularly conduct stress tests of the debt portfolio on the basis of the economic and financial shocks to which the government and the country more general are potentially exposed."* (FMI; BANCO MUNDIAL, 2001, p. 8).

[19] Sobre as atuais discussões a respeito da interação entre diversos níveis de decisão de política econômica e a gestão da dívida pública, cf. OCDE (2012).

em torno do volume da dívida pública, percebido como variável insuficiente para explicar a sua sustentabilidade. Manter a capacidade de pagamento do Estado dependeria também de a capacidade de órgãos administrativos autônomos tomarem decisões conjunturais para o cumprimento de metas adaptáveis e flexíveis que, desde que cumpridas, permitissem o equilíbrio fiscal em prazo mais longo. Deste modo, essencial tornava-se a discussão sobre a melhor composição da dívida pública e da capacidade de planejamento governamental para oferecer respostas mais compatíveis às expectativas das fontes de financiamento, que viam na desarticulação das decisões políticas uma fonte importante de risco.

4 A ORGANIZAÇÃO INSTITUCIONAL DA GESTÃO DA DÍVIDA PÚBLICA

Para atender aos objetivos de gestão, o cumprimento dos contratos e a determinação do serviço da dívida são peças centrais. Tendo em vista as relações que se estabelecem entre o setor público e o privado nas operações de crédito, que constituem obrigações no mais das vezes voluntárias, um dos principais instrumentos para a permanência do crédito é, exatamente, o adimplemento das obrigações, sem o qual seria possível esperar o crescimento do risco soberano. Assim, um dos objetivos da gestão da dívida pública é assegurar o seu serviço em um dado cenário de custos e de riscos.

Ambos os termos são usados com frequência pelos profissionais da área, mas, de forma mais específica, pode-se dizer que o *custo* da dívida pública se refere aos esperados fluxos de caixa associados com o seu serviço, ao passo que o *risco* (também denominado de volatilidade) mede o grau das variações possíveis do serviço da dívida em função de alterações nas taxas de juros, aí incluídas as flutuações dos prêmios de risco, das taxas de câmbio e outros preços de mercado (WHEELER, 2004, p. 15).

Estabelecer qual é o nível tolerado de risco é uma decisão típica da gestão da dívida pública, e já se explorou, em outros trabalhos, a hipótese de que os governos tendem a ser avessos ao aumento do risco. Entre as possíveis explicações, a de que o comportamento de governos democraticamente eleitos é incentivado a refletir o da média dos eleitores, que em suas decisões particulares preferem

decisões financeiras mais conservadoras. Há, no entanto, que considerar que esta aversão ao risco na condução de finanças públicas se relaciona com os efeitos que a piora no crédito público pode causar sobre sua situação financeira, com impactos sobre o equilíbrio fiscal, sobre os custos dos empréstimos e sobre o acesso ao capital.^[20]

Por outro lado, nem todos os governos partilham da mesma tolerância ao risco, que pode variar segundo suas preferências políticas e econômicas. A ênfase conferida à redução do risco é variável ao longo do tempo e em função de prioridades de política econômica. O desenho da estratégia de gestão da dívida pública obedece, portanto, a necessidades circunstanciais, tanto aquelas externas, ou seja, referentes à situação dos mercados, como internas, que dizem respeito às características da dívida pública acumulada pelo Estado em um determinado momento.

Em termos organizacionais, interessa destacar em quais instituições podem ser elaboradas e executadas essas estratégias. Neste campo, muitos arranjos são possíveis, e o caso brasileiro, especialmente quanto a seus aspectos orçamentários, é um exemplo entre outros. Em comum, no entanto, muitas das modificações introduzidas partiram da constatação de que as responsabilidades pelo planejamento estratégico da dívida pública deveriam ser centralizadas em uma unidade administrativa, sem dispersão significativa.

Não se trata, aqui, de negar a influência da forma de Estado existente em determinados casos, pois, em Estados Federados, a autonomia financeira envolve a autonomia das unidades que a compõem para tomar decisões em matéria de dívida pública, nos limites da conformação constitucional de seus poderes. Os riscos da dívida subnacionais, no entanto, justificam a participação de um órgão com responsabilidades nacionais na consolidação das informações. Assim, a maior parte dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) centralizou a gestão da dívida pública no Ministério das Finanças e, mesmo naqueles casos em que se previu um órgão exterior à estrutura ministerial, o Ministério das Finanças continuou muitas vezes responsável pela aprovação final de políticas de gestão de risco de maior relevo para a administração da dívida.

[20] Sobre as explicações das referidas hipóteses, ver PÁLSSON (1996, p. 771-87).

Algumas funções de gestão da dívida são, ainda, desempenhadas pelo Banco Central, na condução da política monetária (WHEELER, 2004, p. 60).

Estas considerações sobre a governança dos processos de decisão financeira produziram orientações a respeito da concentração das atribuições de gestão da dívida pública em setores funcionais articulados. Assim, conforme os procedimentos internos de divisão de responsabilidade no interior de uma organização, destacam-se três setores fundamentais: aquele referente à administração do portfólio da dívida pública, também chamado *front office*; aquele dedicado ao gerenciamento dos riscos, ou *middle office*; e, por fim, o órgão responsável por estabelecer os montantes a serem desembolsados, o *back office*.

Em mais detalhes, o *front office* atua na análise e na execução de todas as transações de portfólio, incluindo as projeções de fluxos de caixa, a decisão a respeito dos empréstimos em moeda doméstica ou estrangeira e a definição da estratégia das transações comerciais. Trata-se, portanto, de um setor em contato constante com o mercado, a partir do qual se traça a estratégia de composição da dívida pública que será apresentada ao sistema financeiro. A política de administração de riscos, por sua vez, é estabelecida pelo *middle office*, que analisa as diferentes alternativas de política financeira e monitora o cumprimento das políticas traçadas pelo *front office*, o que geralmente se materializa em relatórios de riscos de crédito percebidos pelo mercado, comparando o risco tolerado com o especificado no gerenciamento do portfólio. Por fim, o *back office* se aproveita destas informações para elaborar propriamente o planejamento financeiro dos desembolsos da dívida pública.

Para a previsão destes montantes, no Brasil, é oportuno analisar o papel desempenhado pela estrutura central responsável pela gestão da dívida pública, o Ministério da Fazenda. Este órgão desempenha funções correspondentes à dos *Debt Management Offices* preconizados pelas práticas internacionais. Muitas de suas atribuições já foram detalhadamente observadas em outros trabalhos relativos ao tema, tanto quanto a seus aspectos organizacionais quanto ao mérito das decisões de política econômica tomadas.^[21] Do ponto de vista institucional, cabe destacar

[21] Ver, assim, ROCHA (2009, p. 134 e seguintes). Para o detalhamento das opções do Banco Central e do Tesouro Nacional a respeito da composição da dívida pública e outras decisões relevantes após a

que esta estrutura centralizada conta com divisão de funções internas, partilhadas entre instâncias que correspondem aos *back, middle e front offices*. Estes setores, articulados sob o Ministério da Fazenda, como estrutura central, e a Secretaria do Tesouro Nacional, são, respectivamente, a Coordenação Geral de Controle da Dívida Pública (CODIV), a Coordenação Geral de Planejamento Estratégico da Dívida Pública (COGEP), e a Coordenação Geral de Operações da Dívida Pública (CODIP). Ambos têm funções destacadas no planejamento da dívida pública, seja em seus aspectos de longo prazo, seja na decisão orçamentária anual.

Entender as responsabilidades destas áreas é fundamental para estabelecer a organização dos pagamentos da dívida pública. Elas se organizaram de tal forma que à CODIP (*front office*) compete a elaboração da estratégia de curto prazo, as emissões para financiamento do déficit e a criação de novos produtos, tendo em vista a composição desejada da dívida pública. Por sua vez, à COGEP (*middle office*) cabe definir as estratégias de financiamento de médio e longo prazos e partir de determinados parâmetros de risco, bem como a análise da conjuntura econômica e a elaboração de estudos e análises que amparem as decisões. Finalmente, é a CODIV (*back office*) a área responsável pelo registro e pelo controle da dívida pública federal, pelo relacionamento com as centrais de custódia e pela elaboração da proposta de orçamento anual da dívida pública, assim como pelo acompanhamento da execução orçamentária e financeira. É também a esta área que competem as demais operações contábeis e de registro dos pagamentos, além da emissão de títulos decorrentes de algumas operações especiais, tais como aqueles em razão de reforma agrária (ROCHA, 2009, p. 135-6).

5 A DÍVIDA PÚBLICA NO ORÇAMENTO BRASILEIRO

Em atenção ao contexto brasileiro, a previsão de recursos orçamentários para o serviço da dívida pública tem diversos objetivos concomitantes: a redução de prazos concentrados de maturidade, a otimização da vida média da dívida

implantação do Plano Real, ver GIAVAZZI; MISSALE (2004)E e, ainda, BEVILACQUA; GARCIA (2002, p. 15-35).

pública, a redução do custo dos empréstimos, a substituição gradual da dívida externa reestruturada, a abertura e o desenvolvimento dos mercados de títulos públicos (SILVA; MEDEIROS, 2009, pp. 101-128). Como bem exposto por Alves e Silva (2009, p. 149),

“[a] importância de se adotar boas práticas na gestão da dívida pública como meio para assegurar, ou ao menos não afetar, a estabilidade macroeconômica se tornou clara especialmente após a ocorrência de vários eventos que atingiram adversamente os mercados emergentes no final da década de 1990. Nesse debate, é central a necessidade de se desenhar estratégias adequadas e coerentes para a administração da dívida que levem em conta, dentre outros elementos, a composição ótima da dívida no longo prazo, os riscos inerentes a tais estratégias e o compromisso com o desenvolvimento do mercado de dívida.”

O Brasil desenvolveu mecanismos próprios de gestão da dívida pública. O reforço desta estrutura institucional se deu a partir da criação de um Comitê de Gerenciamento da Dívida e com a divulgação periódica do Plano Anual de Financiamento (PAF), que confere informações, tanto para a sociedade como para investidores e os próprios gestores da dívida pública, a respeito das ações do Tesouro para gerir o endividamento público. Trata-se de um documento de periodicidade anual, e que se destaca por ser, atualmente, um dos princípios veículos de indicação de diretrizes e objetivos da dívida pública federal.

O PAF, editado desde 2001, continuamente exhibe a estratégia adotada pelo governo para atingir os objetivos da gestão da dívida pública federal, os quais, segundo seus próprios termos, consistem em “suprir de forma eficiente as necessidades de financiamento do governo federal, ao menor custo no longo prazo, respeitando-se a manutenção de níveis prudentes de risco. Adicionalmente, busca-se contribuir para o bom funcionamento do mercado brasileiro de títulos públicos” (BRASIL, 2015, p. 9). O Plano divulga, ainda, diretrizes específicas de política econômica para a dívida pública, tais como, pelo que se pode exemplificar a partir do definido para o ano de 2015, a substituição gradual dos títulos remunerados por taxas de juros flutuantes pro títulos com rentabilidade pré-fixada, a consolidação da atual participação dos títulos remunerados por índices de preços e dos vinculados à

taxa de câmbio, em consonância com os seus limites de longo prazo, a suavização da estrutura de vencimentos, com especial atenção para a dívida que vence no curto prazo, o aumento do prazo médio do estoque, o desenvolvimento da estrutura a termo de taxas de juros nos mercados interno e externo, o aumento da liquidez dos títulos públicos federais no mercado secundário; a ampliação da base de investidores, bem como o aperfeiçoamento do perfil da Dívida Pública Federal externa (DPFe), por meio de emissões de títulos com prazos de referência (*benchmark*), do programa de resgate antecipado e de operações estruturadas (BRASIL, 2015, p. 9-10).

O PAF é um dos principais instrumentos de transparência e previsibilidade da gestão da dívida pública, mas não o único. Além dele, destacam-se outros documentos elaborados pelo Tesouro Nacional, tais como o Relatório Anual da Dívida Pública, que, ao final do ano de referência, apresenta a análise do gerenciamento até então realizado, com isso permitindo melhor definição dos objetivos e metas para o período seguinte. Destaquem-se, também, o Relatório Mensal da Dívida Pública, com informações e estatísticas sobre diversos aspectos a respeito da composição da dívida pública federal, tais como evolução do estoque, prazo médio e vida média, emissões, resgates e perfil da maturidade; o Cronograma Mensal de Emissões, divulgado no início de cada mês com as datas de liquidação e realização dos leilões, o volume máximo de oferta, bem como os títulos a serem oferecidos; os Informes da Dívida, com informações esporádicas sobre temas de relevo; e documentos ocasionais, geralmente emitidos em função do relacionamento com os investidores.

O processo de planejamento orçamentário da dívida pública envolve etapas tanto na fase de elaboração quanto na de execução do orçamento público. Na fase de elaboração, há a previsão das despesas financeiras de acordo com as metas de resultado relacionadas ao serviço da dívida, ou seja, a partir da definição do montante a ser adimplido da dívida pública de acordo com o estabelecido na Lei de Diretrizes Orçamentárias e nas demais previsões da Lei de Responsabilidade Fiscal. Durante a fase de execução, por sua vez, o planejamento estratégico ocorre de acordo com o Plano Anual de Financiamento, o qual, divulgado em janeiro de cada ano, permitirá o acompanhamento da execução orçamentária conforme as

diretrizes, estratégias e metas nele estabelecidas, orientando a necessidade de geração de receitas pela emissão de títulos.

Uma importante orientação conferida pela Lei de Responsabilidade Fiscal ao orçamento da dívida pública é a criação de uma parte própria para as despesas de refinanciamento da dívida pública, que consta de unidade orçamentária específica.^[22] Um dos instrumentos técnicos criados para permitir a adequada separação do refinanciamento da dívida de outras despesas financeiras e não-financeiras foi a definição de uma fonte específica à qual compete registrar os recursos provenientes da emissão de títulos que serão usados para a amortização da dívida pública, independentemente de sua natureza mobiliária ou contratual. Por outro lado, outra fonte identifica contabilmente os recursos de mesma origem utilizados para finalidades diferentes.^[23] No caso federal, faz parte do planejamento elaborado pela Secretaria de Orçamento Federal a definição de outras fontes voltadas a atender ao serviço da dívida pública, as quais guiarão a elaboração do orçamento.^[24]

As eventuais necessidades de reforço das dotações voltadas ao serviço da dívida são atendidas pelos mecanismos usuais de flexibilização do orçamento, os créditos adicionais, cujos recursos têm origem nas fontes autorizadas pela Lei 4.320 de 1964 (BRASIL, 1964) para cobertura dos acréscimos às dotações,^[25] desde que compatíveis com as metas de resultado primário estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Há duas despesas tipicamente categorizadas, no plano federal, como aquelas relativas ao refinanciamento. De um lado, os juros e os encargos da dívida interna

[22] O artigo 5º, §2º, da LRF determina que “o refinanciamento da dívida pública constará separadamente na lei orçamentária e nas de crédito adicional” (BRASIL, 2000).

[23] Respectivamente, são as fontes 143 e 144 do orçamento, cujas funções são analisadas em PASSOS; CASTRO, (2009, p. 230).

[24] Veja-se, a título exemplificativo desta consolidação no Orçamento Federal de 2015 (Lei 13.115, de 20 de abril de 2015), o programa cujas ações indicam despesas financeiras (905 – Operações Especiais: Serviço da Dívida Interna (Juros e Amortizações)) (BRASIL, 2015).

[25] Os quais, segundo o artigo 43, §1º, são o superávit financeiro, o excesso de arrecadação, os resultantes da anulação total ou parcial de outras dotações e o produto de operações de crédito autorizadas.

ou externa de responsabilidade direta ou indireta do Tesouro Nacional ou que venham a se tornar de responsabilidade da União por definição de resolução senatorial, e, de outro, aquelas despesas destinadas ao aumento do capital de empresas e sociedades em que a União detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto e que não estejam incluídas no programa de desestatização. É possível, ainda, que lei específica venha a incluir outras despesas nesse rol.^[26]

A preocupação com a solvência do Estado, traduzida na preocupação com a geração de resultados primários positivos, conduziu à elaboração de autorizações para a utilização de recursos excedentes, como aqueles originados do superávit financeiro do exercício anterior ou do excesso de arrecadação, para o serviço da dívida pública federal. Assim, a Lei n.º 11.943, de 28 de maio de 2009 (fruto da conversão da Medida Provisória n.º 450, de 2008) (BRASIL, 2009), permitiu que o Tesouro Nacional se aproveitasse desses recursos para a finalidade de servir a despesas financeiras, desde que não se trate de recursos constitucionalmente vinculados. Este documento, aliás, é profícuo nos temas que disciplina; o tratamento da utilização de recursos financeiros excedente, importante medida de gestão da dívida pública e planejamento adequado de seus pagamentos ao longo do exercício financeiro, é um dos tantos incluídos na extensa medida provisória de origem.^[27] Além da autorização contida na referida lei, a Lei Orçamentária Anual inclui, nas margens de remanejamento do orçamento, autorização para a abertura de créditos suplementares até o limite de 20% do montante do refinanciamento

[26] Ver, por exemplo, o artigo 85 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para o exercício de 2015 (Lei 13.080, de 2 de janeiro de 2015) (BRASIL, 2015).

[27] A emenda da lei deixa-o claro: “Autoriza a União a participar de Fundo de Garantia a Empreendimentos de Energia Elétrica - FGEE; altera o § 4o do art. 1o da Lei no 11.805, de 6 de novembro de 2008; dispõe sobre a utilização do excesso de arrecadação e do superávit financeiro das fontes de recursos existentes no Tesouro Nacional; altera o art. 1o da Lei no 10.841, de 18 de fevereiro de 2004, as Leis nos 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 10.848, de 15 de março de 2004, 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 10.847, de 15 de março de 2004, e 10.438, de 26 de abril de 2002; e autoriza a União a repassar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES recursos captados junto ao Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento - BIRD” (grifa-se). O assunto vem tratado no artigo 13 (BRASIL, 2009, s/p).

da dívida pública federal, o que assegura grau considerável de flexibilidade na gestão da dívida pública.

A elaboração da proposta orçamentária da dívida pública, no caso federal, divide-se em duas fases, que se organizam periodicamente, ano a ano, no período entre abril e maio e, em seguida, em agosto. Estas etapas dizem respeito, em primeiro lugar, à elaboração da proposta orçamentária das dívidas contratuais interna e externa e da dívida mobiliária externa, em que a SOF consolida as receitas e despesas da União a fim de auferir o equilíbrio orçamentária e apura, então, o valor das receitas a ser destinado ao pagamento da dívida pública federal acima especificada.

Nota-se, aqui, uma diferença com relação ao planejamento anual do serviço da dívida mobiliária, cuja previsão é realizada em duas fases distintas, caso se trate da dívida mobiliária externa ou interna. Na primeira fase mencionada, elabora-se a previsão do serviço da parte externa; a segunda fase, referente à proposta orçamentária da dívida mobiliária federal interna, é feita em uma segunda etapa, quando se incluem no orçamento inicial os valores do serviço deste tipo de obrigação para o exercício seguinte. A partir do cálculo da necessidade de financiamento elaborado se calculam os recursos que deverão obtidos a partir da emissão de títulos de responsabilidade do Tesouro.^[28]

Há que se apontar, no entanto, a notável ausência do Plano Plurianual (PPA) no contexto do planejamento estratégico da dívida, praticamente ignorado em matéria de gestão de endividamento. De fato, ao lado da fixação de diretrizes e metas para diversos programas finalísticos da Administração, deve-se estudar a possibilidade de sua utilização também para o planejamento orçamentária de despesas financeiras, algo que não tem sido feito, ausentes maiores especificações acerca de metas estratégicas para a composição e o volume do endividamento no PPA.

[28] Para análise detalhada do processo orçamentário da dívida pública federal mobiliária interna, ver SANT'ANA (1996).

CONCLUSÃO

Os diversos aspectos da gestão da dívida pública, relativos ao planejamento do financiamento das obrigações financeiras do Estado, têm por função adequar o perfil e o volume do endividamento aos mandamentos constitucionais relacionados à responsabilidade da gestão fiscal, principalmente aqueles pertinentes a limites quantitativos e qualitativos constitucionalmente estabelecidos. A gestão fiscal responsável se concretiza não apenas mediante a criação de condicionantes estruturais, mas também pela atuação concreta da Administração e pela capacidade conferida às normas orçamentárias de refletir análises estratégicas de custos e riscos no planejamento anual dos desembolsos da dívida pública.

Assim, tanto os tetos globais fixados por determinação constitucional quanto a adequada utilização destes recursos dependem de gestão fiscal adequada, executada mediante o cumprimento do disposto na legislação infraconstitucional e pela incorporação do planejamento estratégico da dívida na formulação e na execução dos orçamentos públicos.

Como visto, esta gestão se traduz na utilização do processo orçamentário para a promoção do equilíbrio dos níveis de endividamento. Assim, o PAF desempenha papel crucial para o planejamento estratégico da dívida, possibilitando dispêndios orçamentários compatíveis com as metas fiscais fixadas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (por determinação da Lei de Responsabilidade Fiscal) e com demais finalidades relativas ao gerenciamento de riscos. Além disso, a gestão da dívida deve se amparar em uma estrutura administrativa capacitada e com funções bem especificadas para a formulação e operacionalização do planejamento estratégico, algo que se espera das atuações dos *front*, *middle* e *back offices* associados à Secretaria do Tesouro Nacional.

Como medida de aperfeiçoamento da gestão da dívida, recomenda-se o emprego de instrumentos orçamentários de planejamento plurianual, como o PPA, para melhor delineamento de diretrizes e metas dos encargos financeiros, de forma a evidenciar os objetivos da política fiscal para a dívida pública durante o período de vigência destas leis.

REFERÊNCIAS

ALVES, Luiz Fernando; SILVA, Anderson Caputo. Planejamento Estratégico da Dívida Pública Federal. In: SILVA, Anderson Caputo.; CARVALHO, Lena O.; MEDEIROS, Otávio L. (Orgs.). **Dívida Pública: a experiência brasileira**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional / Banco Mundial, 2009, p. 129-155.

BANCO CENTRAL EUROPEU. Cyclically Adjusted Budget Balances: an Alternative Approach. **Working Paper Series**, n.º 77, set. 2001.

BEVILACQUA, Afonso; GARCIA, Márcio. Debt Management in Brazil: Evaluation of the Real Plan and Challenges Ahead. **International Journal of Finance and Economics**, vol. 7, n.º 1, 2002, p. 15-35.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Interactions Between Sovereign Debt Management and Monetary Policy under Fiscal Dominance and Financial Instability. **OECD Working Papers on Sovereign Borrowing and Public Debt Management**. Washington, D.C., n.º 3, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. **Lei n. 11.943, de 28 de maio de 2009**. Autoriza a União a participar de Fundo de Garantia a Empreendimentos de Energia Elétrica - FGEE; altera o § 4º do art. 1º da Lei n. 11.805, de 6 de novembro de 2008; dispõe sobre a utilização do excesso de arrecadação e do superávit financeiro das fontes de recursos existentes no Tesouro Nacional; altera o art. 1º da Lei n. 10.841, de 18 de fevereiro de 2004, as Leis n.s 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 10.848, de 15 de

março de 2004, 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 10.847, de 15 de março de 2004, e 10.438, de 26 de abril de 2002; e autoriza a União a repassar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES recursos captados junto ao Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento - BIRD. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-11943-28-maio-2009-588525-norma-pl.html>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.080, de 2 de janeiro de 2015**. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2015 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13080.htm. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.115, de 20 de abril de 2015**. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13115.htm. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. **Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional. **Dívida Pública Federal**: Plano Anual de Financiamento 2015. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Resolução n. 48 de 21 de dezembro de 2007**. Dispõe sobre os limites globais para as operações de crédito externo e interno da união, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo poder público federal e estabelece limites e condições para a concessão de garantia da união em operações de crédito externo e interno. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=5&data=24/12/2007>. Acesso em: 10 set. 2017.

CONTI, José Maurício. Artigos 32 a 39. In: MARTINS, I. G.; NASCIMENTO, C. V. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIETZEL, Carl. **Das System der Staatsanleihen im Zusammenhang der Volkswirtschaft betrachtet**. Heidelberg: J. C. Mohr, 1855.

DYSON, Kenneth. **States, Debt and Power: 'Saints' and 'Sinners' in European History and Integration**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FUNDO MONETARIO INTERNACIONAL (FMI); BANCO MUNDIAL. **Guidelines for Public Debt Management**. Washington, D.C.: 2001.

FRIAUF, Karl Heinrich; WAGNER, Heinz. Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft. In: **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Berlin: De Gruyter, 1969.

GARDENBERGER, O. Grenzen der Staatsverschuldung: theoretische Erkenntnisse und Anwendungen auf die Situation in der Bundesrepublik Deutschland. In: **Probleme der Staatsverschuldung**. Berlin: Duncker & Humblot, 1980.

GIAVAZZI, Francesco; MISSALE. Public Debt Management in Brazil. **NBER Working Paper Series**, National Bureau of Economic Research, n.º 10394, Washington, D.C., mar. 2004.

HÖFLING, Wolfram. **Staatsschuldenrecht**: Rechtsgrundlagen und Rechtsmaßstäbe für die Staatsschuldenpolitik in der Bundesrepublik Deutschland. Heidelberg: C. F. Müller, 1992.

KEYNES, John Maynard. **The General Theory of Employment, Interest and Money**. Londres: MacMillan & Co., 1936.

KLEIN, Lawrence Robert. **The Keynesian Revolution**. Londres: MacMillan and Co., 1947.

LERNER, Abba. Functional Finance and the Federal Debt. **Social Research**, vol. 10, n.º 1, fev. 1943.

NEUMARK, Fritz. Ausgleichsprobleme der öffentlichen Finanzwirtschaft. **Zeitschrift für schweizerische Statistik und Volkswirtschaft**. n.º 73, 1937.

- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.
- PÁLSSON, Anne-Marie. Does the Degree of Relative Risk Aversion Vary with Household Characteristics? **Journal of Economics Psychology**, vol. 17, n.º 6, 1996, p. 771-87.
- PASSOS, Antônio de Pádua Ferreira; CASTRO, Priscila de Souza Cavalcante. In: SILVA, Anderson Caputo; CARVALHO, Lena de Oliveira; MEDEIROS, Otávio Ladeira. **Dívida Pública: a Experiência Brasileira**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2009.
- PONTES LIMA, Edilberto Carlos. **Curso de Finanças Públicas: uma Abordagem Contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2015.
- ROCHA, Karen de Lima. Estrutura Institucional e Eventos Recentes na Administração da Dívida Pública Federal. In: SILVA, Anderson Caputo; CARVALHO, Lena Oliveira de.; MEDEIROS, Otávio Ladeira. **Dívida Pública: a Experiência Brasileira**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2009.
- SANT'ANA, Wilma Luiza. **Orçamento da Dívida Pública: um Novo Enfoque**. Brasília: ESAF, 1996.
- SCAFF, Fernando Facury. Crédito Público e Sustentabilidade Financeira. **Revista de Direito à Sustentabilidade** (UNIOESTE), vol. 1, n.º 1, 2014.
- SILVA, Aline Dieguez B. de Menedes; MEDEIROS, Otávio Ladeira. Conceito e Estatísticas da Dívida Pública. In: SILVA, Anderson Caputo.; CARVALHO, Lena O.; MEDEIROS, Otávio L. (Orgs.). **Dívida Pública: a experiência brasileira**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional / Banco Mundial, 2009, pp. 101-128.
- SMITH, Adam. **The Wealth of Nations**. Londres: Bantam Classics, 2003 (1776).
- STEIN, Lorenz von. **Lerbuch der Finanzwissenschaft**. 2 ed. Leipzig: Brockhaus, 1871.
- TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: RT, 2014.
- VIDIGAL, Geraldo. **Fundamentos do Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 1973.
- WAGNER, Adolph. **Lehr- und Handbuch der politischen Ökonomie**. 3 ed. Leipzig: C. F. Wintersche Verlagshandlung, 1889.
- WHEELER, Graeme. **Sound Practice in Sovereign Debt Management**. Washington: The World Bank, 2004.

A CONCESSÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A EXPANSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA^[1]

Maria Elisa Palomine Bonato^[2]
Camilo Zufelato^[3]

[1] Originalmente publicado nos anais do XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Brasília/DF entre os dias 19 e 21 de julho de 2017.

[2] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: mariaelisabonato@gmail.com.

[3] Livre-docente pela FDRP-USP. Professor do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da FDRP-USP. Correio eletrônico: camilo@usp.br.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal desvendar as novidades legislativas advindas com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil no que tange à concessão da gratuidade judiciária às pessoas jurídicas, de modo a avaliar se e em que medida elas representam um avanço, particularmente quanto à ampliação efetiva do acesso à justiça e à realização do princípio constitucional da igualdade.

Para tanto, se abordará o tratamento conferido ao instituto sob a égide da Lei n. 1.060/1950, bem como as alterações trazidas pelos diplomas legislativos subsequentes – sobretudo a Lei n. 13.105/2015, que, ao derrogar esta última, tentou sanar as divergências e as inconsistências conceituais até então existentes, além de suprir antigas omissões – e o aprimoramento da interpretação jurisprudencial acerca do tema.

No que concerne à metodologia, o escrito se baseia em uma breve revisão bibliográfica a respeito dos contornos da justiça gratuita, reforçada pela análise crítica de julgados anteriores e posteriores à entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em uma dimensão dedutiva que visa a concluir, com esteio no desenvolvimento dado ao assunto ao longo do texto, pelo alargamento da concepção de acesso à justiça propiciado pelas recentes alterações legais.

Com tais propósitos, se repousou, durante a atividade de pesquisa, sobre os textos legais e doutrinários dedicados à matéria, bem como sobre os entendimentos esposados pelo Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos.

2 A GRATUIDADE JUDICIÁRIA, O ACESSO À JUSTIÇA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A gratuidade da justiça, também chamada de justiça gratuita, pode ser conceituada como a “dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento dos honorários de advogado” (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2012, p. 11). Ela sempre esteve intrinsecamente relacionada com a temática mais ampla do acesso à justiça, a

qual goza de incontestável relevância no universo jurídico. Tanto é assim que esta última está categorizada como uma garantia fundamental no texto constitucional, a teor do que proclama seu artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Deste dispositivo – que prevê o que a doutrina chama de princípio da inafastabilidade da jurisdição, direito de ação, princípio do livre acesso ao Judiciário, ou, ainda, princípio da ubiquidade da justiça –, se depreende que aos indivíduos é assegurada, por parte do Estado, a tutela jurisdicional preventiva e repressiva. Mais do que isso: já se afirmou que esta problemática não repousa apenas no acesso à justiça como instituição estatal, mas no acesso a uma “ordem jurídica justa”, conforme a célebre expressão de Kazuo Watanabe (GRINOVER; DINAMARCO; WATANABE, 1988, p. 128).

Esta adjetivação da justiça também está presente na obra de Santos (2011, p. 39), para quem o próprio acesso à justiça é capaz de “mudar a justiça a que se tem acesso”, por meio de um “sistema de transformação recíproca”. A dilatação do conceito de acesso à justiça e a qualificação desta são, de igual modo, pontuados por Cichocki Neto (2009, p. 61), segundo o qual

a expressão acesso à justiça engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enforça o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado, a quem compete não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico, mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.

É cediço que um dos mais graves e frequentes entraves do acesso à justiça são os de ordem financeira. Litigar em juízo, quer como autor ou como réu, demanda gastos, uma vez que recai sobre as partes a obrigação de recolher as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios. Em outras palavras, a prestação da atividade jurisdicional é um serviço público remunerado, e, justamente por isso, pode parecer inatingível à parcela mais carente da população.

Sabe-se que nem todas as pessoas, físicas ou jurídicas, têm condições de suportar o ônus financeiro do processo. Isso quer dizer que, não fosse a perspectiva de gratuidade, elas estariam impossibilitadas de defender seus interesses no âmbito judicial. Dito de outra forma, a elas, na prática, seria negada a garantia constitucional

de acesso à justiça, a qual se reduziria a uma mera previsão textual, oca e inefetiva. Quanto a este tópico, escrevem Cappelletti e Garth (1988, p. 11/12):

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

A supracitada alusão à igualdade revela outro ditame constitucional usualmente associado à gratuidade judiciária. Trata-se justamente do princípio da igualdade, contemplado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Tal direito, por conseguinte, não se coaduna com diferenças de oportunidade de acesso à justiça, já que a discriminação baseada na escassez de recursos financeiros o afronta de maneira direta. Se todos são iguais, devem ter iguais mecanismos de facilitação de acesso ao Poder Judiciário, não fazendo sentido que os mais abastados consigam se valer da tutela jurisdicional do Estado e os mais pobres fiquem dela privados. Interpretar tal direito fundamental de maneira diferente equivale a ignorar sua vertente substancial, limitando-o a um condenável formalismo. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 já enaltecia a importância desta garantia, prevendo, em seu artigo X, que “toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com equidade, por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações [...]”.

No que diz respeito especificamente às pessoas jurídicas, destaca-se que não só o benefício da gratuidade visa à expansão do acesso à justiça, como também outros dispositivos legais se norteiam pelo mesmo propósito. Esta preocupação pode ser constatada, por exemplo, no artigo 8º, §1º, II, da Lei n. 9.099/95, que admite que uma categoria específica de pessoas jurídicas – as micro e pequenas empresas – proponha ações perante o Juizado Especial Cível. Neste caso, a ampliação do acesso à justiça se faz presente pelo fato de os litigantes, no âmbito dos Juizados, serem isentos de custas, taxas ou despesas em primeiro grau de jurisdição (artigo

54 da Lei n. 9.099/95). Novamente, é a dispensa do pagamento de encargos processuais que contribui para a defesa destes entes em juízo – desta vez, na condição exclusiva de autores. O artigo supracitado está também em consonância com o tratamento diferenciado e favorecido conferido pela Constituição Federal (artigos 146, III, d; 170, IX; e 179) e pela Lei Complementar n. 123/2006 (artigo 74-A) às microempresas e empresas de pequeno porte.

No que tange à abrangência do instituto da justiça gratuita, é pertinente esclarecer que não apenas a camada mais pobre da população é contemplada por ele. A Lei n. 1.060/1950, em seu artigo 2º, parágrafo único, considerava necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permitisse pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Percebe-se, assim, que não era – e continua não sendo, apesar da revogação parcial deste diploma – necessário ser miserável para fazer jus à aludida gratuidade, bastando que a obrigação de pagamento dos dispêndios processuais diminua a capacidade de sustento da parte ou de seus familiares, ainda que transitoriamente. O artigo 98 do atual Código de Processo Civil dispensa, de igual forma, a existência de um estado de pobreza cabal, mencionando apenas que aquele que pleiteia o benefício deve, para conseguilo, carecer de recursos suficientes para suportar os encargos do processo.

Tanto é assim que parte da doutrina desenvolveu os conceitos de pobreza extrajudicial e judicial a fim de distinguir, respectivamente, os que são pobres na acepção mais genuína do termo e aqueles que, embora disponham de relativa estabilidade financeira, não podem assumir os custos do processo sem que aquela seja consideravelmente afetada. E, a depender da situação, nem mesmo o patrimônio construído pelo requerente deve ser sacrificado com o propósito de saldar os gastos processuais – aos quais muitas vezes ele sequer deu causa, como nos casos em que integra a lide na condição de réu e a demanda é claramente improcedente. De acordo com Moraes (1999, p. 61), “o interessado não é vinculado à alienação de bens integrantes de seu acervo patrimonial com vista à realização das custas do processo e dos honorários advocatícios”. Didier Jr. e Oliveira (2008, p. 40) discorrem no mesmo sentido, embora este não seja um posicionamento unânime entre os juristas.

Se as pessoas naturais ocasionalmente se deparam com estas dificuldades, tudo leva a crer que as pessoas jurídicas também costumem enfrentá-las. Ainda que seu sustento deva ser, logicamente, abordado de maneira diferente do das pessoas físicas, é possível que, em dado momento, lhes faltem meios de prover as despesas do processo sem sacrificar sua própria manutenção. Isso quer dizer que o equilíbrio econômico-financeiro de determinada pessoa jurídica pode ser seriamente comprometido caso ela seja impelida a arcar com os ônus de um processo judicial, o que faz com que o instituto da justiça gratuita sirva, de igual modo, a esta categoria de pessoas. E não teria como ser diferente, “posto não haver incompatibilidade entre os conceitos de hipossuficiência econômica e de pessoa jurídica” (KUNIOCHI, 2013, p. 98). Ademais, é do conhecimento de todos que “os sucessos ou fracassos ocorrentes na vida desses entes coletivos repercutem econômica, social ou moralmente na vida dos sócios ou associados”, razão pela qual “fechar as portas da justiça a elas significaria, em *ultima ratio*, fechá-las a seus próprios integrantes” (DINAMARCO, 2005, p. 681).

Contudo, esta assertiva nem sempre prevaleceu no âmbito jurídico. Houve um tempo em que uma expressiva parcela de doutrinadores negava a aplicabilidade da gratuidade judiciária às pessoas jurídicas. Santos (1971, p. 254), ao escrever sobre o Código de Processo Civil de 1939, criticou a concessão de tal direito a esta classe de pessoas, argumentando que “não são nunca miseráveis no sentido jurídico da expressão”. Americano (1940, p. 123) seguiu a mesma linha, afirmando que direitos ou vantagens personalíssimas somente diziam respeito às pessoas humanas. Em suas palavras, se tratando de entidades “cuja existência ordinariamente só se justifica pela capacidade de realizar os seus fins, não há interesse social e político em proteger tal existência quando seja de tal modo precária que o titular não possa suportar o ônus de uma demanda”.

Tal posicionamento se tornou minoritário com o passar dos anos, o que foi instigado pela atualização doutrinária e jurisprudencial, bem como pela sucessão de diplomas legislativos que não assumiam, ao menos claramente, tamanha radicalidade.

3 A JUSTIÇA GRATUITA A PARTIR DO ADVENTO DA LEI N. 1.060/1950

A Lei n. 1.060, de cinco de fevereiro de 1950, foi a primeira a regular de forma organizada os contornos do instituto da justiça gratuita no Brasil, sendo considerada um marco. De antemão, convém ressaltar que ela, de maneira pouco técnica, usa o termo assistência judiciária como sinônimo de gratuidade judiciária^[4]. Esta última consiste, como já pontuado, na isenção das custas e despesas judiciais e extrajudiciais relativas aos atos indispensáveis ao andamento do processo, até seu provimento final. Já a assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado público ou particular, garantia dada aos financeiramente hipossuficientes (artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal).

O artigo 2º da lei em comento dispunha que gozavam dos benefícios da justiça gratuita “os nacionais ou estrangeiros residentes no país”. Seu parágrafo único esmiuçava que necessitado era todo aquele cuja situação econômica não lhe permitisse pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do próprio sustento ou do sustento de sua família. Em virtude da referência à família, a primeira impressão que se tinha a partir da leitura deste diploma era a de que ele restringia o benefício às pessoas naturais – as pessoas jurídicas, portanto, estariam excluídas.

Tal interpretação, entretanto, era equivocada. Embora o tema da gratuidade da justiça às pessoas jurídicas continue enfrentando certa resistência, o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, era o de que estes entes também poderiam lograr o benefício. Esta leitura também era a que mais se amoldava à teleologia do artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – veiculada por meio do

[4] Como explica Marcacini (1996, p. 30), “a Lei nº 1.060/50 utiliza diversas vezes a expressão assistência judiciária ao referir-se, na verdade, à justiça gratuita. Assim temos o art. 3º [...], o art. 4º [...]. O §2º do mesmo artigo [...]. O art. 6º [...]. Igualmente equivocado, o art. 7º [...]. E ainda o art. 9º [...]. Em todos estes dispositivos legais, a assistência judiciária aparece no sentido de justiça gratuita. De outro lado, encontramos a expressão assistência judiciária em seu sentido correto apenas no art. 1º, nos §§1º e 2º do art. 5º, e no art. 16, parágrafo único”.

Decreto-Lei n. 4.657, de quatro de setembro de 1942 –, de acordo com o qual “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Não se pode negar que a finalidade social da Lei n. 1.060/1950 era justamente ampliar o acesso à justiça como um todo, o que, afinal, deveria beneficiar pessoas físicas e jurídicas indistintamente. Como explicam Didier Jr. e Oliveira (2012, p. 34),

acaso fosse negada às pessoas jurídicas, somente pelo fato de serem pessoas jurídicas, a possibilidade de pleitear a gratuidade judiciária, além de mesquinha, tal atitude configuraria uma ofensa direta ao texto constitucional, na medida em que poderia, na prática, criar um óbice - o pior dele: o óbice financeiro - à garantia do acesso amplo e irrestrito ao Judiciário.

Basta pensar que também ela, pessoa jurídica, por conta dos dissabores da atividade econômica que explora ou dos serviços que presta, pode, à semelhança das pessoas físicas, passar por dificuldades financeiras que a impeçam de, por exemplo, efetuar o pagamento das custas iniciais do processo. Como se lhe poderia, assim, negar o acesso à gratuidade judiciária? A pessoa jurídica é tão sujeito de direitos quanto as pessoas físicas - sendo, na verdade, uma técnica desenvolvida pelo direito para que aquelas efetivem os seus interesses.

Julgados do Superior Tribunal de Justiça datados do final da década de 1990 já admitiam a extensão da concessão da justiça gratuita à pessoa jurídica desde que esta fosse uma microempresa titularizada por um indivíduo acometido por dificuldades financeiras. Tal posicionamento pode ser encontrado no Informativo n. 0019, de 17 a 21 de maio de 1999 (p. 03):

JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. MICROEMPRESA. As pessoas jurídicas podem pleitear o benefício da assistência judiciária gratuita? A Turma consignou que, pelo art. 5º, LXXIV, da CF/88, é de se estender à pessoa jurídica o benefício da justiça gratuita, ante a comprovação de que o titular da microempresa de minguados recursos, independentemente de ter ou não família, encontra-se em periclitante penúria, incapaz de arcar com os antecipados ônus processuais. Precedentes citados: REsp 161.897-RS, DJ 10/8/1998, e REsp 70.469-RJ, DJ 16/6/1997. REsp 200.597-RJ, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 18/5/1999. (grifamos)

A mesma corte, anos depois, manteve a possibilidade do deferimento do benefício, mas com base em premissas distintas. Antes da promulgação da Lei n. 13.105/2015, havia, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, decisões concernentes à gratuidade judiciária que apontavam para basicamente duas direções (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2012, p. 35/36):

a) um posicionamento mais antigo, segundo o qual somente as pessoas jurídicas filantrópicas, pias, beneficentes ou sem fins lucrativos poderiam ser beneficiárias da justiça gratuita^[5];

b) um segundo e mais recente posicionamento, no sentido de que qualquer pessoa jurídica, mesmo as que têm finalidade lucrativa, podem ser beneficiárias da justiça gratuita.

A fundamentação da primeira corrente pode ser encontrada no acórdão apontado abaixo, datado do ano de 2002:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. Nega-se provimento ao agravo regimental, em face das razões que sustentam a decisão recorrida, sendo certo que o benefício da justiça gratuita não se estende às pessoas jurídicas, exceto quando as mesmas exercem atividades de fins tipicamente filantrópicos ou de caráter beneficente. (AgRg no REsp 392373/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12.11.2002, DJ 03.02.2003, p. 270, Revista Dialética de Direito Processual 1:226) (grifamos)

Já a Súmula n. 481 do Superior Tribunal de Justiça, editada no ano de 2012, traz conteúdo convergente com a segunda corrente, ditando que “faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar

[5] “Cinge-se a controvérsia à extensão da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas com fins lucrativos. O entendimento deste Superior Tribunal é no sentido de que o benefício da assistência judiciária gratuita, previsto no art. 5º, LXXIV, da CF/1988 e na Lei n. 1.060/1950, não se estende a tais pessoas jurídicas. Precedentes citados: REsp 690.482-RS, DJ 7/3/2005; Ag 592.613-SP, DJ 13/12/2004, e AgRg no REsp 652.489-SC, DJ 22/11/2004”. REsp 320.303-SC, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 21/6/2005. (Informativo nº 0252; Período: 20 a 24/06/2005; p. 04; Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270252%27>. Acesso em 20/10/2016)

sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”. Nota-se a presença do verbo “demonstrar”, o que quer dizer que a pessoa jurídica deveria – e ainda deve, uma vez que a súmula continua em vigor – provar sua incapacidade de arcar com tais despesas, a qual, portanto, não deve ser presumida. A Lei n. 1.060/1950, em seu artigo 4º, §1º, estipulava regra mais favorável às pessoas naturais, uma vez que presumia ser pobre quem declarasse tal condição mediante simples afirmação, conforme dispunha o *caput* do mesmo dispositivo.

Logo, militava em favor das pessoas físicas uma presunção relativa de hipossuficiência econômica. As pessoas jurídicas, diferentemente, deveriam colher evidências com o intuito de atestá-la, cabendo ao magistrado se acerrar de mais cautelas para deferir a gratuidade (MOREIRA, 1994, p. 55). Este é o posicionamento jurisprudencial fomentado nos últimos dez anos, como pode ser vislumbrado a partir da leitura das ementas transcritas abaixo – todas anteriores à edição da aludida súmula, o que demonstra que esta serviu para consolidar uma mudança jurisprudencial experimentada por volta do ano 2007, consistente na inclusão de pessoas jurídicas com finalidade lucrativa no rol de entidades beneficiadas pela justiça gratuita.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO DO JULGADO. INOCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO DE NECESSIDADE, AINDA QUE SE TRATE DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS, BENEFICENTES OU FILANTRÓPICAS.

1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC, se o órgão julgador se manifesta expressamente sobre a matéria posta à análise.

2. “Cabe à pessoa jurídica, que comprovar não ter condições de suportar os encargos do processo, não relevando se ela possui fins lucrativos ou beneficentes, o benefício da justiça gratuita” (REsp n.º 321.997/MG, Corte Especial, Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 16.08.2004).

3. Precedentes da Corte Especial: EREsp n.º 653.287/RS, Min. Ari Pargendler, DJ de 19.09.2005 e EREsp n.º 409.077/RS, Min. Laurita Vaz, DJ de 25.09.2006. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 648042/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 22/11/2007) (grifamos)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA FÍSICA. PRESUNÇÃO RELATIVA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7. I - A miserabilidade jurídica da requerente da justiça gratuita é presumida, mas trata-se de presunção relativa, que sucumbe mediante prova em contrário. II – A egrégia Corte Especial decidiu, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 388.045/RS, em 22/09/2003, que as pessoas jurídicas com finalidade lucrativa podem gozar dos benefícios da assistência judiciária, desde que comprovem, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcar com os encargos processuais, sem comprometer a sua existência. III - Hipossuficiência afastada pelo acórdão recorrido, cuja revisão é obstada pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. Agravo improvido. (STJ - AgRg no Ag 990026/GO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: 2007/0284457-9 – Relator: Ministro SIDNEI BENETI - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento: 26/06/2008 - Data da Publicação/Fonte: DJe 15/08/2008) (grifamos)

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC INOCORRENTE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ENTIDADE FILANTRÓPICA. PRESUNÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE DE CITAÇÃO. TEORIA DA APARÊNCIA. APLICAÇÃO.

1. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois o Tribunal a quo apreciou a controvérsia de modo integral e sólido.

2. É entendimento da Corte Especial do STJ que “o benefício da gratuidade pode ser concedido às pessoas jurídicas apenas se comprovarem que dele necessitam, independentemente de terem ou não fins lucrativos” (REsp 1.015.372/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 1º.07.09).

3. As pessoas jurídicas sem fins lucrativos – entidades filantrópicas e beneficentes – que têm objetivo social de reconhecido interesse público, também devem comprovar a insuficiência econômica para gozar desse benefício, o que não ocorreu na hipótese.

4. “Aplicação do entendimento prevalente da Corte Especial no sentido de adotar-se a Teoria da Aparência, reputando-se válida a citação da pessoa jurídica quando esta é recebida por quem se apresenta

como representante legal da empresa e recebe a citação sem ressalva quanto à inexistência de poderes de representação em juízo” (AgRgREsp 205.275/PR, Relatora Min. Eliana Calmon, DJ 28.10.02).

5. Recurso especial não provido. (REsp 1195605/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 22/09/2010) (grifamos)

Tal entendimento, após ter sido sumulado, se consolidou no cenário jurídico nacional e nele prevalece até hoje.

O Código de Processo Civil de 1973 não fazia qualquer referência específica à concessão do referido benefício a pessoas naturais ou jurídicas, enunciando apenas, em seu artigo 19, que, “salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo [...]”. Portanto, percebe-se que o instituto da gratuidade judiciária, sob a égide do antigo diploma processual civil, era disciplinado quase que inteiramente pelas disposições da Lei n. 1.060/1950. Esta última, entretanto, foi modificada pela Lei n. 13.105/2015, continuando em vigor somente no que tange a alguns tópicos específicos^[6]. Atualmente, o tema da justiça gratuita é encontrado no seio do novo Código de Processo Civil.

4 A JUSTIÇA GRATUITA PARA AS PESSOAS JURÍDICAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com a aprovação da Lei n. 13.105/2015, a deficiência relativa à falta de clareza do ordenamento jurídico no tratamento da justiça gratuita às pessoas jurídicas está sendo, pouco a pouco, consideravelmente enfraquecida.

A Seção IV do Capítulo II do Título I do Livro III do novo Código se dedicou integralmente à matéria e foi inovadora em vários aspectos. Em primeiro lugar, inseriu o tema na própria legislação processual – antes, a previsão constava na Lei n. 1.060/1950, que, por ser uma norma esparsa, ficava à margem da regulação promovida pelo Código de 1973 –, o que facilita a assimilação das regras pelos atores do processo

[6] Seu artigo 1.072, III, elucidou quais dispositivos foram revogados.

e otimiza sua aplicação. Esta opção, por certo, contribui para a sistematização do assunto ora abordado, tornando-o mais claro, inteligível e organizado.

Em segundo lugar, ao empregar de maneira uniforme o termo “gratuidade da justiça” – que aparece no título da Seção IV e em vários dispositivos do Código, como os artigos 82; 95, §§3º e 4º; 98; 99; 169, §2º; 337, XIII; 478, §1º; 565, §2º; 968, §1º; 1.015, V; 1.021, §5º; e 1.026, §3º –, o novo diploma superou as incongruências de ordem técnica existentes na Lei n. 1.060/1950, que, como já explanado, utilizava de modo confuso os termos “justiça gratuita” e “assistência judiciária”, como se fossem sinônimos.

Em terceiro lugar, consolidou, no *caput* do artigo 99, a possibilidade de a parte requerer o benefício por simples petição, desprovida de formalidades, em qualquer momento processual.

Em quarto lugar, estabeleceu, no artigo 100, que a impugnação à concessão da justiça gratuita deve ser feita nos próprios autos por meio de um item na manifestação processual que couber à parte contrária, sem que seja necessária a instauração de um incidente processual específico.

Nota-se que foi dispensada também a suspensão do processo, opção que, ao possibilitar maior rapidez em sua tramitação, colabora para a efetivação da garantia constitucional enunciada no artigo 5º, LXXVIII, da Carta Política: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Esta regra está, de igual modo, em consonância com o artigo 4º do novo Código de Processo Civil, segundo o qual “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Em quinto lugar, foi elencado, no artigo 98, §1º, o rol de despesas abrangidas pela gratuidade judiciária.

Em sexto lugar, foram definidas, no artigo 101, as hipóteses em que são cabíveis os recursos de apelação e de agravo de instrumento.

Em sétimo lugar, houve a previsão expressa, no artigo 99, §4º, de que “a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça”. Este dispositivo corrobora a diferenciação entre a justiça gratuita

e a assistência judiciária gratuita, na medida em que autoriza à parte que não contar com esta última – sendo, portanto, patrocinada por advogado privado – a possibilidade de obter o benefício da gratuidade judiciária, se a ele fizer jus.

Em oitavo lugar, tem-se a implantação da justiça gratuita parcial, que consiste no reconhecimento da gratuidade para alguns atos do processo ou na redução de parte das despesas (artigo 98, §5º).

Outras modificações pontuais foram feitas, com a pretensão de se aclarar algumas inconsistências e silenciar debates doutrinários e jurisprudenciais a respeito do assunto. Contudo, para os propósitos deste artigo, é oportuno se restringir ao subtópico da gratuidade da justiça conferida às pessoas jurídicas, alvo de algumas polêmicas.

Como já afirmado, o artigo 4º, *caput*, da Lei n. 1.060/1950 propiciava o entendimento de que a gratuidade da justiça só poderia ser deferida às pessoas físicas, uma vez que fazia menção à família do requerente. O novo diploma processual civil, ao contrário, estabelece patentemente a possibilidade de o benefício abranger também as pessoas jurídicas, conforme se depreende do exame de seu artigo 98: “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”. Tal benesse deverá ser expressamente requerida pelo interessado, uma vez que é vedada sua concessão *ex officio* (AgRg nos EDcl no AREsp 167.623/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/02/2013).

Já o artigo 99, §3º, traz uma nítida diferença entre a concessão do benefício às pessoas físicas e às jurídicas, presumindo ser “verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”. À pessoa jurídica, portanto, cabe fazer prova robusta de sua hipossuficiência, uma vez que não milita qualquer presunção em seu favor. Esta prova pode ser produzida por qualquer meio juridicamente admissível, como a juntada da declaração do imposto de renda apresentada anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil, a demonstração da existência de bens penhorados em eventual processo de execução, o fato de estar em processo de recuperação judicial ou extrajudicial – no caso de sociedades

empresárias –, a negativação perante os órgãos de proteção ao crédito – como o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e a Serasa Experian –, dentre outras formas. Neste contexto, é válido salientar que o postulante da benesse deve estar munido de boa-fé ao pleiteá-la, sendo este um dos princípios previstos de forma expressa no novo Código de Processo Civil (artigo 5º). A punição para aquele que desrespeitar tal dever de conduta e faltar com a verdade é severa, consistindo no pagamento de uma multa de até dez vezes o valor das despesas que o requerente deixou de adiantar, além, é claro, de saldá-las em sua integralidade (artigo 100, parágrafo único).

E, ainda no que toca ao ônus da prova da hipossuficiência, deve-se frisar que a já comentada Súmula n. 481 do Superior Tribunal de Justiça traz conteúdo semelhante ao que ora se sustenta, ditando que “faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais” (grifamos). A alusão, na referida súmula, ao fato de a instituição perseguir ou não lucros objetivou conter a tomada de decisões judiciais mais austeras, que só admitiam a gratuidade da justiça às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, como fundações, associações e partidos políticos. O novo Código de Processo Civil não faz qualquer restrição neste sentido, deixando também de limitar a concessão do benefício às organizações dotadas de personalidade jurídica, o que permite a conclusão de que os entes despersonalizados também podem ser contemplados. As decisões judiciais mencionadas abaixo, proferidas após a entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015, corroboram a extensão do instituto da gratuidade judiciária a esta categoria especial de sujeitos de direito – da qual fazem parte, por exemplo, o espólio e os condomínios –, desde que comprovem a carência de recursos:

JUSTIÇA GRATUITA – ESPÓLIO – ENTE DESPERSONALIZADO – POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA ALEGAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA QUE, ENTRETANTO, SOMENTE SE APLICA À PESSOA FÍSICA, NOS TERMOS DO §3º, DO ART. 99, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – AGRAVANTE QUE, EMBORA INSTADO A FAZÊ-LO, DEIXOU DE COMPROVAR A NECESSIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - INDEFERIMENTO MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO. (TJ/SP, 23ª Câmara de Direito Privado, Agravo

de Instrumento n. 2131960-89.2016.8.26.0000, Comarca: Itanhaém, Rel. Paulo Roberto de Santana, DJ 05/10/2016) (grifamos)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - JUSTIÇA GRATUITA - CONDOMÍNIO - ADMISSIBILIDADE - Hipótese na qual estão presentes os requisitos para a concessão do benefício - Hipossuficiência financeira demonstrada - Precedentes - Súmula 481 do E. S.T.J. - Agravo provido. (TJ/SP, 34ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 2153163-10.2016.8.26.0000, Comarca: Mogi-Guaçu, Rel Antônio Tadeu Ottoni, DJ 09/09/2016) (grifamos)

AÇÃO DIVISÓRIA – GRATUIDADE DE JUSTIÇA – ESPÓLIO QUE COMPROVA A MODÉSTIA DO MONTE-MOR A SER TRANSFERIDO E HIPOSSUFICIÊNCIA PARA ARCAR COM AS CUSTAS PROCESSUAIS BENEFÍCIO CONCEDIDO – PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA – DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA AOS DISPOSITIVOS LEGAIS SOB OS QUAIS SE BASEARAM A DECISÃO – SENTENÇA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – PRELIMINAR AFASTADA – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE SOB O FUNDAMENTO DE QUE NÃO FORAM ESPECIFICADAS AS ACESSÕES E BENFEITORIAS – INICIAL INSTRUÍDA COM LEVANTAMENTO TOPOGRÁFICO NO QUAL HÁ INDICAÇÃO DAS BENFEITORIAS E ACESSÕES – PROCEDIMENTO COMPOSTO POR DUAS FASES, NA QUAL A DISCUSSÃO EFETIVA ACERCA DAS BENFEITORIAS E ACESSÕES É REALIZADA NA SEGUNDA FASE – CAUSA QUE NÃO SE ENCONTRA MADURA PARA O JULGAMENTO ANTE A NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS PLEITEADAS POR AMBAS AS PARTES, INCLUSIVE QUANTO À ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO – SENTENÇA ANULADA. (TJ/SP, 8ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0008440-31.2013.8.26.0292, Comarca: Jacareí, Rel. Alexandre Coelho, DJ 31/08/2016) (grifamos)

Neste contexto, as previsões mais cristalinas e democráticas trazidas pela Lei n. 13.105/2015 no que diz respeito à gratuidade da justiça para as pessoas jurídicas vêm ao encontro da tendência de ampliação do acesso à justiça e da efetivação deste mandamento constitucional em benefício de todos os sujeitos de direito, ademais de privilegiar o princípio da igualdade.

A jurisprudência atual sobre o tema basicamente segue aquela assentada pela Súmula n. 481 do Superior Tribunal de Justiça, com a notável diferença de que,

hoje, é praticamente unânime a admissão da possibilidade de concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, em virtude da previsão expressa contida no artigo 98, *caput*, do novo Código de Processo Civil. Para comprovar tal constatação, é válida a leitura dos seguintes julgados desta mesma corte (ambos datados do ano de 2016), que, ademais de consolidarem tal entendimento, ressaltam a necessidade de a pessoa jurídica comprovar sua hipossuficiência econômica a fim de ser contemplada com o benefício:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PESSOAS JURÍDICAS COM FINS LUCRATIVOS. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DESDE QUE HAJA COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE FINANCEIRA. NÃO COMPROVAÇÃO NA ESPÉCIE. SÚMULA 7/STJ.

1. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

2. O acolhimento das proposições recursais, em detrimento da conclusão do Tribunal de origem quanto à ausência da comprovação da incapacidade financeira da pessoa jurídica, como insurgência que se funda na verificação das provas produzidas nos autos e sua valoração, demanda inafastável incursão no universo fático-probatório, o que é vedado pela Súmula n. ° 7 desta Corte.

3. Agravo regimental não provido. (AgInt no AREsp 865106/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 23/06/2016) (grifamos)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 282/STF. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. Ausente o prequestionamento, até mesmo de modo implícito, de dispositivos apontados como violados no recurso especial, incide, por analogia, o disposto na Súmula n. 282/STF.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a pessoa jurídica pode obter o benefício da justiça gratuita se provar que não tem condições de arcar com as despesas do processo.

4. É inviável a revisão do entendimento exarado pelo tribunal de origem acerca da comprovação da hipossuficiência, pois demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que é inadmissível em recurso especial ante o óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 91946 / SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 02/09/2016) (grifamos)

Contudo, observa-se que algumas decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça ainda padecem de impropriedades linguísticas e confusões de conceitos que o novo Código de Processo Civil, de maneira categórica, tentou evitar. Como já explanado, a Lei n. 13.105/2015 pôs fim à falta de técnica da Lei n. 1.060/1950 ao fazer menção, no título e nos demais dispositivos da Seção IV, à “gratuidade da justiça”, afastando, desse modo, o uso do termo “assistência judiciária gratuita”. E assim o fez por se tratar de institutos distintos, conforme pontuado. Ocorre que tal acuidade legislativa não parece ter sido acompanhada por todos os julgadores. Os seguintes acórdãos ilustram a persistência deste desarranjo, demonstrando que alguns magistrados permanecem se referindo à justiça gratuita com o uso da expressão “assistência judiciária gratuita”:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO - INSURGÊNCIA RECURSAL DA AGRAVANTE.

1. Ausente o prequestionamento de dispositivo apontado como violado no recurso especial, incide, por analogia, o disposto na Súmula 282 do STF, sobretudo na hipótese dos autos que não houve a oposição de embargos declaratórios a fim de sanar eventual omissão.

2. Encontra óbice na Súmula 7 do STJ a pretensão de revisão das conclusões do acórdão recorrido que, apreciando o conjunto probatório, para fins de concessão da gratuidade de justiça para a pessoa jurídica, as instâncias ordinárias não se convencem da hipossuficiência da parte, por ausência de provas suficientes nesse sentido.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a pessoa jurídica poderá obter a assistência judiciária gratuita, porém somente se comprovar que não tem condições de arcar com as despesas do processo. Súmula 83 do STJ.

4. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 939898/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 04/11/2016) (grifamos)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - EMBARGOS À EXECUÇÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO EM RAZÃO DO ÓBICE DAS SÚMULAS 7 E 83 DO STJ. IRRESIGNAÇÃO DOS EMBARGANTES.

1. A presunção de pobreza, para fins de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, ostenta caráter relativo, podendo o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente. Encontra óbice na Súmula 7/STJ a pretensão de revisão das conclusões do acórdão na hipótese em que, apreciando o conjunto probatório, para fins de concessão da gratuidade de justiça para a pessoa jurídica e seu sócio, as instâncias ordinárias não se convencem da hipossuficiência das partes, cuja declaração goza de presunção relativa de veracidade nos termos da jurisprudência desta Corte Superior.

2. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 854626/MS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 30/08/2016) (grifamos)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECOLHIMENTO DO PREPARO NÃO COMPROVADO NO

ATO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. DESERÇÃO. SÚMULA 481/STJ. DEFENSORIA PÚBLICA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO LEGAL.

1. A orientação jurisprudencial do STJ é no sentido de que “faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais” (Súmula 481/STJ). Na hipótese dos autos, não houve a demonstração da incapacidade econômica da empresa recorrente, o que torna inaplicável o referido verbete sumular.

2. O patrocínio da causa pela Defensoria Pública não significa a automática concessão da assistência judiciária gratuita, devendo ser observados os requisitos previstos em lei. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 797154 / MS, Segunda Turma, Rel. Ministra Diva Malerbi, DJe 08/06/2016) (grifamos)

Esta última ementa surpreende negativamente por afirmar que “o patrocínio da causa pela Defensoria Pública não significa a automática concessão da assistência judiciária gratuita, devendo ser observados os requisitos previstos em lei”. Em outras palavras, ela aborda a assistência judiciária gratuita como se fosse algo distinto do patrocínio da causa pela Defensoria Pública, sendo que esta é, na verdade, sua própria definição. Percebe-se que a pretensão do julgador foi fazer referência à gratuidade judiciária, mas, para tanto, lançou mão do termo incorreto – a assistência judiciária gratuita –, o que prejudicou a inteligibilidade da decisão. Lamentavelmente, não é apenas a jurisprudência que causa tamanho desapontamento. O doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves, por exemplo, também aborda o tema utilizando o termo errôneo, como demonstra o seguinte trecho de sua mais recente obra (2016, p. 231):

6.1. BENEFICIÁRIOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Há uma ampliação no rol dos sujeitos que podem ser beneficiados pela concessão da assistência judiciária pelo caput do art. 98 do Novo CPC, quando comparado com o art. 2º, caput, da Lei 1.060/50. Continuam a ser potenciais beneficiárias as pessoas físicas e jurídicas, estrangeiras ou nacionais, mas não há mais a necessidade de que tenham residência no país.

Na realidade, a possibilidade de pessoa jurídica ser beneficiada pela assistência judiciária não vinha expressamente consagrada em

lei - tampouco por ela era vedada expressamente - mas já era uma realidade jurisprudencial. Conforme entendimento jurisprudencial, a pessoa jurídica faria jus à gratuidade desde que efetivamente comprovasse a impossibilidade de arcar com as custas processuais, não havendo presunção nesse sentido. O entendimento foi legislativamente consagrado no §3º do art. 99 do Novo CPC. (grifamos)

É esperado que, em um futuro próximo, a nova legislação processual civil seja integralmente assimilada por todos os atores do processo, e que erros como esse não mais ocorram.

CONCLUSÃO

Constata-se, por todo o exposto, que a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas já é uma realidade palpável no Direito brasileiro, sobretudo após a previsão inequívoca do artigo 98, *caput*, do novo Código de Processo Civil. Resta saber como os operadores do Direito vão lidar com o instituto na prática, o que, em grande medida, dependerá da interpretação e do posicionamento do Poder Judiciário sobre a questão. Cichocki Neto (2009, p. 117) menciona a importância da iniciativa do juiz na atribuição da benesse – até porque o dispositivo legal supracitado deixa ao magistrado uma considerável margem de discricionariedade ao estipular, de modo genérico, que a ele fará jus quem padecer de “insuficiência de recursos”, sem definir com exatidão o que isto significa –, chegando a sugerir, inclusive, a criação de um Fundo de Assistência Jurídica Gratuita. Em suas palavras,

[...] o problema financeiro ainda atinge grande parcela da população, ao excluí-la dos benefícios integrais, propiciados pelas exigências do acesso à ordem jurídica justa. À superação das dificuldades assinaladas, muito contribuirá o ativismo do Juiz em busca de soluções práticas, particularizadas no processo. Todavia, a melhor forma de superação das dificuldades financeiras, sugerida por inúmeros tratadistas, é a de criação de um Fundo de Assistência Jurídica Gratuita, gerenciado pelo próprio Poder Judiciário, com regimentos pré-estabelecidos para sua destinação, restritos à cobertura de despesas, custas e honorários profissionais das demandas em que figurem carentes como partes ou intervenientes obrigatórios.

Talvez o maior desafio seja acompanhar a clareza conceitual que a Lei n. 13.105/2015 tentou imprimir à matéria e aniquilar, de uma vez por todas, a prolação de decisões judiciais retrógradas e intransigentes que porventura ainda possam surgir, baseadas no estigma inverídico de que as pessoas jurídicas, simplesmente por serem pessoas jurídicas – e, por isso, pressuporem, em sua maioria, a destinação de um capital prévio para seu aparelhamento e formalização –, têm plenas condições financeiras de arcar com os custos de um processo judicial. É cediço que são muitas as dificuldades que o empresariado nacional tem de enfrentar para manter sua produtividade em padrões razoáveis e garantir uma percentagem mínima de lucro, o que é mais facilmente notado quando se toma por base as micro e pequenas empresas. Por isso, são de fato louváveis as iniciativas que pretendem, com o devido rigor, diminuir os entraves financeiros capazes de prejudicar a atuação destes atores, quer no âmbito do processo judicial, quer no mercado como um todo.

Diante disso, pode-se arriscar afirmar que a justiça gratuita concedida às pessoas jurídicas que dela realmente necessitam, além de ser um instrumento de efetivação dos princípios constitucionais da igualdade (artigo 5º, *caput*) e do livre acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV), é também um meio de se fomentar e preservar outras previsões constitucionais não menos importantes, como a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170, *caput*), a livre concorrência (artigo 170, IV), e o desenvolvimento nacional (artigo 3º, II).

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade**. Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: RT, 2001.

AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1940.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- DIDIER JR.; Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da justiça gratuita**. Salvador: Juspodivm, 2008.
- _____. **Benefício da justiça gratuita**. Salvador: Juspodivm, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- KUNIOCHI, Hamilton Kenji. **Assistência jurídica aos necessitados**: concepção contemporânea e análise de efetividade. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Walter Piva Rodrigues. Dissertação de mestrado. São Paulo, 2013.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. São Paulo, 2009.
- MENDONÇA, Hilton. **Justiça Gratuita**. São Luís: Mendonça Livros, 2003.
- MORAES, Guilherme Peña de. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle T. **Da Assistência Judiciária**: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1984.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O direito à assistência jurídica**: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.
- SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código de Processo Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.
- ZANON, Artêmio. **Da Assistência Jurídica Integral e Gratuita**: comentários à Lei da assistência judiciária (Lei n. 1.060/50, de 5 de fev. de 1950, à luz da CF de 5-10-1988, art. 5º, LXXIV e direito comparado). 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

DIREITO À MORADIA, PROPRIEDADE URBANA E DESAPROPRIAÇÃO: UMA ANÁLISE HORIZONTAL DAS DECISÕES DO TJ/SP

Danielle Zoega Rosim^[1]
Flávia Trentini^[2]

INTRODUÇÃO

Pensada como uma das possibilidades para o enfrentamento da grave questão habitacional que marca o país, a desapropriação do imóvel urbano tornou-se a protagonista dos estudos^[3] que originaram o presente artigo. O caminhar da pesquisa, especialmente a análise jurisprudencial realizada, revelou, entretanto, que as intersecções entre o uso do poder de desapropriar e a garantia do direito à

[1] Mestra em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: dzrosim@gmail.com.

[2] Livre-docente pela FDRP-USP. Professora do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da FDRP-USP. Correio eletrônico: trentini@usp.br.

[3] O tema foi objeto da pesquisa de mestrado da autora Danielle Zoega Rosim, sob orientação dos professores Livre-Docentes Luciano de Camargo Penteado (*in memoriam*) e Flávia Trentini.

moradia transcendem a compreensão da desapropriação como uma ferramenta de políticas públicas habitacionais.

Assim, tornou-se necessário refletir sobre as principais questões que envolvem os diferentes pontos de conexão entre o instituto da desapropriação e o direito à moradia nas cidades. Para tanto, partiu-se da análise dos conflitos observados no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Comarca de São Paulo, pelo período entre 2007 e 2015.

Inserido nessa pesquisa maior, o propósito deste primeiro artigo^[4] é apresentar os resultados da análise horizontal realizada, preocupada em trazer à lume os diferentes assuntos que tocam e interconectam os pontos centrais de estudo: o direito à moradia, o direito de propriedade e a desapropriação do imóvel urbano. Com isso, espera-se dar início à discussão sobre o uso da desapropriação como um instrumento de obtenção de solo pelo Poder Público.

1 O DIREITO À MORADIA E A DESAPROPRIAÇÃO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Conforme acentuam diversos autores,^[5] o direito à moradia é um condicionante da vida digna, ligando-se a aspectos materiais e imateriais que tornam a moradia um bem necessário à integridade física, psíquica e moral da pessoa, relacionando-se com outros direitos essenciais do ser humano. Por todos esses aspectos, a moradia está prevista como um direito humano em diversos tratados internacionais, e como direito fundamental no artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A despeito de sua proteção legal, o Brasil enfrenta um grande problema de déficit habitacional, ao passo que também existem inúmeros imóveis vagos, não utilizados, no país (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2015). Nesse cenário, a desapropriação poderia aparecer como uma das ferramentas de efetivação do direito à moradia.

[4] A análise vertical (em profundidade) dos processos integrantes do corpus da pesquisa de mestrado será trabalhada em outro momento.

[5] Entre outros, Saule Júnior (2004, p. 132-139), Pagani (2009, p. 118-122) e Serrano Júnior (2011, p. 16-21).

Thiago Marrara define a desapropriação como “[...] o meio originário de aquisição mais conhecido e debatido no campo do direito administrativo. Ao empregá-la, o Estado retira a propriedade, móvel ou imóvel, de uma pessoa física ou de uma pessoa jurídica” (MARRARA, 2014, p. 187). Logo, se por um lado é um meio de aquisição da propriedade pelo Estado, por outro, é a perda da propriedade pelo particular. Nesse segundo aspecto são importantes as ponderações de Edésio Fernandes e Betânia Alfonsin, pois, ainda que leve à perda da propriedade pelo particular, a desapropriação “[...] representa a plena consagração do instituto jurídico da propriedade individual, pois são justamente o reconhecimento e a garantia constitucional do direito de propriedade que acarretam o dever de indenizar pela desapropriação [...]” (FERNANDES; ALFONSIN, 2009b, p. 23). Assim, estudar a desapropriação implica estudar a propriedade^[6] (AZUELA, 2013, 15-16; FERNANDES; ALFONSIN, 2009a, p.13), o que ganha especial interesse quando analisamos a participação do Poder Judiciário brasileiro nos conflitos relacionados com a desapropriação e o direito à moradia.

Tais considerações nos remetem a uma ideia fundamental: a noção de função social da propriedade. Em termos gerais, embora a ausência de obrigações positivas tenha sido a primeira característica do direito de propriedade, a incorporação de deveres ao seu exercício é o mais importante aspecto da função social (MALDONADO; PEÑA, 2013, p. 295). Compreendida como a vocação, a finalidade, o propósito a que serve a propriedade, a função social vem para, ao lado dos deveres de conteúdo negativo limitadores do exercício da propriedade, estabelecer também obrigações de agir ao proprietário, no sentido de uma gestão socialmente útil (PENTEADO, 2014, p. 207). A desapropriação, portanto, deve ser lida nesse contexto.

Ainda no intuito de trazer subsídios à exposição da pesquisa empírica, resta apontar que existem diferentes modalidades desapropriatórias previstas, de forma esparsa, no ordenamento jurídico brasileiro. Mais do que implicarem em procedimentos formais distintos, essas diversas categorias surgem de múltiplas necessidades a serem atendidas pelo instrumento.

[6] Dentre as diferentes possibilidades de significação do vocábulo “propriedade” – trabalhados por Penteado (2014, p. 167-168) – aqui nos referimos ao sentido mais restrito (ou típico) da palavra, que é o de direito real pleno.

2 A PESQUISA EMPÍRICA: ANÁLISE HORIZONTAL

Esta parte do artigo dedica-se à apresentação da dimensão horizontal da pesquisa empírica realizada, que adota a metodologia da análise de conteúdo (BARDIN, 2000), organizada em três etapas cronológicas: uma primeira pré-análise dos documentos, seguida da exploração do material e finalizada com o tratamento dos resultados, a realização de inferências e interpretações.

	acórdãos	homologações de acordos	decisões monocráticas	TOTAIS
desapropriação e moradia	320	0	3	323
desapropriação e habitação	345	0	5	350
TOTAIS	665	0	8	673

2.1 A ESCOLHA DOS DOCUMENTOS

A escolha do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo partiu da compreensão de que o legislador conferiu ênfase à competência desapropriatória dos Municípios para o planejamento do uso e ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, art. 182, CRFB) e atribuiu competência exclusiva ao ente municipal para a realização da desapropriação para fins de reforma urbana (art. 182, §4º, CRFB), dando ensejo à competência da Justiça Estadual (BRASIL, 1988). Essa, por sua vez, engloba também as desapropriações realizadas pelo ente estatal. Tal escolha, entretanto, exclui os casos de desapropriação confisco (expropriação), tendo em vista que essa modalidade é de competência da União e, portanto, da Justiça Federal.

Além disso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi escolhido porque as ações de desapropriação devem ser ajuizadas no foro da situação do bem (artigo 11, *in fini*, do Decreto-Lei 3.365/1941) e o Tribunal em questão abrange a região em que são flagrados os maiores déficits habitacionais do país por um lado, e a maior presença de imóveis vagos por outro (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2015), a revelar a enorme contradição que marca o cenário urbano nacional. Mais ainda, optou-se por restringir a pesquisa à Comarca de São Paulo devido à necessidade de delimitação de um universo que viabilizasse uma análise apurada.

Sob outro aspecto, os termos de pesquisa (palavras-chave) utilizados para a busca dos acórdãos no sítio eletrônico da Justiça Estadual (SÃO PAULO, 2016), na seção

intitulada “consulta de jurisprudência – consulta completa – pesquisa livre”^[7] foram: “desapropriação e moradia”, bem como “desapropriação e habitação”.

Em relação ao recorte temporal, optamos por fazê-lo relativamente amplo, estabelecendo apenas um limite final: todos os julgados disponibilizados até o ano de 2015. Assim, com base nesses critérios, em pesquisa realizada no dia 30 de janeiro de 2016 foram encontrados os seguintes resultados, ilustrados na tabela abaixo:

Tabela 1 - Quantidade e tipo de decisão por palavra-chave

Fonte: Elaboração própria com base nos julgados do TJ/SP (2016)

A base da coleta foram os acórdãos, por representarem decisões colegiadas. Com esse universo de 665 acórdãos em mãos, passamos à constituição de nosso *corpus* de pesquisa. Como ponto de partida, houve a necessidade de eliminar a dupla contagem de acórdãos selecionados por ambos os jogos de palavras-chave, para que eles fossem analisados apenas uma vez.

Feitas essas exclusões, resultaram 564 diferentes acórdãos. Empreendemos, então, o contato inicial com esses julgados, por meio de uma leitura flutuante^[8] da íntegra dos documentos, o que nos permitiu tomar mais algumas decisões relevantes para a formação de nosso *corpus* de pesquisa. Nossa escolha foi por retirar os embargos de declaração selecionados e contabilizar apenas uma peça processual para cada número de processo, tendo sido escolhida aquela que trazia uma abordagem mais completa.

Num segundo momento, foi possível depurar ainda mais a formação de nosso *corpus* de pesquisa, porque verificamos que muitos dos julgados foram selecionados por mencionarem uma ou ambas as palavras-chave apenas incidentalmente, por

[7] A formação de nosso universo de pesquisa foi condicionada à filtragem oferecida pelo site consultado e às limitações de seu sistema de busca. Acerca disso, em troca de e-mails com o Tribunal estudado obtivemos a informação de que todas as decisões proferidas pelo TJ/SP são disponibilizadas em seu sítio eletrônico, com exceção dos processos categorizados como segredo de justiça. Também nos foi informado que ao usarmos o campo “Consulta Completa” a busca da expressão desejada varreria o inteiro teor dos documentos, o que nos exime da preocupação sobre os critérios utilizados para a formação das ementas e indexações no sistema do Tribunal.

[8] Realizada com o objetivo de estabelecer um primeiro contato com os documentos e conhecê-los, pouco a pouco tornando a leitura mais precisa. Neste ponto, consultar Bardin (2000, p. 96).

exemplo, num julgado colacionado ou num trecho de doutrina citada, tendo sido excluídos. Ademais, três dos casos tratavam expressamente de imóveis rurais e outros dois foram acidentalmente selecionados, pois eram de outras comarcas, razões que os levaram à exclusão. Delimitamos, assim, nosso *corpus* de análise, composto por 296 (duzentos e noventa e seis) documentos.

2.2 EXPLORAÇÃO DO MATERIAL

A abordagem exposta a seguir consiste na apresentação de nosso *corpus* de pesquisa sob um enfoque que designaremos como “horizontal”, numa tentativa de percorrer os mais diversos aspectos que nos chamaram a atenção nos documentos analisados, sempre tendo em vista a pergunta e os objetivos do estudo. Da mesma forma como organizamos nossa ficha de leitura dos processos, dividindo-a em três grandes temas: direito à moradia, direito de propriedade e desapropriação, também em nossa exposição apresentaremos os dados colhidos de acordo com esses três enfoques, como se fossem diferentes lentes de uma câmera, que registram diversos aspectos de uma imagem.

2.2.1 DIREITO À MORADIA

Ao olharmos nosso *corpus* através da lente “direito à moradia”, pudemos visualizar cinco pontos especialmente importantes para esta pesquisa.

A) TERMINOLOGIA

Uma primeira constatação foi a de que em todos os anos analisados o TJ/SP, Comarca de São Paulo, adotando a terminologia presente na Constituição Federal (art. 6º, *caput*), utilizou o vocábulo “direito à moradia” em suas decisões, não tendo sido encontrado o uso da expressão “direito à habitação” (muito utilizada nos tratados internacionais).

B) CONTEÚDO E FUNDAMENTO NORMATIVO

Quando se trata de definir um conteúdo para o direito à moradia, a doutrina trabalha a ideia de que a moradia implica mais que um simples “teto sobre a cabeça”, abrangendo um olhar mais amplo acerca da questão, o que inclui, por

exemplo, considerações sobre a localização da habitação, conforme preceitos trazidos em diferentes tratados internacionais.

Por sua vez, ao se olhar para o Tribunal estudado, pudemos constatar que os desembargadores, em suas decisões, apenas mencionavam o direito à moradia, não abordando seu conteúdo, quando muito, afirmavam que esse direito não era absoluto, especialmente ao ser defrontado com o direito ao meio ambiente e com o interesse público, ou ao ser relacionado com a segurança dos próprios ocupantes frente à precariedade das construções em que habitavam. Ademais, por diversas vezes reafirmavam a necessidade de o direito à moradia passar pelo respeito ao direito de propriedade.

De sua parte, quando apresentavam o fundamento legal do direito à moradia, limitavam-se a citar o artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e, ainda mais raramente, o artigo 37 do Estatuto do Idoso – Lei Federal n. 10.741 (BRASIL, 2003). Vale dizer, ressaltados dois documentos em que a Defensoria Pública trazia os tratados internacionais para os autos processuais, em nenhum dos acórdãos observamos a menção, pelos desembargadores, aos instrumentos internacionais que regem a matéria, os quais poderiam oferecer ao Judiciário outras chaves de solução para os casos concretos, ainda mais nas hipóteses em que se discutia o despejo de famílias que ocupavam áreas em disputa.

C) APLICABILIDADE DO DIREITO À MORADIA

Outra questão importante que pudemos verificar foi o aparecimento da discussão sobre a aplicabilidade do direito à moradia. Há diferentes posicionamentos na doutrina acerca da eficácia das normas constitucionais instituidoras de direitos sociais, havendo inclusive quem defenda que o problema não está na norma, mas sim nos desafios práticos para a sua efetivação (SERRANO JÚNIOR, 2004, p. 205). A respeito disso, encontramos 9 (nove) documentos em que os desembargadores posicionavam-se expressamente^[9] acerca da eficácia do direito à moradia, para, em todos eles, adotarem a postura segundo a qual ele não seria autoaplicável,

[9] Conquanto muitas das respostas dadas pelo TJ/SP, Comarca de São Paulo, decorram, em última análise, do entendimento dos desembargadores acerca da aplicabilidade dos direitos sociais, em especial

possuindo natureza programática, destituída de eficácia imediata. Em sendo assim, nesses acórdãos o direito à moradia foi traduzido apenas como uma diretriz que deveria orientar o Poder Público na implementação de políticas públicas, tornando impossível compelir o Estado a fornecer moradia a todos que demandassem, até mesmo em virtude da reserva do possível.

Para além dessas argumentações, também encontramos a seguinte passagem do voto do Desembargador Relator Urbano Ruiz, na Apelação n. 0616569-87.2008.8.26.0053 (BRASIL, 2013a), que estabelece um paralelo entre o direito à moradia e o direito à saúde e à educação:

[...] o direito social à moradia, diversamente do que ocorre com os direitos sociais à saúde e à educação, não conta com a previsão de universalidade na Constituição Federal, certamente em função da limitada capacidade de atendimento. Não se pode descartar a escassez dos recursos públicos, que limitam a atividade administrativa. É preciso estabelecer relação entre os meios disponíveis – os recursos públicos e os fins colimados. Os moradores daquele edifício foram atendidos na medida dos recursos da Administração, sem que possam pretender mais (BRASIL, 2013a).

Nessa toada, nas decisões que expressamente abordavam a questão da aplicabilidade do direito à moradia, além desse não ser visto como uma norma de eficácia plena, encontrava-se, nesse aspecto, em posição inferior até mesmo em relação a outros direitos igualmente sociais, como o direito à saúde e à educação.

D) O DIREITO À MORADIA, O JUDICIÁRIO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

Estreitamente ligada à questão da aplicabilidade do direito à moradia, encontramos a controvérsia sobre o papel do Judiciário na efetivação desse direito frente à separação de poderes. Ao se analisar a doutrina é possível observar que há uma discussão acerca da separação de poderes e o papel do Judiciário, ou seja, essa questão está em disputa.

do direito à moradia, optamos por contabilizar apenas aqueles documentos que expressamente traziam esta questão, buscando evitar que nosso juízo de valor interferisse no enquadramento das decisões.

Por sua vez, na pesquisa empírica realizada, 17 (dezesete) documentos explicitamente^[10] abordavam a questão da separação de poderes para, em 16 (dezesesseis) deles, fundamentar uma postura menos ativa do Judiciário na garantia do direito à moradia. Vários foram os argumentos utilizados para tanto: a) a afirmação de que o problema da moradia deveria ser resolvido pelo Poder Público (leia-se, Executivo), em que pese à preocupação com a Justiça Social; b) a alegação de que a implementação de políticas públicas dependeria de uma análise de fato, não sendo possível impor à Administração a adoção de uma determinada política pública, por essa inserir-se no âmbito de sua discricionariedade (conveniência, interesse e possibilidade), não podendo o Judiciário interferir; c) a asserção de que o problema da moradia deveria ser resolvido como um todo e não isoladamente, em outros termos, o planejamento habitacional deveria ser realizado de forma global, não cabendo ao Judiciário eleger quais famílias teriam acesso à moradia, alterando a ordem de inscrição em programas habitacionais, em afronta ao princípio da isonomia; d) a argumentação de que a interferência do Judiciário nestas questões implicaria na ingerência indevida na Administração Pública, a quem caberia eleger prioridades diante da escassez dos recursos econômicos, ou seja, frente à reserva do possível; e) a sustentação de que não cabe ao Judiciário escolher o interesse público prevalente, nem substituir a vontade do administrador; f) a orientação de que o Judiciário somente poderia intervir na atuação do Executivo quando esse permanecesse omissivo ou ineficiente; g) por fim, no que toca mais de perto ao regime da desapropriação, há a afirmativa de que não se admite o questionamento, pelo Judiciário, da urgência alegada pela Administração para a imissão na posse do imóvel desapropriando, devendo ser a desapropriação realizada independentemente da anterior garantia do direito à moradia aos proprietários ou possuidores do bem desapropriado.

Como exceção a esta orientação, na Apelação n. 0022326-09.2011.8.26.0053 (BRASIL, 2013f) verifica-se a crítica do Desembargador Relator Luiz Sergio Fernandes de Souza ao argumento, apresentado pela municipalidade, do ferimento à separação de poderes:

[10] Aqui vale a mesma ressalva feita acima, qual seja, nossa escolha foi por contabilizar, neste momento, apenas aqueles documentos que tocavam essa discussão de forma expressa.

[a Municipalidade] não entendeu, ainda, o papel do Ministério Público e do Judiciário no tratamento da questão da política urbana. [...] Aliás, nem o Ministério Público nem o Judiciário têm a pretensão de ensinar os agentes da Administração Pública o que fazer ou como fazer. [...] Se falta “vontade política”, esta é outra questão. E aí entra em cena o Judiciário para dizer à Municipalidade que ela haverá, sob pena de imposição de sanções de diversas espécies (inclusive aquelas contempladas para reprimir e punir a improbidade administrativa), de cumprir a norma, mais especificamente o Estatuto da Cidade e o Código de Obras e Edificações [...] (BRASIL, 2013f).

Salvo este último caso, tudo converge no sentido da forte presença de um raciocínio que enfraquece a efetividade do direito à moradia, seja no que diz respeito à sua força normativa, como também – e conseqüentemente – em relação ao papel do Judiciário no controle e promoção da efetividade do comando constitucional.

E) PALAVRAS E SIGNIFICADOS

Nos julgados analisados verificamos a utilização de diversas nomenclaturas para designar diferentes realidades, especialmente quando envolviam pedidos de reintegração de posse. Assim, foram reiteradamente utilizadas nos acórdãos as terminologias “invasão”, “invasores”, “invadiram”, “réus invasores”, “área invadida por esbulhadores”, “meros invasores”, “favela”, e derivados, incluindo “má-fé”, “conduta ilícita e criminosa”, “falsa propriedade”, etc., para designar diferentes situações – desde ocupações recentes, como também ocupações que se mantinham há anos. Já o termo “falsa propriedade” foi utilizado para designar a situação de um possuidor que não detinha o título de propriedade do imóvel onde morava. Por outro lado – mas, às vezes, concomitantemente às designações anteriores –, também encontramos o uso das terminologias “ocupantes”, “ocupação”, “área ocupada”, “ocupação consolidada”, “famílias ocupantes”, “comunidade”, “moradores”, “residentes”, “ocupação irregular”, “trabalhadores”, dentre outras designações.

Embora não seja possível relacionar, necessariamente, o uso de tais vocabulários com as respostas oferecidas pelo Judiciário aos casos concretos, esses exemplos não deixam de ser uma mostra clara de como o uso que se faz da linguagem, ainda que técnica, pode expressar relações de poder e discriminação. Ademais,

esses exemplos revelam a existência de ideais contraditórios na vivência social, aos quais o direito oficial tenta impor (ou forjar) uma coerência (FERRAZ JR., 2008).

Como atenta Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2008, p. 131), mesmo na concepção de invasão podemos encontrar uma disputa entre ilicitude e licitude, que o direito oficial busca negar. Deste modo, embora no âmbito do direito oficial a invasão da propriedade seja uma modalidade de usurpação de propriedade imóvel, tipificada no art. 161, II, do Código Penal, a configuração da invasão é composta de nuances tamanhas que podem introduzir, mesmo na consciência jurídica oficial da infração, importantes alterações.

O autor desenvolve esta ideia em uma pesquisa empírica realizada nos casos de invasões coletivas de propriedades na região do Recife e expõe que seriam três os principais motivos que os ocupantes utilizam para justificar a invasão nos casos concretos: a) a permissão expressa; b) a permissão implícita c) e a situação de fato. Destacamos os dois últimos. A permissão implícita derivaria do entendimento dos ocupantes acerca do próprio direito oficial, supondo correta a interpretação de que um terreno abandonado por 10 anos poderia ser ocupado, descaracterizando, para os ocupantes, a invasão como infração. Já o motivo da situação de fato seria o mais forte, pois a necessidade conferiria um 'direito' inoficial com nuances próprias (FERRAZ JR., 2008, p. 135). No entanto, como preleciona o autor (2008, p. 136-137), esses ideais contraditórios existentes no nível da vivência social do cotidiano não aparecem no universo oficial, que busca neutralizar as incoerências.

2.2.2 DIREITO DE PROPRIEDADE

Nesta lente de análise pretendemos evidenciar a permeabilidade do discurso da função social da propriedade nos acórdãos analisados. Quanto à doutrina e à legislação estudadas, notou-se uma exaltação do avanço dado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Cidade no sentido da previsão da função social da propriedade. Não obstante, há o reconhecimento de que a previsão legal não é suficiente para a sua efetividade.

Já no que tange à pesquisa dos documentos judiciais, encontramos 20 (vinte) demandas nas quais o termo "função social" não foi apenas trazido nas falas dos interessados, mas também utilizado pelos próprios desembargadores em algum

momento da fundamentação de suas decisões, ou foi por eles citado através de algum julgado escolhido para embasar suas posições.

Da leitura desses documentos pudemos perceber que o emprego do termo "função social" pelos desembargadores ocorreu, na quase totalidade das vezes (salvo duas exceções vistas a seguir), para negar o pedido daqueles que inicialmente o evocavam. Tal se dava seja por meio da afirmação de que o princípio da função social da propriedade não poderia servir de escudo para a ação de invasores, chegando-se ao limite de argumentar que a ocupação ilegal não se sustentaria na "surrada composição teórica da função social da propriedade"; seja pela asserção de que a teoria da função social não eliminaria a proteção à propriedade, ainda que ao mau proprietário, pois caberia ao Poder Público sancioná-lo e não ao particular; seja também pela exposição de que não haveria violação ao princípio da função social frente a outros direitos que deveriam ser tutelados; ou mesmo pela sustentação de que a função social da propriedade seria cumprida com a destinação pública do imóvel; ou pela evocação de que na desapropriação o interesse público prevaleceria sobre o interesse particular, ainda que este último fosse exercido em consonância com a função social da propriedade; observamos, por fim, a argumentação de que a função social da propriedade não prevaleceria em relação à indisponibilidade dos bens públicos.

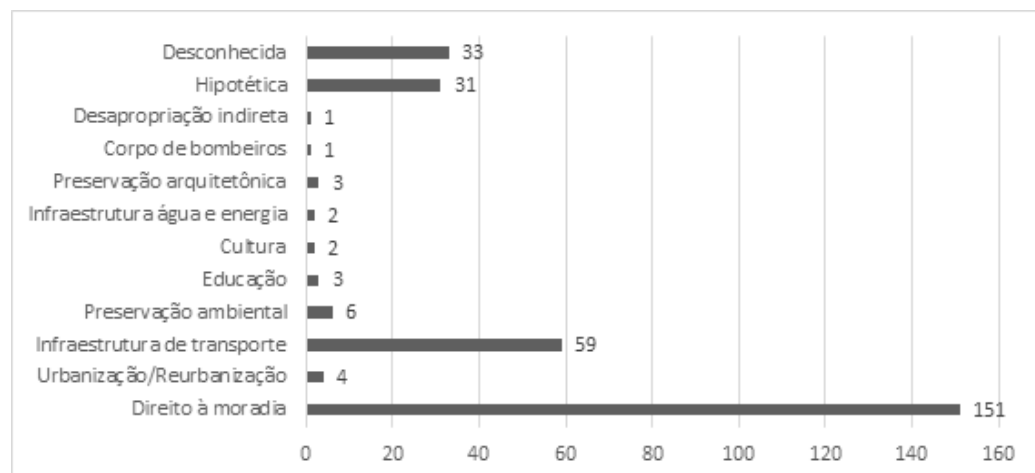
Destoando deste entendimento, encontramos dois julgados: no Agravo Regimental n. 0087170-59.2013.8.26.0000 (BRASIL, 2013j) observamos o uso do conceito de "função social da propriedade" como uma das limitações ao direito constitucional à propriedade, como fundamento para negar o pedido de reintegração de posse da área em litígio; por sua vez, na Apelação n. 9094259-53.2008.8.26.0000 (BRASIL, 2013g) o termo é usado para reforçar a decisão tomada no sentido de proteção ao direito à moradia.

À evidência, constatamos uma atuação tímida da função social da propriedade nos julgados estudados, os quais tenderam a conferir maior força à propriedade registral e à propriedade pública, ainda quando desfuncionalizadas. Tal entendimento traz inúmeras complicações, ainda mais se considerarmos que a ampla maioria dos documentos selecionados envolvia possuidores sem título de propriedade, imóveis

ocupados por população vulnerável, além de proprietários de baixa renda (como é o caso da desapropriação do Edifício São Vito) que estavam sendo desapropriados.

2.2.3 O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO

Passando à lente de análise relativa à desapropriação, uma primeira constatação por nós realizada foi a de que a classificação nas modalidades de desapropriação do imóvel urbano (utilidade/necessidade pública, interesse social, desapropriação



sanção e desapropriação judicial) não seria factível, tendo em vista que não foi possível averiguar um critério rigoroso nas classificações realizadas pelo TJ/SP, Comarca de São Paulo. Isso porque foram vários os documentos em que não se nomeava a modalidade de desapropriação presente no caso concreto e por vezes encontramos classificações diferentes para um mesmo decreto de desapropriação.^[11]

Contribuindo com essa realidade, tem-se que embora o legislador constituinte tenha tripartido as causas ensejadoras da desapropriação (utilidade pública, necessidade pública e interesse social), a legislação infraconstitucional não segue

[11] Por exemplo, na desapropriação do Edifício São Vito, encontramos tanto a classificação como “desapropriação por interesse social”, como também a classificação em “desapropriação por utilidade pública” (menos recorrente). Ademais, verificamos que nas desapropriações realizadas para fins de empreendimentos habitacionais, ora se falava em desapropriação por interesse social, ora se falava em utilidade pública.

essa separação com rigor, havendo quem defenda a possibilidade de unir todas as causas sob o termo geral “utilidade pública”.

No entanto, ainda assim é possível afirmar que a aplicação da desapropriação sancionatória urbanística mostrou-se inexistente nos julgados selecionados, apesar de muitos estudos apontarem a importância dessa modalidade desapropriatória como um dos mecanismos pensados para combater o descumprimento da função social do imóvel urbano. Nesse sentido, nosso estudo empírico vai ao encontro da pesquisa feita pelo Ministério da Justiça (2015), a qual evidencia que até 2015 nenhum dos municípios brasileiros aplicava este instrumento. Ademais, em nenhum dos documentos foi observada a aplicação da desapropriação judicial.

Com isso, optamos por trazer uma visualização do nosso *corpus* de pesquisa sob o enfoque das finalidades/justificativas das desapropriações envolvidas nos casos concretos, independentemente de suas modalidades.^[12] É o que expõe o gráfico abaixo:

Gráfico 1 - Finalidade da desapropriação por número de documentos

Fonte: Elaborado pela própria autora com base nos julgados do TJ/SP (2016)

Deste gráfico merece registro a grande incidência de desapropriações com a finalidade de implementação do direito à moradia, categoria aqui entendida como a construção de habitações, a melhoria das moradias existentes e a regularização fundiária das áreas objeto de desapropriação. Afinal, o direito à moradia não pressupõe apenas a construção de habitações, pois é muito mais do que a existência de um “teto sobre a cabeça”.

Com efeito, desde este primeiro momento já se estabelece a conexão existente, na prática, entre a busca pela efetivação do direito à moradia e o instituto da desapropriação do imóvel urbano como instrumento de políticas públicas. De fato,

[12] Alertamos que o número de documentos constante dos gráficos apresentados não pode ser confundido com o número de desapropriações havidas no período, por quatro razões: a uma porque a judicialização ocorre apenas naqueles casos em que a desapropriação amigável não foi possível; a duas porque devemos considerar os casos em que uma única desapropriação gerou mais de uma demanda e, por conseguinte, mais de um acórdão; a três porque, reforçando o segundo motivo, muitos dos acórdãos analisados não decidiam ações de desapropriação, mas sim demandas delas decorrentes; e, finalmente, a quatro porque nossa intenção é verificar a ligação entre o instituto da desapropriação e o direito à moradia, tendo nosso *corpus* sido escolhido com este objetivo.

151 (cento e cinquenta e um) acórdãos revelaram o uso da desapropriação para a aquisição de áreas destinadas a programas habitacionais, seja para construção de moradias ou regularização fundiária.

Neste ponto, destacamos nossa opção por criar uma categoria autônoma para as demandas que envolviam desapropriações para fins de reurbanização, na qual se enquadraram 4 (quatro) documentos porque, dada a vagueza dessa expressão, não foi possível identificar se estaria significando a promoção do direito à moradia ou outra finalidade.^[13]

Observamos igualmente a grande quantidade de documentos relacionados com a desapropriação de imóveis para fins de implementação de infraestrutura de

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL
COHAB-SP	1	13	9	7	15	9	20	16	13	103
CDHU	0	1	2	4	2	1	10	1	4	25
CDHU/COHAB	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1
SPOBRAS	0	0	0	0	0	2	3	3	5	13
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO	0	2	6	3	5	5	13	13	14	61
DER	0	0	1	0	1	0	0	2	6	10
DERSA	0	0	0	0	1	3	0	1	5	10
METRÔ	0	2	0	1	0	2	2	7	6	20
CONCESSIONÁRIA MOVE SÃO PAULO	0	0	0	0	0	0	0	0	3	3
CPTM	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1
SABESP	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1
PETROBRAS	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1
Eletropaulo - CTEEP	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1
FESP	0	3	3	0	0	1	3	0	0	10
DESCONHECIDO	0	0	0	0	0	0	2	1	2	5

transporte, totalizando 59 (cinquenta e nove) documentos, que incluíam tanto obras de expansão de linhas do metrô (linha 2 – verde; linha 17 – ouro; linha 6 – laranja), como também a ampliação de avenidas (Avenida Governador Carvalho Pinto; obras de ligação Imigrantes Água Funda; complexo viário Jacu-Pêssego; Complexo Viário Jurubatuba; Rodoanel; prolongamento da Avenida Jornalista Roberto Marinho – “Água Espreada”; dentre outras).

[13] Ressalva-se apenas dois casos em que a desapropriação para fins de reurbanização tinha por sujeito ativo a Cohab-SP, levando à inclusão dos documentos na categoria dedicada à implementação do direito à moradia.

De sua parte, as demais finalidades aparecem em menor escala, ligando-se à implantação do CEU Paraisópolis (educação), criação de um “circo-escola” (cultura), criação de parques e melhoramentos em córregos (preservação ambiental), área destinada à instalação de um corpo de bombeiros, área destinadas a melhoramentos de infraestrutura ligados à Sabesp e à Petrobras (água e energia), bem como a recuperação, preservação e conservação da Vila Itoró (preservação arquitetônica). Além disso, há um caso de desapropriação indireta.

Mais ainda, encontramos também 33 (trinta e três) situações nas quais não foi possível constatar qual a finalidade da desapropriação envolvida no caso concreto, tendo tais documentos sido contabilizados na categoria “finalidade desconhecida”.

Por derradeiro, há 31 (trinta e um) casos em que a desapropriação é trazida como uma situação hipotética, ou seja, não é empregada de fato, mas apenas mencionada como uma possibilidade viável à solução do caso concreto, diante da demanda por efetivação do direito à moradia.

A próxima tabela ajuda-nos a constatar quais os atores envolvidos na promoção das desapropriações envolvidas nos casos concretos (excluídos os 31 casos de desapropriações hipotéticas):

Tabela 2 – Sujeitos ativos por ano de registro dos acórdãos e quantidade
Fonte: Elaborado pela própria autora com base nos julgados do TJ/SP (2016).

À vista desta tabela, devemos explicitar, em primeiro lugar, que o jogo de palavras-chave “desapropriação e habitação” certamente contribuiu para o alto número de documentos que envolviam desapropriações promovidas pela COHAB-SP (103 documentos no total), em virtude do próprio nome da Companhia. Somados a estes, ainda dentro da categoria de implementação do direito à moradia, foram abarcados 13 (treze) documentos que envolviam desapropriações promovidas pela Prefeitura Municipal de São Paulo, bem como 9 (nove) demandas que tinham a SP-OBRAS como sujeito ativo.

Também devemos atentar para o fato de que, além de desapropriações promovidas pelo Município do Estado de São Paulo ou empresas a ele vinculadas, como é o caso da COHAB-SP, da SP-OBRAS, também observamos em nosso *corpus* de pesquisa desapropriações promovidas pelo Estado de São Paulo, por meio da Fazenda do Estado de São Paulo (FESP), ou por empresas a ele vinculadas, como é o caso da

CDHU, do Metrô, da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp), Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), Desenvolvimento Rodoviário S/A (DERSA), Departamento de Estradas de Rodagem (DER/SP) e a Eletropaulo (posteriormente sucedida pela Cia Transmissão Energia Elétrica Paulista (CTEEP)). Há também a Petrobras ligada à União, além de concessionárias privadas, como a Move São Paulo.

Ou seja, mais uma vez foi possível evidenciar que a desapropriação se relaciona com o direito à moradia para além de seu uso como instrumento de políticas públicas habitacionais, muitas vezes assumindo um viés de instrumento de espoliação urbana, assunto que será melhor desenvolvido em outra oportunidade, em virtude dos limites espaciais deste artigo, cujo objetivo foi apresentar a abordagem horizontal e exploratória do *corpus* de pesquisa analisado.

CONCLUSÕES

As informações empíricas colhidas e confrontadas com a legislação e a doutrina estudadas possibilitaram compreender o entendimento do TJ/SP sobre diferentes temas que ligam o direito à moradia, a propriedade e a desapropriação, revelando que o uso do poder desapropriatório com vista à aquisição de solo para políticas públicas, inclusive habitacionais, precisa enfrentar os desafios impostos pela concepção conservadora de propriedade, o que também perpassa pela necessidade de um Judiciário que assuma um compromisso com a aplicação da função social da propriedade em suas decisões, além de mais atuante na garantia do direito à moradia.

REFERÊNCIAS

AZUELA, Antonio. Introducción. In: AZUELA, Antonio (org.). **Expropiación y conflicto social en cinco metrópolis latinoamericanas**. Massachusetts: Lincoln Institute Of Land Policy, 2013. p. 13-50.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2000.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 jul. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 de jul. 194. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm. Acesso em: 07 de jun. de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo Regimental n. 0087170-59.2013.8.26.0000. Relator: Desembargador José Reynaldo. **Diário da Justiça Eletrônico do Poder Judiciário do Estado de São Paulo - Dje**. São Paulo, 03 jun. 2013j. n. 1426. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6877654&cdForo=0>. Acesso em: 30 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0616569-87.2008.8.26.0053. Relator: Desembargador Urbano Ruiz. **Diário da Justiça Eletrônico do Poder Judiciário do Estado de São Paulo - Dje**. São Paulo, 27 jun. 2013a. n. 1444. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6828700&cdForo=0>. Acesso em: 30 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0022326-09.2011.8.26.0053. Relator: Desembargador Luiz Sérgio Fernandes de Souza. **Diário da Justiça Eletrônico do Poder Judiciário do Estado de São Paulo - Dje**. São Paulo, 28 nov. 2013f. n. 1549. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7197412&cdForo=0>. Acesso em: 30 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 9094259-53.2008.8.26.0000. Relator: Desembargador Enio Zuliani. **Diário da Justiça Eletrônico do Poder Judiciário do Estado de São Paulo - Dje**. São Paulo, 06 nov. 2013g. n. 1535. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7134258&cdForo=0>. Acesso em: 30 jan. 2016.

FERNANDES, Edésio. ALFONSIN, Betânia. Apresentação. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). **Revisitando o instituto da desapropriação**. Belo Horizonte: Fórum, 2009a. p. 13-17.

FERNANDES, Edésio. ALFONSIN, Betânia. Revisitando o instituto da desapropriação: uma agenda de temas para reflexão. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). **Revisitando o instituto da desapropriação**. Belo Horizonte: Fórum, 2009b. p. 21-37.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O oficial e o inoficial: ensaio sobre a diversidade de universos jurídicos temporal e espacialmente concomitantes. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (prg.). **Invasões urbanas: conflito de direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Fgv, 2008. p. 121-144.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. **Déficit habitacional no Brasil 2011-2012**. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/cei/559-deficit-habitacional-2011-2012/file>. Acesso em: 10 de novembro. 2015.

MALDONADO, María Mercedes; PEÑA, Diego Isaías. Cambio constitucional, jueces, función social de la propiedad y expropiación em Colombia. In: AZUELA, Antonio (org.). **Expropiación y conflicto social en cinco metrópolis latinoamericanas**. México: Massachusetts: Lincoln Institute Of Land Policy, 2013. p. 269-312.

MARRARA, Thiago. Bens estatais: aquisição, usos, alienação e tutela. In: MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. **Tratado de direito administrativo**, v. III - direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p.181-284.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Assuntos legislativos. **Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e IPTU progressivo no tempo: regulamentação e aplicação**. Brasília: Ipea, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/PoD_56_web1.pdf. Acesso em: 20 out. 2015.

PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SÃO PAULO. Portal de serviços do tribunal de justiça do estado de São Paulo. **Consultas de jurisprudências**. São Paulo, [2016]. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 30 jan. 2016

SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **O direito humano fundamental à moradia digna: exigibilidade, universalização e políticas públicas para o desenvolvimento**. 2011. 264f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

NOTAS SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ELABORAÇÃO E REVISÃO DOS PLANOS DIRETORES PELO PODER EXECUTIVO

Júlia Navarro Periato^[1]
Gustavo Assed Ferreira^[2]

O presente artigo tem por objetivo abordar alguns aspectos da previsão normativa e regulatória de garantia da participação popular observados a partir do levantamento bibliográfico e documental para a realização da pesquisa de mestrado “A participação popular na elaboração e revisão dos Planos Diretores:

[1] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: jnavarroperioto@gmail.com.

[2] Livre-docente em Direito Administrativo pela FDRP-USP. Professor do Departamento de Direito Público da FDRP-USP. Correio eletrônico: gustavo.assed@usp.br.

um estudo sobre a elaboração do projeto de lei da segunda revisão do Plano Diretor do Município de Ribeirão Preto, São Paulo” (PERIOTO, 2016) elaborada pela primeira autora sob a orientação do segundo autor e concluída no ano de 2016.

A análise de tais previsões se justifica uma vez que ainda são constantes os relatos da aplicação meramente formal do instituto pelos poderes públicos municipais. Foi possível observar durante a elaboração da pesquisa supramencionada que alguns dos instrumentos de participação previstos tanto nas resoluções do Conselho das Cidades (ConCidades) quanto no material desenvolvido pelo Ministério das Cidades (MCidades) não foram aplicados, bem como outros foram aplicados de forma insuficiente.

O presente trabalho reconhece os questionamentos acerca da capacidade dos planos diretores para a redução das desigualdades bem como os limites à participação popular já apontados pela literatura (VILLAÇA, 2004; ROLNIK, 2009; MARICATO, 2010). Contudo, também reconhece que as arenas de participação podem abrir espaços de garantia de controle social através da visibilidade do tema e da produção de aprendizados, capazes de gerar movimentos de contestação e mobilização (MARICATO, SANTOS JÚNIOR, 2006; KLINK; DENALDI, 2012).

Assim, o presente texto tem por objetivo discorrer sobre os instrumentos de participação delineados pelo Ministério das Cidades e pelo Conselho das Cidades buscando trazer uma pequena contribuição ao debate sobre a institucionalização da participação popular na elaboração e revisão de planos diretores.

A GARANTIA DO PLANEJAMENTO E DA PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA A DEFINIÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade, reconhecida como “parte integrante do conceito de direito subjetivo de propriedade” (DANTAS, 2015, p. 28), busca assegurar o bem-estar social através do combate à especulação imobiliária e ao uso do espaço urbano em benefício individual em detrimento do interesse coletivo. Assim, em caso de não cumprimento da função social da propriedade há a possibilidade de aplicação dos instrumentos de reforma urbana previstos no Estatuto da Cidade capazes de incidir sobre o direito de propriedade. José Afonso da Silva chama de

“atividade urbanística” a intervenção do Poder Público com o objetivo de ordenar os espaços habitáveis.

De acordo com o autor, “trata-se de uma atividade dirigida à realização do triplo objetivo de humanização, ordenação e harmonização dos ambientes em que vive o Homem: o urbano e o rural” (SILVA, 2010, p. 34). Ainda conforme o autor, tal atividade “só pode ser realizada pelo Poder Público, mediante intervenção na propriedade privada e na vida econômica e social das aglomerações urbanas (e também no campo), a fim de propiciar aqueles objetivos” (SILVA, 2010, p. 34). Tem-se, portanto, que a atividade urbanística trata-se de uma função pública, que deve prezar pelo interesse coletivo e que, para tanto, deverá respeitar ao princípio da legalidade a fim de alcançar sua eficácia e a gestão democrática da cidade determinada pelo Estatuto da Cidade.

Os instrumentos de regulação urbanística bem como a definição dos parâmetros para o cumprimento da função social da propriedade urbana devem ser estabelecidos em cada município através do Plano Diretor, instrumento de planejamento urbano previsto na Constituição Federal e de elaboração obrigatória para os municípios com mais de 20.000 habitantes e demais casos previstos em lei. Desta forma, cabe ao Poder Público, nos processos de elaboração e revisão dos planos diretores garantir um amplo debate com a população local a fim de se estabelecer quais os requisitos serão definidos para o atendimento da função social, quais instrumentos serão utilizados em caso de descumprimento, em quais locais serão aplicados e quais serão as prioridades a serem atendidas para o desenvolvimento urbano através de um processo de planejamento.

PLANEJAMENTO E PLANO DIRETOR

Importante diferenciar os conceitos de planejamento e de plano. O primeiro, conforme José Afonso da Silva “é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos” (SILVA, 2008, p. 87). Já o segundo é o desdobramento do primeiro. É o resultado da atividade de planejar. De acordo com Marrara (2011), o plano é “um dos resultados

possíveis da atividade de planejamento em qualquer campo da atuação estatal” (MARRARA, 2011, p. 6).

Para além de seu caráter técnico, o planejamento é, de acordo com a legislação pátria, um “processo juridicamente imposto” (SILVA, 2008, p. 87). De acordo com Veloso (2014), o instituto jurídico do planejamento tem natureza jurídica de princípios e regras e “por meio dele, criam-se, modificam-se e extinguem-se direitos, produzindo efeitos jurídicos os mais diversos” (VELOSO, 2014, p. 116).

Busca-se com a atividade de planejar a realização das “mudanças sociais necessárias à consecução do desenvolvimento social” (SILVA, 2008, p. 88), desenvolvimento este que está intimamente relacionado ao “bom desempenho do Estado na realização de políticas públicas exitosas, no sentido de fornecer, direta ou indiretamente, os bens indispensáveis ao cidadão, como saúde, educação, moradia, alimentação etc” (VELOSO, 2014, p. 105).

Contudo, a despeito de ampla previsão legal referente ao tema^[3], a incompreensão do instituto do planejamento ainda é apontada pela literatura como um dos entraves para a realização de políticas públicas eficientes (SILVA, 2008, MARRARA, 2011, VELOSO, 2014). De acordo com Veloso (2014), o planejamento, conforme previsto no ordenamento jurídico pátrio, pode ser definido como:

o método utilizado em nível nacional, regional, estadual, metropolitano, municipal e setorial, pelo qual são alocados os recursos financeiros, materiais, humanos, tecnológicos e operacionais. Estabelece diretrizes, objetivos e metas, no curto, médio e longo prazos, de modo a alcançar os fins constitucionais e legais de forma concreta e efetiva, por meio de valores democráticos. Há ainda que se permitir a participação da sociedade na sua elaboração, consecução, controle e avaliação, como condição para sua validade e efetividade (VELOSO, 2014, 117-118).

[3] Conforme salientado por André Ramos Tavares (2018) “em uma varredura lexical, o termo em questão consta em diversos comandos constitucionais, sendo o planejamento, na maioria de suas ocorrências, apresentado como *dever* dos agentes públicos, nem como alternativa, nem como indicação ou conselho. Nos arts. 21, IX, 25 §3o e 29. XII, o constituinte endereçou expressamente aos três níveis de governo federativos, a obrigação de planejar, em sua acepção mais lata, ou seja, estendendo esse dever aos diversos âmbitos materiais nos quais atuem e exerçam seus deveres ou sua área de atividade. O planejamento não é pauta monotemática da economia” (TAVARES, 2018, p. 491).

Veloso (2014) ensina que com o ato de planejar inicia-se um “processo administrativo não contencioso”, também denominado pelo autor como “processo administrativo de resultado” (VELOSO, 2014, p. 121). Desta forma, o planejamento deverá atender aos requisitos do processo administrativo em todas as suas fases, sob pena de invalidade dos seus atos.

De acordo com Carvalho Filho (2016), esta necessidade de atendimento aos requisitos do processo administrativo trata-se da aplicação do princípio do devido processo legal, “em face da obrigatoriedade que tem a Administração de observar o que a lei dispõe a respeito” (FILHO, 2016, p. 157). Tal garantia consta do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, que assegura o contraditório e a ampla defesa também no processo administrativo.

Os planos diretores, por sua vez, são o resultado desse processo de planejamento municipal. De acordo com o item “b” da exposição de motivos da Resolução Recomendada n.34-05 do Conselho das Cidades, o objetivo fundamental do Plano Diretor é definir o conteúdo da função social da cidade e da propriedade urbana, de forma a garantir o acesso à terra urbanizada e regularizada, o direito à moradia, ao saneamento básico, aos serviços urbanos a todos os cidadãos, e implementar uma gestão democrática e participativa.

Após a elaboração do plano diretor, o mesmo deve ser encaminhado à Câmara dos Vereadores para votação conforme a lei orgânica do município. Se aprovado, será encaminhado à sanção do chefe do executivo para posterior promulgação e publicação. Importante mencionar que há também a obrigatoriedade da garantia da participação popular pelo Poder Legislativo, contudo, esta obrigação não será tratada no presente trabalho.

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA URBANA

A inclusão da participação popular na elaboração e revisão dos planos diretores como requisito de validade do ato administrativo representa um grande avanço institucional em um país com uma cultura de planejamento historicamente excludente e elitista. Ainda, representa uma conquista dos movimentos populares

que desde a década de 1960 demandavam a construção de uma política visando a reforma urbana^[4].

A garantia do direito ao planejamento e à participação popular em tais processos foi considerada como uns dos princípios estruturais da chamada “nova ordem jurídico urbanística” descrita por Fernandes (2007) ao abordar a questão da institucionalização dos novos direitos relacionados à questão urbana no final do século XX.^[5]

Assim, a previsão dos debates sobre o caráter da função social da propriedade urbana em nível local “além de transferir para os municípios a disputa pelo direito à cidade, criava a necessidade de arenas sucessivas de negociações e pactuação para a implementação dos instrumentos urbanísticos” (SUTTI, 2018, p. 140). Para tanto, foram previstos no Estatuto da Cidade importantes instrumentos para a gestão democrática da cidade “buscando superar o caráter autoritário e/ou

[4] Em 1963 foi promovido o Seminário de Habitação e Reforma Urbana (SHRU) pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil (IAB) e pelo Instituto de Previdência e Aposentadoria dos Servidores do Estado (Iapse). Segundo Nabil Bonduki o SHRU “representou uma tentativa de incorporar a questão urbana nas reformas de base que as forças progressistas buscavam implementar no governo Goulart, processo que foi abortado pelo golpe militar de 1964” (BONDUKI, 2018, p. 22). Dentre as demandas, constava que “a participação do povo em programas de desenvolvimento de comunidades e da iniciativa privada na oferta de habitação de interesse social é necessária” (BONDUKI, 2018, p. 29). Conforme Bonduki, “a concepção geral que orientou o SHRU, no entanto, não pôde prosperar integralmente no novo regime e se tornou uma referência no período da redemocratização (BONDUKI, 2018, p. 31). Para informações sobre a política urbana no governo militar ver Maria Cecília Lucchese Rossella Rossetto em “A luta pela reforma urbana no Brasil: do Seminário de Habitação e Reforma Urbana ao Plano Diretor de São Paulo”, org. Nabil Bonduki, Instituto Casa da Cidade.

[5] Segundo Edésio Fernandes, este novo quadro normativo baseado na ideia do direito à cidade trouxe consigo diversos direitos coletivos entrelaçados, tais quais “o direito ao planejamento urbano, o direito social à moradia, o direito à preservação do meio ambiente, o direito à captura da mais valia, e o direito à regularização dos assentamentos informais” (FERNANDES; 2007, p. 211 – tradução livre). Outros avanços institucionais importantes foram a garantia constitucional do direito à moradia através da Emenda Constitucional n. 26 de 14 de fevereiro de 2000 e a institucionalização do direito à cidade como um direito coletivo, de forma que a ordem urbanística se tornou expressamente passível de defesa pelo Ministério Público por meio de ajuizamento de ação civil pública conforme estabelece o artigo 1º, VI da Lei n. 4.347-85 incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35 de 2001.

tecnocrático presente no planejamento urbano da maior parte dos municípios” (SUTTI, 2018, p. 141).

Contudo, como garantir que os municípios espalhados pelo amplo território brasileiro, tão carentes de estruturas e qualificações técnicas e sociais, submetidos aos mais diversos contextos políticos, aplicassem a nova legislação? A criação do Ministério das Cidades em 2003 fez parte deste processo de institucionalização da política urbana e “representou uma resposta a um vazio institucional, de ausência de uma política nacional de desenvolvimento urbano consistente, capaz de apontar para um novo projeto de cidades mais sustentáveis e mais democráticas” (MARICATO, SANTOS JÚNIOR, 2006, p. 3).

Em 2004 foi criado o Conselho das Cidades, órgão colegiado de natureza deliberativa e consultiva, integrante da estrutura do Ministério das Cidades, que tinha por objetivo estudar e propor as diretrizes para a formulação e implementação da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano, bem como acompanhar e avaliar a sua execução.

Tais órgãos desenvolveram ações no sentido de informar e orientar o processo participativo de elaboração e revisão dos Planos Diretores. O Ministério das Cidades realizou campanhas para divulgação do Estatuto da Cidade^[6], já o ConCidades expediu diversas resoluções buscando orientar a aplicação das normas contidas naquela lei. Dentre as resoluções do ConCidades merecem destaque as seguintes:

QUADRO 1 – RESOLUÇÕES CONCIDADES PARA REVISÃO/ELABORAÇÃO DE PLANOS DIRETORES	
Resolução	Conteúdo
Resolução Recomendada n. 34/2005	Estabelece o conteúdo mínimo dos Planos Diretores;

[6] Para maiores informações sobre as atividades do Ministério das Cidades e sobre a Campanha pelo Plano Diretor Participativo, ver Sutti (2018).

Resolução n. 25/2005	Estabelece diretrizes para a participação popular na elaboração dos Planos Diretores;
Resolução Recomendada n. 09/2009	Estabelece normas sobre os prazos para elaboração dos Planos Diretores;
Resolução Recomendada n. 83/2009	Estabelece procedimentos de revisão dos Planos Diretores;
Resolução n. 22/2006	Orienta quanto à regulamentação dos procedimentos para aplicação dos recursos técnicos e financeiros, para elaboração do Plano Diretor dos municípios inseridos em área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental, de âmbito regional ou nacional;
Resolução n. 13/2004	Propõe diretrizes e recomendações aos atores sociais e governos dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a criação de Conselhos Estaduais e Municipais na Cidade ou equivalentes;

Fonte: elaboração própria.

Tomadas em conjunto, as orientações dessas duas entidades acerca da elaboração e revisão dos Planos Diretores buscam a realização de um processo participativo em que se garanta a diversidade, a capacitação de lideranças comunitárias, movimentos sociais e profissionais especializados, o efetivo compartilhamento da coordenação do processo, bem como a sua transparência e publicidade.

DA NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE UMA CULTURA PARTICIPATIVA: O DEVER DO PODER PÚBLICO DE ENSINAR A PARTICIPAR

O Estatuto da Cidade em seu art. 40 §4o prevê que no processo de elaboração do plano diretor e na sua fiscalização os poderes executivo e legislativo deverão garantir (i) a promoção de audiências públicas e debates com a participação da

população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, (ii) a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos e (iii) o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Apesar da previsão de participação, o Estatuto da Cidade não regulamentou de que forma se daria tal participação, nem como a mesma se incluiria no processo de revisão como um todo, de modo que é comum pensar na participação como apenas a previsão de audiências públicas. Contudo, conforme Sarno, “a população não pode ser relegada a um patamar de agente passivo, mero expectador, recebendo as informações sem chances efetivas e reais de questionar, opinar ou fiscalizar” (SARNO, 2007, p. 52). Desta forma, cabe ao Poder Público também agir de forma a educar a população para este momento de exercício democrático, a fim de proporcionar à população “momentos estratégicos para essa participação de forma que a soberania popular possa ser exercida na sua plenitude” (Sarno, 2007, p. 52).

FASES DO PROCESSO DE ELABORAÇÃO E REVISÃO

Neste sentido, abordaremos a metodologia participativa delineada na publicação “Planos Diretores Participativos: guia para a elaboração pelos municípios e cidadãos” desenvolvida pelo Ministério das Cidades (BRASIL, 2004) bem como as orientações propostas pelo Conselho das Cidades.

PREPARAÇÃO

A primeira fase destacada pelo material do Ministério das Cidades ressalta o momento de preparação do poder público para a elaboração ou revisão dos planos diretores, indicando a necessidade de composição de equipe de coordenação formada por técnicos municipais que, a princípio deve organizar as informações disponíveis sobre o município e sua questão urbana tal como legislação, estudos, dados, mapas, relação de interlocutores potenciais.

O disposto no art. 6º da Resolução 25/05 do Concidades também deve ser levado em consideração nesta primeira fase. Isto porque tal artigo prevê que o processo de elaboração e revisão do plano diretor deve ser articulado e integrado ao

processo participativo de elaboração do orçamento. Tal ressalva é importante pois a atividade de planejar o território e o desenvolvimento urbano da cidade não pode estar alijada do debate orçamentário de forma que “as propostas de investimentos, inseridas no Plano Diretor, devem orientar as prioridades de governo definidas no Programa Plurianual (PPA) do município, nas diretrizes orçamentárias e nos orçamentos anuais, que serão elaborados depois de o Plano Diretor estar aprovado” (BRASIL, 2004, p. 30).

Ainda, o artigo supramencionado prevê a necessidade de se levar em conta as proposições oriundas de processos democráticos tais como conferências, congressos da cidade, fóruns e conselhos. Ressalta-se que o levantamento das demandas e encaminhamentos dessas instâncias de participação é recomendável uma vez que lá se encontrará o histórico de demandas do município em questão bem como indicativos dos segmentos que nele atuam.

INAUGURAÇÃO

Outra fase ressaltada na publicação do Ministério das Cidades é a inauguração do processo de elaboração/revisão, considerada como o ponto de partida de mobilização da sociedade onde se anunciará o “início do processo e as regras para elaborar o Plano Diretor Municipal e para participar do trabalho: é o momento em que a sociedade deve ser convocada e atraída” (BRASIL, 2004, p. 47).

CAPACITAÇÃO, SENSIBILIZAÇÃO E A COORDENAÇÃO COMPARTILHADA DO PROCESSO

Um seguinte momento previsto pela publicação é a fase de capacitação e sensibilização que deverá envolver tanto a capacitação do próprio corpo técnico, estimulando-se a integração entre as diversas áreas e secretarias, quanto da sociedade civil.

A publicação do Ministério das Cidades ressalta a necessidade do conhecimento acerca da realidade do município e da “importância do Plano como instrumento para resolver problemas recorrentes na organização sócio espacial” (BRASIL, 2004, p. 46). A publicação ainda propõe que tais problemas sejam agrupados de forma simplificada em categorias como “conflitos de uso e ocupação do solo e condições

precárias de moradia, e situação fundiária irregular; carência de infraestrutura, serviços urbanos e equipamentos sociais, e deficiências do sistema de circulação e transportes, dentre outras”. (BRASIL, 2004, p. 46).

A fase da capacitação também deve abordar os direitos relacionados à participação popular. Aqui ressalta-se a necessidade de explicação sobre a garantia da coordenação compartilhada do processo, que busca a efetiva participação da sociedade civil junto ao Poder Público em todas as etapas do processo. Esta garantia busca incluir a sociedade na coordenação do processo de revisão de forma que permite-se a inferência da sociedade civil tanto nos temas relacionados ao conteúdo do plano quanto na forma do processo participativo. Assim, permite-se que a sociedade civil, inclusive, delibere sobre as formas de tomada de decisão nestes processos e questões relacionadas ao conteúdo e ao calendário. Ainda, o parágrafo 2º do mesmo artigo permite que a coordenação do processo de revisão seja assumida por Conselho das Cidades ou similar que atenda aos requisitos da Resolução n. 13 do ConCidades.

Merece destaque também a previsão do art. 9º da Resolução 25/05 do ConCidades que garante a possibilidade de convocação de audiência pública pela própria sociedade civil quando solicitada por no mínimo 1% dos eleitores do município. Outra informação importante trazida pela publicação do Ministério das Cidades em comento é a classificação do processo e revisão e elaboração de planos diretores como um processo cíclico e contínuo, sendo possível “sendo o caso, retomar etapas que já tenham sido ultrapassadas” (BRASIL, 2004, p. 46).

Importante também ressaltar que a Resolução 25/05 do ConCidades destaca a necessidade de se dar preferência às lideranças comunitárias, movimentos sociais e profissionais especializados nestes processos de capacitação, justamente para garantir a inclusão dos grupos historicamente excluídos dos processos de planejamento urbano.

PUBLICIDADE

Outro ponto que deve ser abordado ainda nesta fase inicial é a construção de estratégias eficazes de comunicação pública, de amplo alcance e fazendo-se uso das redes sociais já estabelecidas na sociedade civil organizada. O artigo

4º da Resolução 25/05 traz os requisitos para a publicidade prevista no artigo determinada pelo inciso II, do §4º do artigo 40 do Estatuto da Cidade. São eles:

I - ampla comunicação pública, em linguagem acessível, através dos meios de comunicação social de massa disponíveis;

II- ciência do cronograma e dos locais das reuniões, da apresentação dos estudos e propostas sobre o plano diretor com antecedência de no mínimo 15 dias;

III- publicação e divulgação dos resultados dos debates e das propostas adotadas nas diversas etapas do processo;

A Resolução Recomendada 83/09 traz também alguns requisitos para a publicidade das audiências públicas da seguinte forma:

Art. 4º §1º: As audiências públicas, no processo de revisão ou de alteração de Plano Diretor, deverão seguir o disposto no Estatuto da Cidade, na Resolução n. 25 do Conselho das Cidades e, ainda:

I- Serem divulgadas em órgãos públicos de ampla circulação de pessoas;

II- Terem o conteúdo a ser debatido explicitado em sua divulgação;

III- Serem divulgadas pelos diversos segmentos da sociedade

Outro ponto de destaque é a previsão de que toda e qualquer iniciativa de revisão ou alteração o plano diretor deve ser submetida ao Conselho da Cidade ou similar, quando existente conforme o parágrafo único do artigo 3º da Resolução Recomendada 83/2009.

NÚCLEO GESTOR

Ainda, há a previsão da convocação de um Núcleo Gestor ou grupo similar para acompanhamento dos trabalhos de elaboração-revisão dos planos diretores com a finalidade de “assegurar que todos tenham direito à voz, como condição de credibilidade e para fazer avançar o processo” (BRASIL, 2004, p. 43). As finalidades do Núcleo Gestor são apontadas na publicação do Ministério das Cidades da seguinte forma

Formular os planos de trabalho de elaboração técnica e mobilização social;

Elaborar o cadastro das organizações sociais atuantes da sociedade civil;

Coordenar os núcleos de comunicação, de informação/ capacitação e de organização da participação;

Propor critérios para decidir prioridades;

Assegurar o cumprimento das regras estabelecidas coletivamente;

Compatibilizar o trabalho técnico com a leitura comunitária ao longo de todo processo.” (BRASIL, 2004, p. 46).

A convocação para participar deste grupo de trabalho deverá ser precedida de chamamento público das entidades representativas dos setores da sociedade para sua composição observando-se os requisitos da ampla publicidade. Quanto a isso, faz-se necessária uma reflexão decorrente da pesquisa que deu origem a este texto: verificou-se que a previsão da representação de apenas um representante por cada segmento acabou impedindo a participação de representantes do mesmo segmento, porém de grupos de interesses distintos.

Por exemplo, ao prever a participação de apenas um representante de entidade sindical no núcleo gestor, as chances de uma entidade patronal “vencer”, por maior capacidade de mobilização, é muito maior do que de uma entidade trabalhadora. O mesmo pode-se dizer para a representação de entidade rural, que pode contar tanto com grandes latifundiários quanto com movimentos pela reforma agrária. Assim, importante refletir sobre a impossibilidade de limitação a apenas um representante por segmento a fim de se garantir a equidade na participação deste grupo. Ao prever apenas uma cadeira para cada segmento, foi observado que, na prática, tal dispositivo serviu para a manutenção do cenário que a política urbana pretende alterar.

DIVERSIDADE TERRITORIAL E TEMÁTICA

O artigo 5º da Resolução n. 25/05 traz os termos para a garantia da diversidade no processo participativo. Assim, recomenda-se a realização dos debates por segmentos sociais, por temas e por divisões territoriais, tais como bairros, distritos, setores entre outros, bem como a garantia da alternância dos locais de discussão.

Tal previsão, aliada às atividades de capacitação e sensibilização pode dar maior dinâmica ao processo participativo. A garantia da diversidade temática e territorial, além de baratear os custos para a participação das pessoas que moram longe dos locais de audiências e debates centrais, também têm o condão de dividir os temas tratados, de forma que os cidadãos possam participar dos temas que mais lhe afetem.

LEITURA DA CIDADE

A publicação do Ministério das Cidades prevê a realização da leitura da cidade e a define como “um processo de identificação e discussão dos principais problemas, conflitos e potencialidades, do ponto de vista dos diversos segmentos sociais” (BRASIL, 2004, p. 20). Ainda, a publicação ressalta que tal leitura “deve contemplar as possíveis alternativas para a solução dos problemas detectados, procurando enfocar todo o território do município” (BRASIL, 2004, p. 20).

Tal etapa é dividida pela publicação em apreço entre a leitura técnica e a leitura comunitária. A leitura técnica seria aquela feita pelo quadro de profissionais da Prefeitura, momento no qual estudos, “dados e informações socioeconômicas, culturais, ambientais e de infraestrutura disponíveis” (BRASIL, 2004, p. 20) devem ser apresentados à população a fim de que seja possível visualizar as necessidades e as desigualdades de cada parte do território.

Quanto à leitura comunitária, a publicação faz a ressalva no sentido de que a leitura técnica não pode ser considerada ideologicamente neutra, de forma que “as avaliações de potencialidades podem variar conforme os grupos sociais que os elaborem” (BRASIL, 2004, p. 21). A leitura participativa seria, portanto,

a ocasião para que todos conheçam visões e modos de pensar diferentes dos seus. Desta forma, as leituras técnicas produzidas pelos profissionais da Prefeitura ou por consultores devem ser enriquecidas com as leituras comunitárias, feitas pela população, sob os pontos de vista dos diferentes segmentos socioeconômicos: empresários, profissionais, trabalhadores, movimentos populares, entre outros (BRASIL, 2004, p. 21).

O Ministério das Cidades (Brasil, 2004) aponta para a elaboração e apresentação de mapas como de fundamental importância nesta etapa de leitura participativa da cidade. A publicação sugere a realização de mapas temáticos^[7] a fim de “identificar e entender a situação do município – a área urbana e a área rural, seus problemas, seus conflitos e suas potencialidades” (BRASIL, 2004, p. 20). Quanto aos aspectos que devem ser abordados na leitura da cidade o Ministério das Cidades apontou:

a distribuição dos equipamentos públicos e de infraestrutura existentes na cidade; a relação entre terras disponíveis para habitação e possibilidade de acesso a elas (para diferentes faixas de renda); localização e caracterização das áreas mais importantes (ou mais ameaçadas) para preservação ambiental e cultural, dentre outros” (BRASIL, 2004, p. 21).

A publicação do Ministério das Cidades ainda sugere que as leituras técnica e comunitária sejam sobrepostas, de modo que “se confrontem os dois modos de ler a cidade, para identificar informações e referências convergentes e divergentes” (BRASIL, 2004, p. 26). Por fim, ressalta-se a necessidade de sintetização do resultado das leituras em textos e mapas “nos quais se identifiquem as principais tendências, problemas, conflitos e potenciais do município. Os mapas devem ser acessíveis e estarem disponíveis para todos os participantes da elaboração do Plano Diretor e munícipes em geral” (BRASIL, 2004, p. 26-27).

FORMULAÇÃO E PACTUAÇÃO DAS PROPOSTAS E DEFINIÇÃO DOS INSTRUMENTOS

Nesta etapa, é sugerido que haja a definição das prioridades a serem tratadas pelo plano diretor, bem como as estratégias e os instrumentos mais adequados. Assim, busca-se que “os temas centrais, objetivos e estratégias sejam discutidos e decididos

[7] Dentre os mapas apontados em Brasil (2004) estão: a) mapas temáticos do município (mapear riscos para ocupação urbana; mapear áreas para preservação cultural; mapear a estrutura fundiária; mapear a evolução histórica da cidade e do território; mapear a inserção regional do município; mapear indicadores de mobilidade e circulação; b) mapas de caracterização e distribuição da população e seus movimentos; c) mapa da ocupação atual do território; d) mapas da infraestrutura urbana; e) mapas da atividade econômica do município.

com os diversos segmentos da sociedade e com todas as instituições envolvidas na elaboração do Plano Diretor” (BRASIL, 2004, p. 290). Ainda, devem ser definidos os instrumentos urbanísticos capazes de solucionar os problemas levantados.

AUDIÊNCIA E CONSULTA PÚBLICA

De acordo com Perez (2009, p. 168), audiência pública é o “instituto de participação popular na Administração Pública, de caráter não vinculante, consultivo ou meramente opinativo, inserido na fase instrutória do processo decisório” que busca, através de sessão pública, esclarecer e discutir “todos os aspectos e problemas envolvidos em uma determinada decisão administrativa”. O art. 8º da Resolução Concidades n. 25/05 informa sobre a finalidade das audiências públicas determinadas pelo art. 40§4o, inciso I, do Estatuto da Cidade, sendo ela a de informar, colher subsídios, debater, rever e analisar o conteúdo do Plano Diretor Participativo. Ainda, a resolução elenca os requisitos para a validade dessas audiências.

As deliberações das audiências devem ser transcritas em ata que deve “ser publicada junto aos anexos, obedecendo aos princípios formadores do processo administrativo” (SARNO, 2007, p. 68). Ou seja, apesar do caráter não vinculante da audiência pública, “tudo aquilo que tiver sido debatido e trazido para conhecimento do Poder Público deverá ser sopesado de forma a fundamentar a decisão final acerca do projeto” (SARNO, 2007, p. 68).

Já a consulta pública, trata-se de “procedimento de divulgação prévia de minutas de atos normativos (de interesse geral), visando que, no prazo determinado pela Administração (...) todos os eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões de aperfeiçoamento ou peçam informações” sobre o tema (PEREZ, 2009, p. 177). Conforme Perez, “a administração tem o dever de documentar as consultas e respondê-las publicamente, antes de tomar sua decisão final, de modo a instruir e fundamentar o processo decisório” (PEREZ, 2009, p. 177).

DEFINIÇÃO DAS FORMAS DE ACOMPANHAMENTO E GESTÃO

Uma vez que a elaboração do Plano Diretor não significa o fim do processo de planejamento, recomenda-se “que o próprio Plano Diretor determine os meios

e a sistemática para revisá-lo” (BRASIL, 2004, p. 32). Assim, deve-se estabelecer um “processo participativo de planejamento para implementar e monitorar o Plano Diretor (BRASIL, 2004, p. 32) buscando-se garantir o controle social. A Resolução Recomendada 34/05 do Concidades traz em seu art. 7º os requisitos e procedimentos a serem adotados para a aplicação do Sistema de Acompanhamento e Controle Social.

NECESSIDADE DE SUBMISSÃO DO ANTEPROJETO À CONFERÊNCIA OU EVENTO SIMILAR ANTES DO ENVIO À CÂMARA MUNICIPAL

O artigo 10 da Resolução 25/05 condiciona o envio do anteprojeto de lei à Câmara Municipal à submissão do seu texto à aprovação popular através de conferência ou evento similar bem como estabelece seus requisitos. Tal previsão busca garantir que todos tenham ciência do conteúdo do anteprojeto, após as possíveis alterações decorrentes da participação.

A QUESTÃO DA SUPERVENIÊNCIA DE PRAZO PARA REVISÃO VERSUS A GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO.

Por fim, outro ponto que se mostrou relevante quando da realização da pesquisa que deu origem a esta publicação foi a seguinte pergunta: a superveniência do prazo previsto para a revisão do Plano Diretor enquanto o processo de revisão estiver em curso implica em improbidade administrativa? A questão é pouco debatida na doutrina, contudo, foi possível perceber o uso da questão do prazo como justificativa para a redução das oportunidades e participação tanto pelo Poder Público quanto pelo Ministério Público.

Buscando entender tal questão, foi possível extrair da publicação “Plano Diretor Participativo” que a resposta a esta pergunta depende de análise da existência de processo participativo em curso (BRASIL, 2005, p. 75). Tal posição vai de encontro com o estabelecido no art. 2º da Resolução Recomendada 09/06 do Concidades, que aduz que “em observância da ordem urbanística, durante todo o processo de elaboração ou revisão do Plano Diretor deverão ser considerados, no mesmo

nível de relevância do prazo, os aspectos referentes ao processo participativo, e os referentes ao conteúdo do plano diretor”.

Assim, o reconhecimento de um processo participativo em curso, e este texto buscou demonstrar alguns elementos que podem indicar ou não as garantias de um devido processo participativo, configuraria ausência de razões objetivas para a denúncia por improbidade administrativa, de forma que não se justifica a supressão da participação popular pela superveniência de prazo.

CONCLUSÃO

O presente texto buscou abordar alguns aspectos da previsão normativa e regulatória de garantia da participação popular observados a partir do levantamento bibliográfico e documental para a realização da pesquisa de mestrado sobre a participação popular na elaboração e revisão de planos diretores. Ao buscar conhecer o que já havia sido previsto institucionalmente sobre o processo de participação popular, notou-se que os detalhamentos do processo participativo para elaboração/revisão dos planos diretores estão dispersos entre as Resoluções do Conselho das Cidades e as orientações elaboradas pelo Ministério das Cidades, bem como na doutrina em geral. Assim este texto pretendeu reunir tais informações bem como compartilhar alguns dos questionamentos e reflexões decorrentes das observações durante a pesquisa buscando trazer uma pequena contribuição ao debate sobre a institucionalização da participação popular na elaboração e revisão de planos diretores.

REFERÊNCIAS

BONDUKI, Nabil. Do governo Vargas ao Seminário de Habitação e Reforma Urbana: as tentativas pioneiras de enfrentar a questão urbana. In: BONDUKI, Nabil (Org.). **A luta pela reforma urbana no Brasil: Do Seminário de Habitação e Reforma Urbana ao Plano Diretor de São Paulo**. São Paulo: Instituto Casa da Cidade, 2018. p. 15-34. Disponível em: <http://www.casadacidade.org.br/wp-content/uploads/2018/12/A-Luta->

- Pela-Reforma-Urbana-no-Brasil_CAU-SP_2018.pdf. Acesso em: 06 ago. 2019.
- BRASIL. Ministério Das Cidades. **Plano diretor participativo**: guia para elaboração pelos Municípios e cidadãos. Brasília: Ministério das Cidades, Confea, 2004. Disponível em <http://polis.org.br/wp-content/uploads/Plano-Diretor-Participativo-1.pdf>. Acesso em 08-08-14.
- _____. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Programas Urbanos. **Plano Diretor Participativo**. Brasília: Ministério das Cidades, 2005. Coordenação Geral de Raquel Rolnik, Benny Schasberg e Otilie Macedo Pinheiro. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/PlanelamentoUrbano/PlanoDiretorParticipativoSNPU2006.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.
- DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário: uma proposta de releitura do princípio constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF: Senado Federal, v. 52, n. 205, p. 23-38, jan./mar. 2015.
- FERNANDES, Edésio. **Constructing the `Right To the City' in Brazil**. Social & Legal Studies, Los Angeles, London, New Delhi And Singapore, v. 16, n. 2, p. 201-219, 2007. Disponível em: <http://sls.sagepub.com/cgi/content/abstract/16/2/201>. Acesso em: 12 dez.2014.
- KLINK, Jeroen; DENALDI, Rosana. O Plano Diretor participativo e a produção social do espaço. O caso de Santo André. In: DENALDI, Rosana et al (Orgs.). **O desafio de planejar a cidade**: política urbana e habitacional de Santo André SP, 1997-2008. São Paulo: Annablume, 2012. p. 199-224.
- MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. **Revista Eletrônica e Direito do Estado**, Salvador, v. , n. 27, p.1-31, jun. 2011. Trimestral. Disponível em: https://www.academia.edu/10502353/A_atividade_de_planejamento_na_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%BAblica_o_papel_e_o_conte%C3%BAdo_das_normas_previstas_no_anteprojeto_da_nova_lei_de_organiza%C3%A7%C3%A3o_administrativa. Acesso em: 08 ago. 2019.
- MARICATO, Ermínia. **Nunca fomos tão participativos**. Agência Carta Maior, 2007. Disponível em: <http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/babel/textos/maricato-participativos.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2010.
- _____, SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. Construindo a Política Urbana: participação democrática e o direito à cidade. **Teoria e Debate**. N. 66, abr/jun 2006. Disponível em https://pt.scribd.com/document/232461630/MARICATO-Erminia-Construindo-a-Politica-Urbana-participacao-democratica-e-o-direito-a-cidade-pdf?doc_id=232461630&order=473748969. Acesso em ago. 2019.
- PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- PERIOTO, Julia Navarro. **A participação popular na elaboração e revisão dos Planos Diretores**: um estudo sobre a elaboração do projeto de lei da segunda revisão do Plano Diretor do Município de Ribeirão Preto, São Paulo. 2016. 98 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.
- SARNO, Daniela Campos Libório di. Audiência pública na gestão democrática da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; SARNO, Daniela Campos Libório di (Org.). **Direito urbanístico e ambiental**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 49-72.
- SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. Malheiros, 2008.
- SUTTI, Weber. O Ministério das Cidades e o ciclo de planos diretores do século XXI. In: BONDUKI, Nabil (Org.). **A luta pela reforma urbana no Brasil**: do Seminário de Habitação e Reforma Urbano ao Plano Diretor de São Paulo. São Paulo: Instituto Casa da Cidade, 2018. p. 139-178. Disponível em: http://www.casadacidade.org.br/wp-content/uploads/2018/12/A-Luta-Pela-Reforma-Urbana-no-Brasil_CAU-SP_2018.pdf. Acesso em: 08 ago. 2019.
- ROLNIK, Raquel. Democracia no fio da navalha: limites e possibilidades para a implementação de uma agenda de reforma urbana no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, Belo Horizonte, v. 11, n. 2, p.31-50, nov. 2009.

Associação Nacional de Pós - Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional (Anpur). Disponível em: <http://www.urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/2194063PB.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2015.

TAVARES, Andre Ramos. Planos urbanísticos na Constituição Econômica de 1988. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). **Tratado de direito municipal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 491-505.

VELOSO, Juliano Ribeiro dos Santos. Uma proposta de harmonização dos conflitos entre os poderes por meio da compreensão do instituto jurídico do planejamento, ativismo judicial, do ato e processo administrativo. CARDOSO JÚNIOR. José Celso; PIRES. Roberto Rocha C.(org.). **Gestão pública e desenvolvimento: desafios e perspectivas**, v. 06. IPEA, 2011, p. 105-126.

VILLAÇA, Flávio. **As ilusões do plano diretor**. 2004. Disponível em: <http://www.planosdiretores.com.br/downloads/ilusaopd.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2014.

MEDIAÇÃO: POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA?

Aline Lemos Reis Bianchini^[1]

Márcio Henrique Pereira Ponzilacqua^[2]

1 ESTADO DA ARTE: A TEORIA SOBRE ACESSO À JUSTIÇA

A abordagem tem por escopo a discussão de acesso à justiça, pelo que importa começar demonstrando as transformações pelas quais o direito processual passou para que eventualmente chegasse ao estágio atual de desenvolvimento. A preocupação com o acesso à justiça, tão relevante atualmente à dogmática processual, não surgiu espontaneamente, mas sim, surgiu de um contexto político-social e histórico, de cujo contexto implica a elucidação do tema.

Para além dos esclarecimentos de causas e consequências, a reflexão histórica nos serve ao propósito de demonstrar que a noção de acesso à Justiça (e a própria noção de justiça) pode ser transitória. Com efeito, por um lado, há uma evolução natural nas discussões da ciência, mas por outro, há uma impermanência na própria justiça, no seu *locus*, que ora pode ser garantido pelo Estado, quando este se coloca na posição de guardião de direitos (em uma ordem democrática), ou quando há um Estado opressor, colonial, extrativista, ditatorial. Para este último caso, a fonte formal do direito não é garante de justiça, assim, o acesso se dá fora do aparelhamento Estatal, em vez de manifestar-se através dele (SANTOS, 2013).

[1] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: alemosreis@yahoo.com.br.

[2] Livre-docente em Sociologia do Direito pela FDRP-USP. Professor do Departamento de Filosofia do Direito e Disciplinas Básicas da FDRP-USP. Correio eletrônico: marciorique@usp.br.

Por isso, há uma variação em relação ao lugar e ao tempo, para qual cada Estado e cada povo desenha seu sistema de solução de conflitos, dentro do espectro do positivismo e do jusnaturalismo, da informalidade e da formalidade (até o extremo do formalismo).

Tradicionalmente, na doutrina, diz-se que o direito processual experimentou, ao menos, três fases metodológicas^[3], que se confundem com a própria história do Processo Civil, como campo autônomo da ciência (DINAMARCO, 2002; CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2003). A primeira fase, chamada de *sincretista, praxista* ou *immanentista*, tem como sua característica mais marcante a ideia de que o processo seja nada mais do que o próprio direito material, que quando violado, converte-se em um agir em busca da sua satisfação, em um direito de Ação. Daí se desdobram as nomenclaturas: sincretismo, pois o direito de Ação é sincrético ao direito material, e immanentista, pois o direito processual é imanente ao direito material.

O que havia, na realidade, nesta primeira fase, é a experiência processual dada na prática, de uma forma empírica, sem qualquer sistematização. Há institutos do direito processual presentes desde a antiguidade. Mas estes institutos não eram metodologicamente organizados em torno de uma estrutura, de princípios ordenadores, de relação jurídica contraposta (contraditório), da ideia de garantia da parte contra os excessos estatais.

Pode-se dizer que a ciência processual moderna começa a ser construída, ou ainda, sistematizada, como campo formal de estudo científico, há cerca de cento e cinquenta anos, sendo considerado o trabalho de Oskar Von Bülow (1868) o marco inicial da segunda fase, a chamada *autonomista*. A fase autonomista se caracteriza, como a obviedade do próprio nome indica, pela quebra da concepção de que o processo é equivalente ao direito material. Começa-se a afirmar a autonomia do direito processual em relação ao direito material, e é através dessa afirmação de autonomia que se constroem as bases metodológicas deste novo campo da ciência. As teorias da fase autonomista foram fundamentais para se organizar a ciência

[3] Há uma certa controvérsia entre os processualistas sobre se haveria ou não uma quarta fase metodológica no estudo do processo, e existindo, se já teríamos alcançado esta quarta fase. Para Dinamarco (2002), ainda estaríamos em uma terceira fase, instrumentalista. Mas este debate não será enfrentado neste trabalho, por entendermos que não está inserido no objeto de discussão.

processual, dar-lhe fundamentos, conferir-lhe princípios próprios, estrutura-lo em regras próprias diferentes das que regem o direito material, definir-lhe o objeto, que desloca-se do bem da vida para os fenômenos processuais.

O trabalho de Von Bulow não foi uma obra isolada, mas, durante a fase autonomista muito se produziu em termos de teoria, especialmente na Alemanha, Itália e Áustria. Há duas observações interessantes sobre este momento histórico em que surge o interesse pelo desenvolvimento do direito processual, especialmente, relacionado a estes países onde a produção se mostrou mais intensa.

A primeira delas é o contexto histórico europeu. Nos dois séculos que antecederam o trabalho dos processualistas autonomistas, a Europa experimentava o movimento iluminista francês. Na Alemanha, o movimento iluminista se desenvolve tardiamente, com reflexões iluministas sendo escritas ainda no século XIX, naquele país. Uma das características deste movimento filosófico é o racionalismo, no qual tenta-se explicar as coisas do mundo pelo método científico, através da razão (até mesmo os questionamentos metafísicos, como a existência de Deus). Emergem-se os estudos científicos para as ciências naturais, a física, a matemática e a biologia, estudos estes que procuram decifrar o mundo natural no qual o homem está inserido. O mundo experimentado, tudo aquilo que é empírico, pode ser decomposto, explicado, medido, sistematizado, classificado, e através do estudo científico, compreendido, a partir do império da razão.

Pode-se inferir que, em razão das interações históricas, os primeiros processualistas tenham aplicado ao processo civil, ao construí-lo como ciência, a mesma racionalidade e os mesmos pressupostos científicos típicos do movimento iluminista: a necessidade de descrever, sistematizar, classificar, determinar os princípios regentes daquilo que se vivenciava empiricamente. Aplicar o método científico é racionalizar o processo, e separá-lo do misticismo até então vigente.

Em segundo, e este ponto é mais relevante ao tema que ora nos ocupa, o movimento iluminista foi o terreno fértil para revoluções políticas dos séculos XVIII e XIX, que deram origem ao liberalismo burguês. Este movimento, surgido no caldeirão da revolução industrial, pleiteava a liberdade, especialmente a liberdade de mercado, com o recuo do Estado, neste momento visto como o opressor. A livre

concorrência que se traduzia em um individualismo, no sentido de cada um que provenha por si; e a igualdade, sobretudo a formal, como reação aos privilégios de classe, que eram garantidos por disposição de Lei, no período medieval. O Estado Absolutista Nacional era o cobrador de imposto, mantenedor dos privilégios de classe, e o representante de um poder monárquico que poderia ser exercido de modo imprevisível.

Assim, não seria exagero entender que a separação metodológica da ciência processual, que por consequência torna as regras do processo mais enrijecidas, relaciona-se intimamente com uma ordem capitalista emergente e com a moral liberal e burguesa, pois, afinal, em primeiro lugar, esvazia o procedimento do fator emocional e do julgamento da virtude, por parte do juiz. Tornar o juiz engessado por regras processuais rígidas e por princípios estruturantes acaba se tornando uma garantia de que este não irá conferir privilégios a quem quer que seja, e que todos os litigantes receberão o mesmo tratamento.

Segundo, o processo metodologicamente organizado é mais objetivo e cristalino. O litigante sabe o que esperar do processo, e-lhe é garantido o direito à defesa. E de fato, comparando o processo proposto pelos estudiosos da fase autonomista com o tradicional procedimento medieval e de direito canônico, para a nova classe burguesa, há um ganho inequívoco pelo fato do processo se construir por freios que o tornem mais racional, formal e imparcial. Para aquele momento, tornar o processo formal significava consolidar o acesso à justiça através da igualdade (formal).

Contudo, o mesmo formalismo rígido que cunhou um processo civil com a garantia de ser justo e imparcial torna-se, ele mesmo, a causa de injustiças. Com o predomínio da forma dos atos sobre o direito que eles tutelam, e com a centralização das discussões sobre a dogmática processual, o processo perde-se em si mesmo e distancia-se da realidade. Além disso, sob a lógica burguesa neo-liberal do *laissez-faire*, sequer a diferença social e econômica entre os litigantes era vista como um problema, ao menos um que fosse da alçada do Poder Judiciário e do processo (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p.10).

Tem-se que a fase autonomista durou cerca de um século, pois nasce no século XIX, toma força, ingressa no século XX atingindo seu ápice e começa a perder *momentum*. Pode-se dizer que, em determinado aspecto, a terceira fase metodológica do processo surge das críticas do pensamento existente na segunda fase.

A alguns fenômenos interessantes a serem observados da passagem da fase *autonomista* para a fase *instrumentalista*, que é a terceira e última das etapas das quais trataremos neste texto, seguindo a teoria de Dinamarco (2002). O primeiro é a própria transformação trazida pelo esgotamento da modernidade e a transição para a pós-modernidade. Com o ingresso do Século XX, as sociedades vão se tornando maiores, mais complexas e mais integradas. O barateamento dos processos produtivos, que ampliou o acesso aos bens de consumo, também impactam o judiciário, na medida em que transformam qualquer indivíduo em um potencial litigante. Surgem novas categorias de direito até então não contempladas, o judiciário torna-se um veículo para a conquista de direitos civis. As Constituições modernas passam a contemplar o reconhecimento de direitos sociais e o dever dos Governos em atuar positivamente para garantir a efetividade destes direitos (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p.11). Surge a problemática ambiental, que necessita de tutela, e que desafia a lógica individualista do começo do século.

Conforme explica Boaventura de Souza Santos (2013, p. 200-2004), no cenário da pós-modernidade ocorre a colidência de condições sociais e condições teóricas, a partir da década de 50/60, que explicam o motivo da sociologia ter tomado interesse pelo direito e suas instituições. Para a sociologia, emerge-se um novo subcampo teórico, a sociologia dos tribunais. Para o Direito, e sobretudo, para o processo, as reflexões trazidas pela sociologia, pela antropologia, pela ciência política, pela filosofia, etc., introduzem na ciência processual, até então dogmática, esse espírito de acomodá-la à realidade social, de conciliar o “direito dos livros com o direito da realidade” (SANTOS, 2013, p. 200), de tornar os instrumentos efetivos e aptos à atender esse papel do Estado de garante da obtenção de direitos.

Por isso, metodologicamente, os processualistas da terceira fase compreendem que o processo, embora se organize em uma lógica própria, deve sempre manter-se como um instrumento para um fim: o de obter uma resposta Estatal a um litígio.

2 ACESSO À JUSTIÇA E MEDIAÇÃO

Retomando as condições sociais de Boaventura, enumeradas em três, a segunda delas, para o campo da mediação é a mais relevante, mas só pode ser explicada, através da primeira. Explica Boaventura o florescimento dos movimentos sociais pós-guerra protagonizados por diversos grupos “sociais até então de tradição coletiva de confrontação” (SANTOS, 2013, p. 202), dentre os quais exemplifica o movimento negro, o movimento feminista, o movimento estudantil, pequena burguesia em luta por novos direitos sociais, movimento operário, entre outros, movimentos estes que no cenário pós-guerra procuraram “aprofundar o conteúdo democrático dos regimes saídos do pós-guerra” (SANTOS, 2013, p. 202).

Estas lutas sociais pelo alargamento de direitos foram responsáveis pela transformação de um Estado liberal para um Estado-Providência, um:

Estado ativamente envolvido na gestão dos conflitos e concertações entre classes e grupos sociais e apostado na minimização possível das desigualdades sociais no âmbito do modo de produção capitalista dominante das relações econômicas. (SANTOS, 2013, p. 202)

Esse intenso movimento de alargamento de direitos sociais acabou por redefinir também o papel dos sistemas de Justiça, que passaram a receber os conflitos emergentes dos novos direitos e dos novos arranjos sociais, agora traduzidos em conflitos jurídicos. Este aumento (explosão) de litigiosidade causou a chamada “crise da administração de justiça” (SANTOS, 2013, p. 202), que é a crise com a qual nos deparamos atualmente. Este aumento de litigiosidade encontrou um Estado incapaz de responder a contento, e que, ainda por cima, entra em recessão a partir da década de 70, e que não mais consegue prover um atendimento adequado em suas diversas atividades estatais, dentre as quais, a de administração de Justiça.

Dessa incapacidade de atendimento da demanda processual, combinada com a preocupação da nova sociologia dos tribunais a respeito do acesso à Justiça e efetividade do processo, surge propostas de reforma do sistema que visam adequar o sistema judiciário e o processo civil a esta complexidade pós-moderna. Para o projeto Florença, conduzido por Garth e Cappelletti (1988), há 3 reformas principais pelas quais o processo civil necessita passar para se adequar às novas

realidades: o acesso da Justiça aos pobres, a adequação dos procedimentos aos interesses difusos e o acesso à representação em juízo. Em conjunto com essas estas três, os autores ainda sugerem outras reformas, como a reforma e a modernização dos tribunais e dos procedimentos litigiosos, e, o ponto deste trabalho, o investimento na criação de métodos alternativos para decidir causas judiciais, como a criação de procedimentos mais informais e/ou mais simples, dentre eles, a mediação e a conciliação.

É a partir do interesse da sociologia dos tribunais pela tarefa de tornar o procedimento acessível que a mediação é associada à reforma do Sistema e como resposta à crise de administração de Justiça.

3 MEDIAÇÃO COMO MÉTODO E MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA

Dadas as transformações na sociedade e as contribuições da sociologia do direito no processo civil, o desafio das décadas finais do Século XX e no começo do novo milênio é o de aplicar as reformas, traduzindo as discussões acadêmicas para o Sistema Judiciário.

No contexto americano, a mediação é bem recebida pelo Governo. Um dos eventos acadêmicos mais importantes para os meios alternativos de resolução de conflitos foi a Conferência Pound, em 1976, em St. Paul, no estado do Minnesota, nos Estados Unidos (MUNIZ, SILVA, 2018). Este evento foi promovido pela Ordem dos Advogados dos Estados Unidos, pela Conferência Jurídica dos Estados Unidos e pela Conferência dos Presidentes de Tribunais, para discutir o tema das insatisfações com o sistema jurídico americano, reunindo importantes nomes do cenário acadêmico daquele país.

O interessante da Conferência Pound é ter sido um evento colaborativo entre a academia e os representantes do Sistema de Justiça, para pensar em como lidar com a crise de administração de Justiça. O nome da conferência foi escolhido em homenagem a *Roscoe Pound*, reitor da Faculdade de Direito de Harvard, que havia proferido em 1906 uma palestra sobre a insatisfação popular com a administração

da justiça daquele país, já antevendo a necessidade de se repensar o sistema para evitar uma futura crise de administração de justiça.

Pode-se dizer que a *Pound Conference* reuniu um número expressivo das principais produções acadêmicas a respeito da Mediação neste contexto de reforma do judiciário, muitas das quais são utilizadas até os dias de hoje, inclusive no contexto brasileiro.

Foi na *Pound Conference* que Frank Sander, professor emérito da Faculdade de Direito de Harvard, apresentou pela primeira vez a palestra *Varieties of dispute processing* (Variedades do processamento de conflitos), na qual idealiza um sistema multifacetado de resolução de conflitos. Nasce, então, a Teoria do Sistema Multiportas^[4], embora neste momento, não tenha sido este o primeiro nome atribuído pelo autor para a nova teoria (SANDER, CRESPO, 2012, p. 32).

Basicamente, o que se propõe na teoria multiportas é que há uma diversidade de conflitos, com características diferentes, para os quais nem sempre a sentença é o meio mais adequado (LORENCINI, 2012, p.58). Para essa diversidade ser mais bem atendida, é necessário que o cidadão tenha a sua disposição um leque de opções de sistemas solucionadores de demanda. Cada um desses métodos é uma porta.

O sistema multiportas não propõe a supressão total do Estado e do processo, mas a convivência concomitante deste com outros meios, sendo que este sistema se desenhará conforme as tradições sócio-jurídico-culturais de cada sociedade.

A organização do sistema multiportas implica em decidir em quais proporções o sistema de resolução de conflitos será dividido entre Estado e particular. O Estado pode manter para si o monopólio do poder de resolver conflitos, se tornando a porta de entrada através da qual irá distribuir os litigantes para os diversos serviços existentes, podendo até mesmo remeter às partes para um procedimento feito por entidades privadas, atuando em parceria.

[4] O nome originalmente atribuído ao sistema era “centro abrangente de justiça” (SANDER, CRESPO, 2012, p. 32), mas, o nome que se dá atualmente deve-se à “uma das revistas da ABA [American Bar Association — Ordem dos Advogados dos Estados Unidos] publicou um artigo sobre essa conversa. Na capa da revista, uma grande quantidade de portas, representando o que chamaram de Tribunal Multiportas.” O nome acadêmico original então foi substituído pelo conceito de mais fácil assimilação.

Ou ainda, o Estado pode ser uma das portas, à escolha do cidadão, dentre tantas, concorrendo assim com a iniciativa privada, na distribuição do serviço de pacificação social. A parte litigante exerce seu direito de escolha pela via do Estado-Judiciário, o fazendo quando exerce o seu direito de Ação. Ou, deixando de exercê-lo, pode optar por solucionar seus conflitos através de um serviço oferecido por um particular, como uma câmara de mediação.

Quando o Estado se coloca como via de acesso ao sistema multiportas, exerce a função de criador, detentor e organizador dos serviços alternativos. Estes serviços também não necessariamente serão oferecidos pela via do processo judicial, podendo acontecer de maneira paralela à via jurisdicional. Pode ainda oferecê-los de maneira obrigatória ou facultativa, na medida em que impõe ao jurisdicionado que se submeta a este ou aquele método, ou não.

Porém, mesmo quando o Estado não atuar organizando ele mesmo o serviço, cedendo espaço à iniciativa privada, pode continuar presente na medida em que fiscaliza as práticas, regulamentando-as e coibindo os excessos e os abusos de direito.

A teoria do Sistema Multiportas é uma verdadeira cartilha a ser seguida para a institucionalização da mediação no Sistema de Justiça. Seguindo à risca essa cartilha, e fortemente inspirados pelas discussões norte-americanas, o Poder Judiciário brasileiro assumiu como política pública declarada a missão de institucionalizar a mediação dentro do sistema de justiça estatal, como parte de um programa de reforma do processo visando resolver a crise de justiça que se formou.

A institucionalização começa com a Resolução 125/2010, (Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse), que cria a estrutura administrativa necessária para que os atendimentos aconteçam (organiza os espaços físicos de atendimento, cria os órgãos de treinamento, prevê as diretrizes para treinamento de pessoal, entre outras providências). Além disso, há a previsão de convênios entre o Judiciário e as câmaras privadas de mediação para a prestação de serviço de mediação e conciliação, antes do prosseguimento do processo.

Em 2015 é promulgada a chamada “Lei da mediação”, a Lei 13.140/15, que sistematiza o procedimento de mediação dentro do Poder Judiciário, estabelecendo os aspectos

princípios, as diretrizes procedimentais, estabelecendo o que é e o que não é aceito como prática de mediação. Em seguida, entra em vigência o novo Código de Processo Civil, com artigos que dispõem sobre como a mediação se insere dentro do procedimento civil, inclusive com previsão de obrigatoriedade do comparecimento das partes em audiência de conciliação, sob pena de penalização destas.

E é nestes dispositivos e na conversão do método em política pública, que ocorrem os primeiros equívocos. Claramente, há uma aposta evidente e expressiva do Poder Judiciário brasileiro na mediação como solução da crise judiciária, mas de uma maneira tal que acaba por se fazer excessiva e forçada, de forma que, no afã de criar dispositivos que sejam pedagógicos aos litigantes, acabe criando um instituto que desnatura justamente aquilo que a mediação apresenta de vantagem como método.

CONCLUSÃO

Concebida abstratamente, a mediação como método é alardeada como vantajosa à sentença primeiro por que é mais próxima de um exercício de cidadania, já que convida as partes a participarem ativamente do processo de construção da solução do litígio; segundo, por que a voluntariedade da participação diminui o inconformismo e a resistência forçada ao cumprimento da solução, e isso afastaria o problema da inefetividade da via executiva; terceiro, por que permite uma decisão jusnaturalista que contemple a complexidade dos arranjos sociais e familiares, pensando em uma solução para o conflito que contemple o verdadeiro motivo da deflagração deste conflito (PONZILACQUA; BIANCHINI, 2018).

Neste ponto, pelas escolhas do legislador ao traduzir o método em política pública, o instituto deixa de ser interessante e passa a ser contraproducente. Em vez de ser uma reforma que dê acesso à efetividade do processo, que reduza os custos, que flexibilize a necessidade de representação, que abrevie o trâmite processual, faz justamente o contrário.

A primeira das críticas que se pode fazer é sobre o engessamento da discricionariedade do juiz de escolher quais conflitos sob sua administração tem

o contorno adequado para ser tratado pela mediação. Mesmo a entusiasmada doutrina pátria adverte que a mediação é um método vantajoso, mas não se presta a todos os conflitos (GRINOVER, 2008). Se o sistema foi pensado para ser um antídoto à universalidade sentença como tratamento para todas as lides, obrigar todas as partes a se submeter à mediação, e ainda por cima, mesmo quando uma delas se manifestou pela não realização de audiência, parece ser um contrassenso por tentar impor a mesma universalidade em sentido inverso. Afinal, tão prejudicial quanto um juiz que trabalha em um regime de linha de produção de sentenças, é um processo que se oriente para produzir acordos em regime de linha de produção, sem considerar a natureza do conflito, os contornos da lide, as alegações das partes, a preparação e adequação dos mediadores ou dos ambientes de mediação, dos métodos adequados de composição.

O novo Código de Processo Civil entrou em vigor determinando a obrigatoriedade da realização da audiência preliminar de tentativa de conciliação sem que a estrutura disponibilizada para estas audiências fosse suficiente para atender a demanda. O tempo de espera pela audiência que não resulta em acordo, torna o processo ainda mais demorado do que se esta fosse dispensada.

Há uma desconsideração das diferenças de realidade econômica e social entre as partes, realidade esta que é muitas vezes ignorada no afã de realizar tantos acordos quanto possíveis. A parte que se vê colocada diante da escolha de sucatear o seu direito sob pena de perdê-lo na espera por um provimento efetivo, de perdê-lo para uma via executiva que não consegue entregar o bem da vida, não está tendo acesso à Justiça. O mesmo acontece com a audiência de mediação que é realizada com uma das partes acompanhada por advogado, e a outra desacompanhada, sendo que este desequilíbrio é suprido por uma mera declaração padrão de que a parte está confortável para fazer acordo, previamente inserida no modelo de ata de audiência.

Diante destas pontuações, é evidente que o entusiasmo da doutrina pela mediação como método não deva ser tal que esta seja vista como a panaceia de todos os problemas judiciais. É preciso serenidade e cautela ao se desenhar um programa de reforma judicial utilizando-se a mediação, para que sejam respeitados os

contornos deste método, sob pena de se conceber uma justiça pública que realize justamente o oposto daquilo a que se propõe.

Não se pretende aqui, desestimular plenamente o recurso à mediação como método de composição de conflitos, mas advertir para os riscos de uma assunção acrítica e universalizante, sem as medidas necessárias de adequação e organização que podem torná-la efetiva e eficaz em casos para as quais é recomendada ou cabível, exclusivamente.

REFERÊNCIAS

- BIANCHINI, Aline Lemos Reis. PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira. A Mediação e a Função De Pacificar Diante da Proposta de Uma Cultura De Paz. In: **IX Congresso Internacional da ABraSD (Sociologia do Direito)**, 2018, São Paulo. Anais do IX Congresso da ABraSD: trabalhos completos. Sociedades Pós-Constitucionais: a sociologia do direito após 30 anos de constituição cidadã (Homenagem a José Eduardo Faria). São Paulo, 2018. v. 1. p. 737-747
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant, 1988. **Acesso à Justiça**. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Gera do Processo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 71-76, 2008.
- LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. **Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada**. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo da. (Coord.). **Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em**

Direito. São Paulo: Editora MÉTODO, 2012.

SANDER, Frank. CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas
*In: **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil.*** ALMEIDA, Rafael Alves de (Org.), ALMEIDA, Tania (Org.). CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.
Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2019.

MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. O Modelo de Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, vol. esp., p. 288-311, dez. 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice**: O Social e o político na pós-Modernidade. 14. Ed. São Paulo: Cortez, 2013.

ÁGUAS TURBULENTAS: A ATUAÇÃO DO GAEMA, DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO, NAS BACIAS PCJ E DO PARDO

Leonardo Mattoso Sacilotto^[1]

Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua^[2]

INTRODUÇÃO

A questão das águas é uma das principais problemáticas socioambientais da contemporaneidade. Impõe-se o desafio de equalizar as demandas pelo desenvolvimento socioeconômico sem descuidar da destinação prioritária das águas para o abastecimento das populações, juntamente à conservação dos corpos hídricos e florestas, considerados os nexos ecossistêmicos. As crises hídricas vêm ocorrendo com maior frequência no país e é caso paradigmático a crise enfrentada recentemente no Estado de São Paulo. O horizonte impreciso das mudanças

[1] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: leomattoso@gmail.com.

[2] Livre-docente em Sociologia do Direito pela FDRP-USP. Professor do Departamento de Filosofia do Direito e Disciplinas Básicas da FDRP-USP. Correio eletrônico: marciorique@usp.br.

climáticas insere mais um complicador na conjuntura. Nesse contexto, o direito é e tende a ser cada vez mais utilizado como efetivo instrumento de intervenção nas políticas públicas ambientais, no âmbito das disputas no interior do campo jurídico. À vista disso, o estudo dos agentes implicados no campo, a manejar o direito e seus instrumentos, é de suma importância para melhor divisar o incerto porvir da crise ambiental.

Analisa-se aqui a atuação do Grupo de Atuação Especial de Defesa do Meio Ambiente (GAEMA), do Ministério Público de São Paulo, como agente inscrito no campo jurídico e atuante na temática socioambiental, especificamente em relação aos conflitos e problemas relacionados à questão das águas e outras correlatas. Faz-se uma análise comparativa de três núcleos do Grupo em duas diferentes bacias hidrográficas paulistas: na bacia do Pardo, onde a principal problemática reside na proteção e conservação do Aquífero Guarani, e nas bacias hidrográficas dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (bacias PCJ), em que a intensa urbanização e concentração populacional ensejam desafios para o abastecimento populacional e a conservação das águas superficiais.

O método escolhido para o desenvolvimento das pesquisas foi o da Sociologia Ambiental do Direito (SAD), que articula o olhar sociológico e o olhar ambiental para o melhor desvendamento do fenômeno jurídico no campo ambiental. Como procedimentos metodológicos, destacam-se a pesquisa documental nos autos de inquéritos civis e ações civis públicas e entrevistas com membros dos Comitês PCJ. O texto é estruturado em duas partes principais. Na primeira parte, teórica, inicialmente se explicita o método da SAD; em seguida, discute-se a perspectiva do trabalho, abordando a conflituosidade inerente às questões ambientais e ao próprio campo jurídico. Na segunda parte, são apresentados os resultados das pesquisas empíricas realizadas e faz-se um cotejamento da atuação dos núcleos do GAEMA pesquisados no âmbito do direito das águas.

1 SOCIOLOGIA AMBIENTAL DO DIREITO

O método de análise da atuação incisiva do Ministério Público escolhido é baseado na Sociologia Ambiental do Direito. A SAD integra as bases teóricas da Sociologia

do Direito, notadamente numa perspectiva crítica e reflexiva, e os elementos técnicos e doutrinários do Direito Ambiental, segundo os princípios da teoria da complexidade, razão pela qual os desafios socioambientais são percebidos como complexos, multifacetados e imbricados.

A aplicação da SAD no âmbito das pesquisas socioambientais, envolvendo o tripé direito-meio ambiente-sociedade, fomenta o aprofundamento de dados, a conjugar pesquisas aplicadas e empíricas e os avanços de pensamento e da reflexão havidos nas ciências sociais. A SAD concebe a ciência do direito em sua complexidade heterorreflexiva. Sua inovação consiste no reconhecimento do vínculo inextrincável da ciência jurídica com os desafios de cunho social e ambiental, a serem considerados em sua tríplice dimensão: dialógica, holonômica e recursiva, conforme a proposta da teoria e método da complexidade (PONZILACQUA, 2015, p. 41). A responsividade humana nas questões afetas à natureza é elemento essencial da análise e é consequência do desenvolvimento do movimento de compreensão socioambiental, para o qual os elementos de caráter antrópico e ecossistêmicos só podem ser equacionados de modo integrado e jamais particularizados, sob pena de análises irreais e infecundas.

Os direitos socioambientais e a vulnerabilidade constituem os enfoques preferenciais da SAD. Esses enfoques conjugam as técnicas e doutrinas do direito ambiental com as grandes demandas sociais e comunitárias. Propõem-se a compreender as “vulnerabilidades sociais e/ou disputas de apropriação do capital natural pelos grupos sociais humanos” na esfera sociojurídica (PONZILACQUA, 2015, p. 38).

A atenção pela conflituosidade inerente às disputas socioambientais é elemento caracterizador da perspectiva sociojurídica prevalente na SAD. Com fundamento na teoria de Pierre Bourdieu, a análise das questões socioambientais é tomada no âmbito dos embates em diversos campos. Sobreleva-se o campo jurídico, como espaço estratégico para apropriação dos capitais associados às riquezas naturais. Não se restringe às disputas pelo capital econômico – que é também considerado em sua importância. Mas são relevados igualmente os conflitos de natureza simbólica, cultural e social (BOURDIEU, 2009). Os conflitos de matiz socioambiental são favorecidos e ampliados pela redução e escassez dos recursos naturais. Em torno da apropriação de bens da natureza, as disputas recobrem-se

de valores simbólicos em vista da exploração e apropriação de cada elemento que acabam por assumir contornos de valores econômicos e atribuem estatutos sociais aos seus detentores.

No caso em tela, sob a perspectiva adotada (SAD), e com fundamento no pensamento complexo que a ela subjaz, busca-se a compreensão da atuação do papel do Ministério Público especialmente no campo das disputas socioambientais. A sua importância como agente sociojurídico não é identificada na literatura e na prática da ciência do direito, e fora singularmente ampliada com o advento da Constituição Federal de 1988. Ao celebrarmos trinta anos da publicação da Constituição, certamente muitas das prerrogativas foram consolidadas em termos de prática, mas, igualmente, foram postas à prova e contestadas no âmbito da dialética de poder que se instaura no espectro jurisdicional como reflexo de outros campos aos quais o do direito está estritamente vinculado, com destaque para o campo da política. O campo dos embates por ‘dizer o direito’ é a arena fundamental de atuação do Ministério Público, notadamente naquilo que se entende por dizer o sentido da norma (‘hermenêutica’). Mas jamais é arena neutra. A ordem social e o modo como os seres humanos lidam com as questões atinentes às formas de existências não-humanas são, para o bem e para o mal, perpassadas pelo conjunto normativo do direito. Assim, o Ministério Público, em sua atuação ambiental, é ator eminentemente importante para a construção ou desconstrução de impactos socioambientais de envergadura considerável. Neste sentido, a SAD vem propor análise de profundidade dos termos, elementos e agentes imbricados e fecundar soluções e responsividade.

2 A ATUAÇÃO DO GAEMA-PARDO E DOS GAEMA-PCJ NO ÂMBITO DO DIREITO DAS ÁGUAS

O GAEMA foi instituído no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo pelo Ato Normativo PGJ n. 552/2008, com atuação voltada para a identificação, prevenção e repressão das atividades causadoras de degradação ambiental. Os seus núcleos foram organizados conforme as bacias hidrográficas paulistas

(no Estado, denominadas Unidade Hidrográfica de Gerenciamento de Recursos Hídricos – UGRHI).

O GAEMA substituiu uma primeira experiência do MP-SP de atuação regionalizada com enfoque no meio ambiente, então relacionada a aspectos executivos da proteção ambiental. Com o referido ato normativo, as promotorias regionais existentes tornaram-se núcleos do GAEMA. Nem toda bacia hidrográfica do Estado possui um GAEMA; onde o grupo não foi implementado constituíram-se Redes de Atuação Protetiva do Meio Ambiente, integradas pelas promotorias de justiça locais.

Anualmente, a Subprocuradoria-Geral de Justiça emite ato normativo dispendo sobre as metas regionais para a atuação do GAEMA, definindo metas específicas de cada núcleo. Em geral, essas metas são definidas com a participação da sociedade civil e de entidades ambientalistas, visando a identificação das principais demandas socioambientais de cada região.

Neste trabalho, analisa-se comparativamente a experiência e a atuação de três núcleos do GAEMA em duas bacias hidrográficas diferentes: o GAEMA-Pardo, na bacia hidrográfica do Pardo, e os núcleos de Campinas e Piracicaba do GAEMA-PCJ, na bacia hidrográfica dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (bacias PCJ).

2.1 GAEMA-PARDO

A existência de Ato Normativo do PGJ (da Subprocuradoria Geral de Justiça), n. 682/11, de 15 de fevereiro de 2011, Portaria n. 17988/11, a dispor sobre as metas gerais e regionais para a atuação do Grupo de Atuação Especial de Defesa do Meio Ambiente e da Rede de Atuação Protetiva do Meio Ambiente (ESTADO DE SÃO PAULO/MPE/SUBPROCURADORIA..., 2011), tornou-se regramento essencial a motivar as ações dos GAEMAs no Estado de São Paulo.

A medida, propulsora das ações focadas do Ministério Público Estadual no contexto socioambiental, implementa diretrizes eficazes em vista de política pública, haja vista que impele os agentes públicos acerca dos procedimentos prioritários a serem realizados pelo MPE. No núcleo de Ribeirão Preto, cujo eixo é justamente a bacia hidrográfica do Rio Pardo, dispõe que se deve focar sete grupos de ações

socioambientais, com relevo para a “proteção da área de afloramento e recarga do Aquífero Guarani” (ESTADO DE SÃO PAULO/MPE/SUBPROCURADORIA..., 2011, grifo nosso).

Realizou-se pesquisa (PONZILACQUA, 2013) detida sobre autos disponíveis no GAEMA, núcleo de Ribeirão Preto, concernente a inquéritos, ações e execuções relativas ao período compreendido entre 2007 a 2011 (ano de discussão da aprovação do Código Florestal), com eixo temático dirigido à proteção do Aquífero Guarani. Constatou-se, no período analisado (2007/2011), ações civis públicas (ACP), inquéritos civis (IC) e ações de execução concernentes à atuação do MPE/GAEMA em Ribeirão Preto, como sede da Região Administrativa, mas também relativas a muitas outras cidades da região: Brodósqui, Cajuru, Cravinhos, Jardinópolis, Mococa, Morro Agudo, Pontal, Santa Rosa, São Simão e Sertãozinho.

Dentre os autos examinados no GAEMA, relativos às ações ambientais da cidade de Ribeirão Preto, muitos estavam relacionados com o aquífero guarani (áreas de recarga ou afloramento). (Ex. Processos n. 1964/2010; 1967/2010; 1871/2010, 1882/2010, 1993/2010). Houve número considerável em que se constatou a convergência num mesmo processo da preservação da cobertura vegetal (notadamente área de preservação permanente – APP – e reserva legal – RL) e das nascentes, olhos d’água e cursos d’água significativos (Ex.: Processos n. 2966/2010; 202/2012/ic 737/08; 2011/2010; 117/2010).

Uma série destes autos diziam respeito também aos rios e cursos importantes da região, tais como a nascente do córrego Palmeira (ACP n. 635/09); do rio Mogi-Guaçu (Processo n. 251/09); o córrego Tanquinho (ACP n. 25/2009); córrego Limeira ou Limeirinha (Processo n. 202/2010; IC n. 737/2008); córrego dos Catetos (IC n. 743/08); córrego Campos (Processo n. 40/2010), além de ações relativas às margens do Ribeirão Preto, do córrego Lagoa dos Patos e do Ribeirão da Onça.

Entre os temas cuidados, destacavam-se: intervenção antrópica, corte de árvores nativas, implantação de pomar irregular, invasão de gramíneas e espécies arbóreas exóticas (Ex. Processos n. 1934/2010; 1896/2010), a inobservância de RL ou APP em área de recarga (Ex. IC n. 33/2010; 117/2010; 1993/2010).

A especulação imobiliária e os empreendimentos em áreas de recarga também foram também objeto da ação do MPE (Ex. Processos n. 1986/2010 e 117/2010; ACP n. 635/2009). São casos em que a área de reposição do aquífero estava exposta a riscos em decorrência da escavação e remoção irregular de solo associado à destruição da cobertura vegetal. Há ainda assoreamento e contaminação da água (Ex. Processo n. 1955/2010). Também há casos em que oficinas e outras estruturas urbanas irregulares acarretam riscos à proteção das águas (Ex. Processo n. 1772/2009).

Na quase totalidade dos casos, há além dos riscos de contaminação, assoreamento a destruição de cobertura vegetal, notadamente as matas ciliares, ou irregularidades tangentes às RL ou APPs.

Na maioria das ações, se pleiteava a regeneração das APP e/ou RL com a interrupção imediata das eventuais obras ameaçadoras, com cominação de penas pecuniárias aos inobservantes – o que resulta não poucas vezes em ações de execução (Processo n. 1536/2009). Algumas das ações executivas resultam do descumprimento de termos de ajustamento de conduta (TAC) celebrados com o Ministério Público com os proprietários infringentes da norma protetiva, em geral de grandes domínios privados.

Muitos dos problemas atinentes aos recursos hídricos em Ribeirão Preto e região e a contaminação ou assoreamento dos cursos d'água, estavam acompanhados de outras infrações ambientais, tais como a queima de palha de cana, que acaba por contaminar o ar e as águas da região (Ex.: IC n. 44/2007; além do Processo n. 11/2006, relativo a usinas de cana-de-açúcar da região).

A pesquisa permitiu a constatação de inúmeras ações ambientais significativas. Muitas diretamente vinculadas à proteção dos corpos d'água as ações destinadas à Proteção e Recarga do Aquífero Guarani. Assim, os autos analisados, no que respeita à proteção hídrica do Aquífero Guarani, podem ser classificadas em três eixos: 1º preservação espacial e territorial: aquelas relativas à proteção de espaços territoriais especialmente protegidos e seus atributos naturais – APP e RL – notadamente onde há cursos d'água e nascentes, que comportam ainda a existência de áreas caracterizadas como zonas de afloração do Aquífero; 2º saneamento

e licenciamento ambiental: aquelas concernentes à medidas necessárias para Saneamento Ambiental, particularmente no que respeita aos detritos e esgoto que comprometem a qualidade da água e a necessidade EIA/RIMA para as licenças ambientais de obras e projetos, especialmente naqueles onde há a proteção de curso d'água e nascentes; 3º e, finalmente, ações indiretas, de vários matizes: cujo conteúdo não está diretamente vinculado ao Aquífero, mas que acabam tendo repercussão no âmbito hídrico, haja vista os vínculos ambientais, como é o caso da coleta seletiva, da proteção das Unidades de Conservação de Proteção Integral e dos Complexos Vegetacionais de Especial Proteção, das APP e RL. Repercutem incisivamente sobre as Políticas de Recursos Hídricos e de Proteção de Corpos d'Água, em razão de diversos fatores, dentre os quais se pode destacar: a intrínseca conexão vital entre cobertura vegetal, clima e recarga/manutenção de nascentes; a proteção contra deslizamentos e desabamentos de terra, com conseqüente assoreamento de nascentes, córregos e rios; regulação da produção e destino de resíduos sólidos, que não raras vezes redundam em poluição da água.

As ações e metas decorrentes do Ato Normativo (682/11), convergiram para uma política socioambiental adequada. Mas subsistia a dúvida: tratava-se de mais um elemento normativo a superabundar o nosso repertório positivo de disposições protetivas avançadas?

Neste sentido, a resposta, depois de detida pesquisa havida nos meses de janeiro a abril de 2012, no GAEMA/MPE do núcleo de Ribeirão, demonstrou resultados promissores e demonstrava que, àquele tempo, havia uma direção adequada de ações e programas ensejados pelo MPE.

Cumprir lembrar que, se por um lado, a constatação positiva da existência de inquéritos civis, ações civis públicas e ações de execução no âmbito socioambiental conduzidas pelo GAEMA/MPE, a sua própria existência depõe contra ações depredadoras persistentes na sociedade, orientadas em geral por interesses privados, que implicam em conflitos socioambientais de grande monta, que impelem a atuação do MPE. Em muitas situações, explicitava-se inequivocamente que as intervenções antrópicas concorrem significativamente para a depreciação ambiental. É o caso das culturas agrícolas, da introdução de gramíneas e outras

espécies exóticas. Há ainda o abandono, o depósito de entulhos e detritos, a operação de construções irregulares, entre muitos exemplos.

À época, o Ministério Público Estadual em Ribeirão Preto (SP) lançou diretrizes para balizar as ações públicas e privadas concernentes a expansão urbana e a exploração agrícola das áreas localizadas na zona de recarga do Aquífero Guarani, acompanhada de parecer e informação técnica. No documento, os pontos referidos, inclusive no tocante à contaminação do Aquífero por agrotóxicos, são explanados e detalhados, mostrando a importância e a urgência de interdição das ações humanas que produzem malefícios à qualidade das águas e, conseqüentemente, à saúde da população que delas se beneficiam no presente ou no futuro.

Mas há outros elementos que demandam análise mais detalhada, que não cabe aqui explanação, haja vista tangenciarem nosso objeto, mas que precisam ser aludidas em vista da relação íntima com ele. Com exceção do atual texto do Código Florestal, Lei Federal n. 12651/12, que reflete um legislativo nacional muito conservador e pouco aberto às demandas sociais, o poder legislativo, sobretudo no âmbito federal, tem, ao longo de algumas décadas, lançado mão de expedientes normativos relevantes em matéria ambiental (PONZILACQUA; HENRIQUES, 2013). O fenômeno das décadas anteriores, reputa-se principalmente à ação organizada dos grupos e movimentos ambientais, num contexto internacional de ampla reflexão e talvez de emergência de novas condutas coletivas (SANTILLI, 2005; PORTO-GONÇALVES, 2006).

Os elementos suscitados na pesquisa de Ribeirão Preto dizem respeito especialmente às ações do MPE antes da publicação do Código Florestal em vigor. Havia expectativa de ampliação significativa da ação protetiva das APP, RL, matas ciliares. O MPE estava imbuído deste estímulo. O quadro atual, todavia, impele à reflexão. Há indícios alarmantes de que a proteção não só diminuiu, como também há riscos de degradação em escala global. É emblemática neste sentido o decreto 9.142/17, do Presidente Michel Temer, depois revogado, que visava a extinção de importante reserva ambiental. Pelo Decreto 9.142, publicado no Diário Oficial da União, do dia 22 de agosto de 2017, o executivo nacional extinguiu a Reserva Nacional de Cobre e seus associados, constituída pelo Decreto 89.404, de 24 de fevereiro de 1984, localizada nos Estados do Pará e do Amapá.

Na Reserva estavam compreendidas nove áreas de relevância ambiental, entre elas o Tumucumaque, considerada o maior parque de florestas tropicais do mundo. Não tardou mobilização relevante, que veio de toda parte, desde ONGs ambientais nacionais e internacionais, comunidades indígenas, grupos religiosos, partidos políticos de oposição, e outras organizações sociais, que levaram a sua revogação. Parte considerável da comunidade jurídica se insurgiu contra o decreto, cujas reprovações se deram nos seguintes e principais aspectos: 1) a matéria é de competência do Congresso Nacional, o que implica usurpação; 2) a exigência de consulta pública prévia, em razão das implicações às comunidades de povos indígenas; 3) a extinção da reserva haveria de incidir significativa sobre a matéria de direitos humanos – em sua dimensão de direito difuso das presentes e futuras gerações em gozar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado) o que é vedado pelo texto constitucional. Mas há aspectos mal resolvidos, suscitados pelo conjunto de advogados, como a relativa à abolição criminis daqueles que cometeram crimes ambientais na região. A existência de um hiato entre a publicação do decreto e a sua extinção pode dar azo à interpretação de que a pretensão punitiva estatal tenha sido abolida em vista da retroatividade de norma penal mais benéfica e da existência de normas penais em branco, mas cuja hermenêutica, se adotada, será perniciosa à seara da tutela ambiental (CAMPOS, 2017).

Assim, o que se pode vislumbrar é futuro menos auspicioso nesta matéria, o que compele a maior organização e engajamento reflexivo da sociedade civil organizada.

2.2 GAEMA-PCJ

Analisou-se os autos de onze inquéritos civis e uma ação civil pública instaurados individualmente ou em conjunto pelos núcleos do GAEMA-PCJ, atinentes à questão das águas nas bacias PCJ, no período entre 2012 e 2017 (SACILOTTO, 2017).

A maior parte dos autos analisados trata sobre aspectos diretamente relacionados à gestão das águas, como os impactos da captação de águas subterrâneas, a adequação das metas relativas ao enquadramento dos corpos hídricos no planejamento das bacias, a apuração da legalidade e regularidade do licenciamento de obras para a construção das barragens de Pedreira e Duas Pontes, a qualidade das águas tratadas na área de atuação do núcleo piracicabano, além de dois

outros inquéritos versando sobre poluição em dois cursos hídricos da região: o Rio Capivari e o Ribeirão Pinheiros.

Sobre o inquérito civil a respeito da poluição do Rio Capivari, é relevante acentuar a partir dele características que expressam métodos de atuação do GAEMA, exemplificando o caráter inovador dessa atuação. No andamento do inquérito civil, procura-se ativamente promover uma articulação entre os atores envolvidos, através de reuniões marcadas com os diferentes interessados, na busca de soluções negociadas para os problemas identificados. A atuação também pode criar e estabelecer prioridades de ação, ao mesmo tempo em que tenta propiciar os meios para realizá-las.

Outro inquérito civil visa apurar a sub-representação da sociedade civil e dos usuários de água frente ao Poder Público estadual e municipal no Comitê de Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (CBH-PCJ – o comitê paulista^[3]). O CBH-PCJ foi criado em conformidade com a lei estadual paulista de gestão das águas (Lei n. 7.633/1991-SP); a composição de seu plenário não respeita a divisão definida na Lei Federal de Águas (Lei n. 9.433/1997), que limita à metade do total de membros a representação do Poder Público nas três esferas: federal, estadual e municipal. O GAEMA sustenta que, por fazer parte do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, o CBH-PCJ também deve adequar-se às normas federais.

No período analisado, a atuação mais destacada foi a motivada pela crise hídrica havida no Estado de São Paulo entre 2014 e 2016. As bacias PCJ foram severamente atingidas pela estiagem, especialmente a Região Metropolitana de Campinas (RMC), em decorrência não só da proximidade geográfica com a Região Metropolitana

[3] Em razão da dominialidade das águas na região das bacias PCJ, com cursos hídricos que percorrem os Estados de Minas Gerais e São Paulo, foram instituídos três diferentes comitês de bacia, que se articulam e deliberam conjuntamente sobre questões de interesse regional. O Comitê das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (CBH-PCJ), o comitê estadual paulista, foi o primeiro a ser instalado, em 1993, nos moldes da Lei Estadual n. 7.663/1991-SP; o Comitê Federal das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (PCJ Federal) foi criado em 2002, com base na Lei Federal n. 9.433/1997; o Comitê das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba e Jaguari (CBH-PJ), o comitê estadual mineiro, foi criado em 2007, no âmbito da Lei Estadual n. 13.199/1999-MG. A articulação entre os três comitês denomina-se “Comitês PCJ”

de São Paulo (RMSP), outra região fortemente atingida, mas também da ligação hídrica entre as bacias das duas regiões, proporcionada pelo Sistema Cantareira. A crise engendrou condições para uma atuação mais significativa do Grupo e representou uma oportunidade para legitimar a atuação perante os Comitês PCJ e perante a sociedade. Foram dois inquéritos civis emanados da conjuntura do Sistema Cantareira e da crise hídrica. O primeiro motivou-se pela necessidade de acompanhar os debates e as propostas de renovação de outorga do Sistema Cantareira (processo esse que também se imbricou com a problemática da crise e prolongou-se além do originalmente planejado), para que as bacias PCJ pudessem ter para si garantidas um aumento da vazão. O segundo inquérito defluiu do primeiro: constatou-se a necessidade de apurar a qualidade das águas no Sistema Cantareira, especialmente a vazão liberada para as bacias PCJ e sobretudo em períodos de escassez hídrica.

A atuação mais expressiva do período foi, no entanto, uma ação civil pública proposta por ambos os núcleos do GAEMA-PCJ, em conjunto com o Ministério Público Federal, em face da Agência Nacional de Águas (ANA), do Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE) e da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP). Entre os principais pedidos, a ação objetivava a revisão dos critérios de retirada de água do Sistema Cantareira, alterando a divisão entre água transferida para a RMSP e a liberada para a jusante da bacia do Rio Piracicaba, além da proibição da captação total da segunda cota de volume morto.

Para além das repercussões e discussões jurídicas a respeito, que extrapolam o objeto desta abordagem, é importante atentar para uma “postura combativa” do Grupo em prol dos interesses das bacias PCJ – muito bem vista por membros dos Comitês PCJ, conforme revelaram nossas entrevistas. Principalmente no período de crise hídrica, em que algumas das atribuições dos Comitês foram suplantadas por uma centralização por parte do governo estadual, personificado no DAEE e na SABESP. Com efeito, havia um arranjo compartilhado de gestão do Sistema Cantareira, cujas regras tinham sido acordadas no momento da renovação anterior de outorga, em 2004, que foi interrompido durante a crise hídrica. Os Comitês PCJ não têm a mesma autonomia e independência (já que muitos de seus membros também fazem parte de órgãos do Estado) do GAEMA, e tampouco têm da força

do direito, materializada nos instrumentos jurídicos à disposição dos promotores de justiça.

2.3 ASPECTOS COMUNS E PARTICULARIDADES.

As particularidades em cada caso de atuação estão relacionadas às especificidades regionais. Naturalmente, problemas socioambientais relacionados às águas subterrâneas, especialmente relativos ao Aquífero Guarani, recebem maior atenção na bacia do Pardo, uma vez que o Aquífero é o principal manancial da região, sob constante risco de contaminação. Nas bacias PCJ, predominam ações sobre as águas superficiais para a garantia da segurança hídrica, representada no binômio qualidade-quantidade de água. De maneira geral, cada região tem uma própria complexidade e desafios específicos que propõem e induzem a um campo de atuação. Nesse sentido, é louvável a iniciativa de discriminação de metas regionais para cada núcleo do GAEMA e é sobretudo meritória que essas metas sejam definidas com a ausculta e participação da sociedade civil, efetivamente promovendo uma aproximação entre a sociedade e esses agentes institucionais investidos no campo jurídico.

Entretanto, é possível identificar aspectos comuns entre ambos os casos de estudo que caracterizam a atuação mais geral do grupo.

Inicialmente, importa reiterar a dimensão regionalizada da referida atuação, mas atentando-se também para além do aspecto geográfico mais tangível. Sendo o Ministério Público uma das instituições mais atuantes na defesa do meio ambiente, o agir regionalizado do GAEMA se distingue da atuação das promotorias locais. Estas, embora também possam abordar globalmente os problemas e conflitos socioambientais, normalmente não o fazem em decorrência de sua própria estruturação e dinâmica de trabalho. Por outro lado, a constituição do GAEMA, afastando os promotores de justiça das atribuições mais localizadas, enseja a eles uma maior oportunidade de especialização em outros aspectos que afetam o trabalho, como, por exemplo, o envolvimento na dinâmica dos comitês de bacia, a abordagem multidisciplinar que alia informações técnicas de diferentes áreas do saber e a orientação por meio dos planos de bacia e do planejamento regional. Desse modo, a regionalização, além do aspecto territorial, projeta uma menos

visível, mas igualmente relevante, nova temporalidade: prospectiva, que lança o olhar sobre o futuro, em vistas do pactuado regionalmente e da integração das diferentes políticas públicas.

Há outra característica importante dessa dimensão geográfica-temporal da regionalização: o possível enfoque sobre as políticas públicas, ao lado da atuação sobre conflitos socioambientais específicos e localizados. Com efeito, o GAEMA com frequência dirige esforços para resolução ou mitigação de problemas engendrados nas lacunas e na omissão da ação do Estado, na ineficácia ou ineficiência das políticas públicas quando implementadas. Como se vê nos inquéritos acima destacados, grande parte da atuação segue a regularidade ou normalização das políticas ambientais.

Atuar sobre as políticas públicas, seja em favor de sua continuidade, seja quando a omissão da ação política se torna um problema ou agrava o problema identificado, concerne (e assim se legitima) com a proteção e efetivação dos direitos socioambientais, previstos na Constituição Federal, em legislação infraconstitucional ou em documentos internacionais, como é o caso do direito humano à água e ao saneamento, reconhecido pela Resolução n. 64/292, de 2010, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). Desse modo, o Grupo atua sobre problemas que decorrem da má realização das políticas públicas ou ainda de sua omissão. No primeiro caso, no âmbito do direito das águas, garantem a perenidade dos objetivos das políticas de água, e.g., a conservação da disponibilidade hídrica, em boas condições de qualidade e quantidade, para as presentes e futuras gerações. No segundo caso, a atuação também se justifica e legitima com base nos direitos socioambientais previstos e não garantidos, não efetivados.

CONCLUSÃO

Os casos de estudo analisados mostram uma inovadora forma de atuação sociojurídica, emergida no âmbito das instituições, não avessa às contribuições externas, que busca a articulação e a resolução extrajudicial dos problemas, a integração entre diferentes políticas públicas ambientais e que, de caráter coletivo, se funda na defesa de interesses transindividuais. Enquanto agentes em disputa

no campo jurídico e nas temáticas socioambientais relativas às águas nas duas bacias investigadas, a atuação do GAEMA restou bastante destacada e não deve ser ignorada por futuros pesquisadores.

Considerando o papel reprodutor da ordem social, reservado ao direito pela análise bourdieuniana, que ocorre sobretudo em períodos de equilíbrio em que a coesão dos *habitus* é realçada, é muito relevante que emergja no interior do campo jurídico, entre as instituições e agentes institucionais, um grupo que se utilize dos privilegiados instrumentos jurídicos à disposição do Ministério Público para a proteção do meio ambiente e dos direitos socioambientais a partir de uma abordagem inovadora.

A fim de encontrar subsídios para formular políticas públicas adequadas e de eficácia da legislação socioambiental vigente, é preciso partir de uma análise dos mecanismos sociojurídicos e administrativos específicos, investigando seus efeitos e problemas práticos. Em outras palavras, é mister a análise de casos específicos (micro-universos sociojurídicos) para que se possa começar a respondê-las, pois as respostas globais até hoje dadas geralmente partem de pressupostos mais intuitivos do que evidências científicas.

É neste contexto que se insere a presente análise: a busca de elementos fáticos e dados relevantes que possam permitir aferir a solidez das políticas públicas socioambientais em curso na região norte de São Paulo, com epicentro as bacias do Pardo e PCJ, e seus efeitos sobre as populações locais, notadamente as de maior vulnerabilidade social, que são as que mais proximamente sentem os impactos da destruição ambiental por fazer uso imediato dos recursos naturais, que repercutem, inclusive, como elementos de deterioração humana.

Por todo o exposto, ratifica-se que as ações destrutivas são, em geral, conjuminadas a outras, em razão de uma causa comum: o modelo depredatório da civilização verificado na periferia do mundo, e com incidência significativa no Brasil.

Em termos sociológicos, concernentes aos avanços sociais, é insuficiente que tenhamos um quadro teórico-legislativo ambiental significativo. Implica antes, medidas profiláticas, consensos axiológicos e dialogia política num espaço efetivamente democrático, a fim de estabelecerem efetivas garantias de

cumprimento. Portanto, vale mais aqui a profilaxia, com políticas socioambientais adequadas, associada à transformação substancial da racionalidade e dos valores, quando a vida e os vínculos existenciais comparecem como elementos axiais com primazia sobre as pressões mercadológica e de consumo.

Igualmente, é sobretudo relevante o monitoramento constante das ações governamentais pela sociedade civil organizada, em torno da previsão constitucional e legal. Papel ímpar possuem neste cenário as redes solidárias emancipatórias, sem as quais as ações dos poderes públicos constituídos tendem a se confundirem num emaranhado de interesses individuais e dos grupos de poder tradicionais e refratários às mudanças socioambientais.

As mudanças no chamado Código Florestal, havidas em 2012, e as discussões para sua elaboração, foram na contramão desses avanços consideráveis havidos no âmbito da legislação infraconstitucional no Brasil, especialmente alicerçado na composição representativa atual da Câmara Federal e no “cochilo” dos movimentos sociais no penúltimo pleito legislativo federal. Certamente, isto traduz uma estratégia mais ampla de dissolução das forças sociais organizadas impetradas em nível mundial desde o reforço das ideologias liberais no fim do século passado – cuja contestação, todavia, toma corpo em escala global em razão da crise financeira mundial sobretudo no final da primeira década do século XXI e no início desta segunda década.

Essas mudanças impactaram incisivamente as ações do Ministério Público, que vinha avançando significativamente no âmbito da proteção e preservação dos corpos hídricos – ao menos no que revelam as pesquisas realizadas nas bacias do Pardo e PCJ. Consolidava-se gradativamente nova ordem e percepção jurídica no Brasil. Ainda que não as tenha intimidado completamente, a redução ou aglutinação de áreas de preservação, notadamente no que diz respeito às APPs e Reservas Legais, fragilizaram as ações e inquéritos em curso.

Sem medidas garantidoras específicas, concretas no mundo da vida, a legislação, por si só, é impotente para contrapor-se à destruição da natureza (devastação, poluição, desmatamento). Mecanismos legais a propiciarem políticas públicas adequadas tornam-se cogentes, ao lado de medidas administrativas efetivas.

Mesmo assim, Estados e municípios têm usado mal a sua faculdade propositiva no âmbito legislativo. Embora não lhes caiba a competência legislativa principal, podem legislar em matéria residual ou complementar. Nas lacunas encontradas no complexo legislativo federal (constituição mais legislação infraconstitucional), Estados e Municípios podem ter ação propositiva eficaz.

REFERÊNCIAS

- BESSA ANTUNES, Paulo de. **Comentários ao Novo Código Florestal**. São Paulo: Atlas, 2013.
- BESSA ANTUNES, Paulo de. **Manual de Direito Ambiental**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CAMPOS, Wilson Knoner. **A abolitio criminis na revogação do Decreto 9.142/17**. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-11/wilson-knoner-abolitio-criminis-regovacao-decreto-914217>. Acesso em: 14 set. 2017.
- HIRATA, Ricardo. et al. O Sistema Aquífero Guarani e a crise hídrica nas regiões de Campinas e São Paulo (SP). **Revista USP**, São Paulo, n. 106, p. 59-70, set. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/110025/108625>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. **Complexidade ambiental, intersubjetividade e direito**: análise socio-jurídica da governança das águas na região de Ribeirão Preto (SP). Ribeirão Preto-SP, 2013. 209 f. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo.
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. **Sociologia Ambiental do Direito**: análise sociojurídica, complexidade ambiental e intersubjetividade. Petrópolis: Vozes, 2015.
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira; HENRIQUES, Hugo Rezende. A Sociologia do Campo Jurídico de Pierre Bourdieu e a produção legislativa como campo de disputa simbólica de poder. In: **Crisis y Emergência Sociales en América Latina**:

Ata Científica XXIX Congresso Latinoamericano de Sociología, 2013. v.01.

POMPEU, Cid. Tomanik Aquífero Guarani: aspectos legais e institucionais de gestão. **Revista dos Tribunais (RT)**, n. 881, março de 2009.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **Globalização da natureza e a natureza da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

SACILOTTO, Leonardo Mattoso. **Direito e políticas públicas na gestão das águas**: análise sociojurídica das bacias hidrográficas dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá. Ribeirão Preto-SP, 2017. 222 f. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SÃO PAULO (Estado). Ministério Público Estadual (MPE) – Subprocuradoria Geral da Justiça Jurídica. **Ato normativo n. 682/2011-PGJ**, de 15 de fevereiro de 2011. (Pt. N. 17.988/2011). Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/rede_gaema/ATO-PGJ-624-10%20%28Metas%20Gaema%202010%29.doc. Acesso em: 10 mai. 2012.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria do Meio Ambiente. Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Ciência e Tecnologia. Sistema Aquífero Guarani – Subsídios ao Plano de Desenvolvimento e Proteção Ambiental da área de afloramento do Sistema Aquífero Guarani no Estado de São Paulo. **Cadernos do Projeto Ambiental Estratégico Aquíferos**, n. 5, São Paulo, 2011. Disponível em: http://arquivos.ambiente.sp.gov.br/cpla/2013/03/PDPA_Sistema_Aquifero_Guarani_SMA_2011.pdf. Acesso em: 14 ago. 2017.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. O disciplinamento da proteção das áreas de afloramento do Aquífero Guarani no Plano Diretor do Município de Araraquara-SP. In: **XVIII Congresso Nacional de Águas subterrâneas**, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/article/viewFile/28340/18443>. Acesso em: 14 ago. 2017.

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O USO DE TECNOLOGIAS ASSISTIVAS PARA A PROMOÇÃO DE UM MEIO AMBIENTE DO TRABALHO INCLUSIVO^[1]

Fernanda Menezes Leite^[2]

Jair Aparecido Cardoso^[3]

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, os instrumentos de tecnologia assistiva têm adquirido suma importância, principalmente, pelo novo paradigma da inclusão social, que defende

[1] Os dados deste capítulo foram retirados de artigo de nossa autoria (LEITE; CARDOSO, 2017).

[2] Mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: fernanda.menezes.leite@usp.br.

[3] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professor no Departamento de Direito Privado e Processo Civil da FDRP-USP. Correio eletrônico: jaircardoso@usp.br.

a participação de pessoas com deficiência nos diversos ambientes da sociedade. Para a maioria desses indivíduos, os recursos de tecnologia assistiva são essenciais para a mobilidade, atividades relacionadas à aprendizagem, trabalho, comunicação e interação com o mundo.

Em relação ao mercado de trabalho, a autonomia e a funcionalidade das pessoas com deficiência só podem ser de fato potencializadas e exploradas em um meio ambiente de trabalho inclusivo. Assim, o presente estudo busca contribuir para a reflexão do tema trabalho e deficiência e tem por objetivo demonstrar como os instrumentos de tecnologia assistiva podem viabilizar a superação das barreiras no meio ambiente do trabalho e promover uma verdadeira sociedade inclusiva na qual, pessoas com deficiência e sem deficiência, tenham direitos e deveres iguais.

Assim, primeiramente, demonstrou-se a importância de se problematizar as condições de trabalho das pessoas com deficiência, uma vez que o trabalho é determinante na formação da identidade do indivíduo, bem como promotor de autoestima e consciência de dignidade. Em um segundo momento, buscou-se esclarecer o conceito de tecnologia assistiva e o regulamento normativo do tema no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, apontou-se alguns dos principais instrumentos de tecnologia assistiva que podem ser utilizados para contribuir com a real inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho e ressaltou-se a importância da utilização dessas ferramentas para a criação de um meio ambiente de trabalho inclusivo.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foi realizada uma pesquisa de caráter exploratório com a utilização de dados secundários, que são aqueles que derivam de estudos e análises já realizados por intermediários entre o pesquisador e o objeto de investigação, como livros, artigos de revistas, jornais, doutrina etc. Desse modo, foi feita uma revisão da literatura nacional para verificar o que os recentes estudos apontam sobre a questão das tecnologias assistivas no meio ambiente do trabalho.

1 DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E MEIO AMBIENTE INCLUSIVO

Segundo o Relatório Mundial sobre Deficiência, divulgado em 2011 pela Organização das Nações Unidas (ONU), existe um número superior a 1 bilhão de pessoas em todo o mundo com algum tipo de deficiência. No Brasil, os resultados apresentados pelo Censo Demográfico 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apontaram que 23,9% da população brasileira possui alguma deficiência – aproximadamente 45 milhões de pessoas.

Desse grupo, segundo a Relação Anual de Informações Sociais - 2016 (RAIS 2016), do antigo Ministério do Trabalho e Emprego, do total de 46,06 milhões de vínculos empregatícios formais no Brasil, 418,5 mil foram declarados como pessoas com deficiência, ou seja, apenas 0,9% do total.

Assim, diante deste exame inicial, não é difícil perceber que o Brasil possui um significativo número de pessoas com deficiência que não estão inseridas no mercado de trabalho. E isso ocorre porque, por muito tempo, predominou na sociedade a visão de que a deficiência seria um problema individual, cabendo à pessoa com deficiência a responsabilidade em se adaptar à sociedade.

Contudo, a partir da década de 60 essa visão passou a ser gradativamente substituída pela noção de um modelo inclusivo de sociedade, em que cabe a esta se adaptar para acolher as diferenças, promover acessibilidade e garantir a igualdade de acesso e a equiparação de oportunidades para todos (SENA, 2015).

Nesse sentido é a definição de pessoa com deficiência prevista na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Assembleia da ONU em 2006, assinada pelo Brasil e cerca de outros 80 países em 2007, e ratificada pelo Congresso nacional por meio do Decreto n. 6.949 de 25 de agosto de 2009.

Na referida Convenção, as pessoas com deficiência são definidas em seu artigo primeiro como aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Após a sua incorporação ao sistema jurídico brasileiro, o conceito normativo da Convenção da ONU foi repetido na íntegra: pelo artigo 2º do Decreto n. 7.612/11 (que institui o Plano Viver sem Limites); pelas Leis n. 12.435/11 e 12.470/11 que alteraram o §1º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93 (que dispõe sobre a organização da Assistência Social e versa sobre o Benefício de Prestação Continuada); pelo artigo 2º da Lei Complementar n. 142/2013 (que altera as regras de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição para as pessoas com deficiência); bem como pelo artigo 2º da Lei n. 13.146/2015 (que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Desse modo, as limitações físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais passaram a ser consideradas atributos das pessoas, atributos esses que podem ou não gerar restrições para o exercício dos direitos, dependendo das barreiras sociais ou culturais que se imponham aos cidadãos com tais limitações pessoais. Desloca-se a questão do âmbito do indivíduo com deficiência para as sociedades, que passam a assumir a deficiência como problema de todos.

No entanto, segundo o mencionado Relatório Mundial sobre Deficiência (ONU, 2011), as pessoas com deficiência têm maior probabilidade de ficarem desempregadas e geralmente ganham menos, mesmo quando empregadas. Além disso, é mais difícil para as pessoas com deficiências se beneficiarem do desenvolvimento e saírem da pobreza devido à discriminação no trabalho, acesso limitado ao transporte, e falta de acesso aos recursos para promover o auto-emprego e atividades que garantam sua subsistência.

Buscando reverter esse cenário, houve a necessidade do uso de políticas estatais ou privadas com o intuito de reduzir o processo discriminatório e seus efeitos nocivos. No que diz respeito à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXXI estabelece a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema de cotas, que obriga a reserva de um número de vagas de emprego às pessoas com deficiência nos concursos públicos (art. 5º, §2º da Lei n. 8.112/90) e nas empresas privadas com mais de cem empregados (art. 93 da Lei n. 8.213/91).

Essas normas que visam a inclusão laboral da pessoa com deficiência são importantes mecanismos de concretização do direito ao trabalho da pessoa com deficiência, o qual é expressamente reconhecido como um direito fundamental pela Constituição Brasileira de 1988 (art. 1º, inciso IV, da CF/88).

Além disso, a integração das pessoas com deficiência na vida economicamente ativa de um país, a par de se mostrar como um gesto de solidariedade e fraternidade, representa um ganho expressivo na qualidade de vida delas, ao mesmo tempo em que traz resultados positivos para os demais membros da sociedade. Conforme Luís Antônio Camargo de Melo (2013), “uma vez que sejam capazes de garantir seu próprio sustento, elas (pessoas com deficiência) não precisam demandar os benefícios sociais oferecidos pelo Estado, exercendo menos pressão sobre os serviços da seguridade social”.

No entanto, além dos reflexos positivos para a sociedade, a inclusão laboral das pessoas com deficiência contribui para o resgate da autoestima das mesmas. Nas palavras de Ricardo Tadeu Marques Fonseca (2006, p. 249), “as deficiências, que sempre foram fatores de exclusão social nas relações sociais do trabalho, passam a um segundo plano, visto que a pessoa que trabalha é respeitada como igual. Trata-se, assim, do mais eficiente mecanismo de libertação e inclusão social”.

Contudo, embora as normas legais sejam imprescindíveis, elas não são suficientes para modificar a realidade. Também é necessário assegurar condições efetivas de trabalho para que as pessoas com deficiência possam realmente se integrar e contribuir com seus pares no desenvolvimento do trabalho em condições de igualdade e troca de oportunidades.

Nesse sentido, é importante que o meio ambiente seja inclusivo, isto é, viável para as pessoas que ali laboram, garantindo saúde, higiene e segurança a todos. A própria Constituição Federal de 1988 assegurou em seu sistema jurídico o direito de todo trabalhador exercer seu labor em um meio ambiente adequado (art. 200, VIII).

Todavia, segundo Lutiana Lorentz (2016, p. 277), se esse direito existe para o trabalhador em geral, mais ainda ele deve ser observado em relação a pessoa com deficiência, uma vez que a existência de um meio ambiente inadequado gera a

essas pessoas dois aspectos perversos: primeiro, impede o próprio trabalho, uma vez que o meio ambiente laboral inclusivo é pressuposto para que a pessoa com deficiência consiga trabalhar, sobretudo por meio do fornecimento de ferramentas que possibilitam a superação de sua deficiência ou pelo menos sua adaptação ao trabalho; segundo, o meio ambiente de trabalho inadequado causa doenças e moléstias ao trabalhador em geral, e em relação a pessoa com deficiência, pode agravar uma deficiência já existente ou até mesmo gerar novas.

Assim, o processo de inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho requer a existência de um meio ambiente do trabalho inclusivo. Neste contexto, as tecnologias assistivas tornam-se um importante recurso para otimizar as habilidades das pessoas com deficiência, buscando que os postos de trabalho oferecidos para esses indivíduos disponham de condições mínimas que lhe permitam um melhor desempenho de suas atividades.

2 TECNOLOGIAS ASSISTIVAS

Conforme mencionado anteriormente, um meio ambiente do trabalho inadequado dificulta ou até mesmo impede a inclusão laboral das pessoas com deficiência. No entanto, o uso de tecnologias assistivas contribui para o estabelecimento de um verdadeiro meio ambiente do trabalho inclusivo, no qual todos, pessoas com deficiência e pessoas sem deficiência, tenham direitos e deveres iguais.

O termo tecnologia assistiva é utilizado para identificar todo o arsenal de recursos e serviços que contribuem para proporcionar ou ampliar habilidades funcionais de pessoas com deficiência e, conseqüentemente, promover vida independente e inclusão (BERSCH, 2013). Segundo o Comitê de Ajudas Técnicas (CAT, 2009):

Tecnologia assistiva é uma área do conhecimento, de característica interdisciplinar, que engloba produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação, de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social.

Desse modo, o objetivo da tecnologia assistiva é proporcionar à pessoa com deficiência maior independência, qualidade de vida e inclusão social, por meio da ampliação de sua comunicação, mobilidade, controle de seu ambiente, habilidades de seu aprendizado e trabalho (BERSCH, 2013).

Assim, o termo tecnologia assistiva abrange desde produtos simples e usuais como, por exemplo, uma cadeira de rodas, quanto equipamentos mais sofisticados como uma prótese, uma órtese e uma série infindável de adaptações, aparelhos e equipamentos nas mais diversas áreas de necessidade pessoal (comunicação, alimentação, mobilidade, transporte, educação, lazer, esporte, trabalho e outras).

No entanto, para facilitar a compreensão do que é ou não considerado recurso de tecnologia assistiva, qualificam-se os instrumentos de acordo com os objetivos funcionais a que se destinam. Segundo a classificação utilizada pelo Ministério da Fazenda (Portaria Interministerial nº 362, de 24 de outubro de 2012), há doze categorias de tecnologias assistivas, dentre as quais pode-se citar a título de exemplo: os auxílios para a vida diária, como talheres modificados, suportes para utensílios domésticos, roupas desenhadas para facilitar o vestir e despir, barras de apoio etc; os recursos de acessibilidade ao computador, como os teclados virtuais com varredura, mouses especiais e acionadores diversos, *software* de reconhecimento de voz, órteses e ponteiras para digitação etc; e os auxílios de mobilidade, como bengalas, muletas, andadores, cadeiras de rodas manuais ou elétricas, *scooters* e qualquer outro veículo, equipamento ou estratégia utilizada na melhoria da mobilidade pessoal.

Além da referida Portaria do Ministério da Fazenda, o tema das tecnologias assistivas também é regulamentado pelo Decreto 3.298 de 1999, que em seu artigo 19 estabelece o conceito e o rol das chamadas “ajudas técnicas”:

Art. 19. Consideram-se ajudas técnicas, para os efeitos deste Decreto, os elementos que permitem compensar uma ou mais limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa portadora de deficiência, com o objetivo de permitir-lhe superar as barreiras da comunicação e da mobilidade e de possibilitar sua plena inclusão social.

Parágrafo único. São ajudas técnicas:

I - próteses auditivas, visuais e físicas;

II - órteses que favoreçam a adequação funcional;

III - equipamentos e elementos necessários à terapia e reabilitação da pessoa portadora de deficiência;

IV - equipamentos, maquinarias e utensílios de trabalho especialmente desenhados ou adaptados para uso por pessoa portadora de deficiência;

V - elementos de mobilidade, cuidado e higiene pessoal necessários para facilitar a autonomia e a segurança da pessoa portadora de deficiência;

VI - elementos especiais para facilitar a comunicação, a informação e a sinalização para pessoa portadora de deficiência;

VII - equipamentos e material pedagógico especial para educação, capacitação e recreação da pessoa portadora de deficiência;

VIII - adaptações ambientais e outras que garantam o acesso, a melhoria funcional e a autonomia pessoal; e

IX - bolsas coletoras para os portadores de ostomia.

O Decreto 5.296 de 2004, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência, também regulamenta a utilização de ajudas técnicas, definindo-as como “os produtos, instrumentos, equipamentos ou tecnologias adaptados ou especialmente projetados para melhorar a funcionalidade da pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida, favorecendo a autonomia pessoal, total ou assistida” (art. 61).

Por fim, o tema das tecnologias assistivas é regulamentado pelo Decreto 6.949 de 2009 (que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência da ONU), no qual o Brasil se compromete a realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento, bem como a disponibilidade e o emprego de novas tecnologias, inclusive as tecnologias da informação e comunicação, ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, adequados a pessoas com deficiência, dando prioridade a tecnologias de custo acessível (art. 4º, I, g).

Assim, é notório que a legislação brasileira estabelece o direito das pessoas com deficiência aos recursos de tecnologia assistiva. Cabe agora analisar como os

mecanismos de tecnologia assistiva podem ser utilizados no meio ambiente do trabalho, de modo a torná-lo inclusivo.

3 TECNOLOGIAS ASSISTIVAS E A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Analisou-se, até este momento, o conceito de tecnologia assistiva, a sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro e a importância do meio ambiente do trabalho inclusivo para a concretização do direito fundamental ao trabalho da pessoa com deficiência. Nesse contexto, pretende-se abordar agora quais são os principais instrumentos de tecnologia assistiva disponibilizados para a real inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, e se a relação entre tais tecnologias e os trabalhadores contratados pode potencializar essa inclusão.

No mercado, atualmente, existem tipos de tecnologias específicas para cada deficiência, isto é, há tecnologias assistivas distintas para pessoas com deficiência visual, física, auditiva e intelectual. Contudo, profissionais de praticamente todas as áreas fazem uso do computador, tanto para a execução de tarefas diárias, quanto para comunicação no trabalho. Dessa forma, muitos recursos de tecnologia assistiva estão atrelados a esse equipamento.

Nesse sentido, em relação as pessoas com deficiência visual, Carvalho (1994) afirma que os três instrumentos de tecnologia assistiva mais importantes são os sistemas amplificadores de telas^[4]; os sistemas de saída de voz^[5]; e os sistemas de saída em Braille^[6].

[4] Utilizados principalmente por pessoas com visão subnormal (pessoas com visão reduzida), consiste na substituição do monitor de vídeo normal por outro com uma tela maior, facilitando a relação entre colegas de equipe e outros sistemas aplicativos.

[5] Compostos por sintetizador de voz, alto-falante externo e software para acessar o texto na tela, sendo um dos principais dispositivos de acesso para cegos totais.

[6] São mais úteis para pessoas totalmente cegas ou com visão subnormal mais acentuada; podem ser divididos em impressoras Braille, as quais fazem interface com a maioria dos computadores, e terminais de acesso em Braille, que fornecem uma janela em Braille, móvel, da tela do computador.

Em relação as pessoas com deficiência auditiva, o aparelho mais utilizado é o chamado TDD, sigla em inglês para “equipamento de telecomunicação para surdos”. Trata-se de um aparelho que, conectado ao telefone, transforma as frases ditas pelo interlocutor em mensagens escritas. Dotado de um teclado e uma tela, também é possível digitar uma mensagem para outro usuário de TDD, ou ainda digitar a mensagem e transformá-la em voz para que seja ouvida pela pessoa do outro lado da linha.

Também podem ser instalados alguns aplicativos como: i) o programa gratuito Rybená, que permite que sejam enviadas mensagens na Linguagem Brasileira de Sinais: ao receber a mensagem, em vez de texto, a pessoa com deficiência auditiva verá mensagens em animações da língua de sinais; ii) e o programa tradutor ProDeaf, que traduz palavras, textos e até mesmo a voz para a linguagem de libras, no qual o símbolo correspondente é mostrado por um avatar na imagem ao lado, o qual também faz o trabalho inverso, convertendo sinais de libras para o português^[7].

Por fim, quanto as pessoas com deficiência físicas ou mentais que geram alguma incapacidade física, os trabalhos realizados por Damasceno (2002) e Ferrada (2009) apontam primeiramente que se deve buscar adaptar corretamente a pessoa com deficiência em sua cadeira de rodas – utilizando almofadas, faixas para estabilização do tronco, velcro, pulseira de chumbo etc. – antes do trabalho no computador, pois uma postura correta é vital para um trabalho eficiente.

Em relação aos programas de computador, foram ressaltados vários instrumentos que auxiliam o uso da máquina pela pessoa com deficiência física, como a ferramenta acessibilidade do sistema operacional do próprio *Windows XP*, na qual é possível configurar funções do teclado, do som, do vídeo e do mouse, ativar e desativar recursos, bem como aumentar e diminuir o tamanho da fonte. Além disso, destaca-se também o *software* gratuito HeadDev que consiste em um sistema ligado a uma webcam que utiliza os movimentos do nariz para mexer o mouse na tela do computador.

[7] As novas tecnologias utilizadas na educação dos surdos. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/LoSantana1/novas-tecnologias-utilizadas-na-educacao-dos-surdos>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

Apesar dos exemplos supracitados, foram encontradas poucas pesquisas brasileiras que abordassem especificamente quais são os instrumentos de tecnologia assistiva que podem ser empregados para permitir e/ou auxiliar o trabalho das pessoas com deficiência, sendo que a maioria dos estudos apenas ressaltam a importância da utilização dessas ajudas técnicas.

No entanto, ainda assim foi possível perceber que existem diversos recursos de tecnologia assistiva que podem ser empregados para o aprimoramento do meio ambiente do trabalho. Segundo Cezar (2010), o argumento de muitas empresas no sentido de que implantar recursos de tecnologia assistiva é muito caro e pouco relevante, uma vez que existem vários *softwares* gratuitos disponíveis na internet que possibilitam a acessibilidade de pessoas com deficiência.

No estudo desenvolvido por Cruz, Rodrigues, Matsushima, Santos e Figueiredo (2015) com pessoas com deficiência física, vinte e oito dos seus trinta entrevistados apontaram que a tecnologia assistiva era necessária e importante para a pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Logo, pode-se afirmar que as ajudas técnicas são essenciais para se obter uma melhor perspectiva de vida. Isso porque, com as adaptações necessárias, as pessoas com deficiência podem e devem ser capazes de conseguir o mesmo nível de qualidade que os outros trabalhadores.

Então, a tecnologia assistiva viabiliza o ingresso e a permanência de pessoas com deficiência no mundo do trabalho, possibilitando o aumento da autonomia, o exercício da cidadania e a ampliação de suas habilidades remanescentes. Ademais, a tecnologia assistiva pode contribuir para que ocorram, inclusive, mudanças no olhar do próprio sujeito com relação a si mesmo – através do aumento de sua autoestima e do sentimento de pertencimento social – e da sociedade com relação a ele – uma vez que se torna capaz de atender as expectativas do mercado de trabalho.

Desta forma, faz-se necessário que a tecnologia assistiva seja compreendida e inserida dentro do contexto inclusivo do trabalho, viabilizando, assim, o que é preconizado pelo sistema de cotas e pelos documentos que buscam assegurar que pessoas com deficiência sejam incluídas e permaneçam no trabalho como

pessoas produtivas, iguais às demais, desenvolvendo seus talentos, aptidões e habilidades (PEREIRA, 2011).

CONCLUSÃO

Devido a algumas políticas públicas como, por exemplo, o sistema de cotas, a presença de pessoas com deficiência nos diversos espaços sociais é cada vez mais comum. Contudo, isso não significa que a equiparação de oportunidades venha sendo garantida. O que tem sido comum é que essas pessoas, cotidianamente, têm que se ajustar à falta de acessibilidade, o que compromete sua plena participação em diferentes atividades sociais.

De acordo com os dados apresentados neste estudo, foi possível observar que a criação de um sistema de cotas, para garantir que as pessoas com deficiência ganhem um espaço no mercado de trabalho formal, não impossibilita que estes indivíduos continuem sem oportunidades de trabalho e sem capacitação profissional.

Dessa forma, é importante que o uso das tecnologias assistivas torne-se algo cada vez mais comum no mercado de trabalho, uma vez que elas aprimoram o ambiente laboral, tornando-o acessível às pessoas com deficiência. Conforme Cezar (2010), falar em um ambiente laboral que possa agregar a todos é falar em diversidade humana. Nenhum ser humano é igual ao outro, logo, o meio ambiente de trabalho inclusivo também deve ser intrinsecamente diversificado.

Embora o uso de tecnologias assistivas não seja a única medida que deva ser implementada no processo de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, este já é um grande passo em direção a eliminação de discriminações. Conforme sinalizado por Mary Pat Radabaugh, as tecnologias assistivas causam um grande impacto na vida das pessoas com deficiência, uma vez que “para as pessoas sem deficiência a tecnologia torna as coisas mais fáceis; para as pessoas com deficiência, a tecnologia torna as coisas possíveis” (RADABAUGH, 1993, *apud* BERSCH, 2013).

REFERÊNCIAS

BERSCH, Rita. **Introdução à Tecnologia Assistiva**. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://www.assistiva.com.br/Introducao_Tecnologia_Assistiva.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. **Subsecretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. Comitê de Ajudas Técnicas. Tecnologia Assistiva. — Brasília: CORDE, 2009. 138 p. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/tecnologia-assistiva>> Acesso em: 19 mai. 2019.

CARVALHO, José Oscar Fontanini. **Referenciais para projetistas e usuários de interfaces de computadores destinadas aos deficientes visuais**. 1994. 162 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Elétrica) — Faculdade de Engenharia Elétrica, Universidade de Campinas, Campinas. Disponível em: <<http://www.oscar.pro.br/pdfs/DissertacaoOscar.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2019.

CEZAR, Katia Regina. **As pessoas com deficiência intelectual e o direito à inclusão no trabalho: a efetividade da lei de cotas**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

CRUZ, Daniel Marinho Cezar da. **RODRIGUES, Daniela da Silva**. MATSUSHIMA, Alessandra Mary. SANTOS, Patrícia dos. FIGUEIREDO, Mirela de Oliveira. O trabalho e a tecnologia assistiva na perspectiva de pessoas com deficiência física. Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo. 2015 set-dez.

DAMASCENO, Luciana Lopes. **As novas tecnologias como tecnologia assistiva: utilizando os recursos de acessibilidade na educação especial**. III Congresso Ibero-Americano de Informática na Educação Especial - CIIEE. 2002. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/niee/eventos/CIIEE/2002/programacao/Demonstracoes.pdf>> Acesso em 21 mai. 2019.

FERRADA, Romy Britt Hernandez. **Inclusão digital de sujeitos com deficiência física através do uso da tecnologia assistiva**. 2009. 152 f. Dissertação (Mestrado

em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. **Trabalho da pessoa com deficiência: lapidação dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/resultados>> Acesso em: 20 mai. 2019.

LEITE, Fernanda Menezes. **CARDOSO, Jair Aparecido**. Tecnologias assistivas e meio ambiente do trabalho inclusivo. In: Seminário Internacional de Pesquisa (Re) pensando o Trabalho Contemporâneo: O trabalho em tempos de crise no Brasil e na América Latina, 2017, Franca, São Paulo, Anais eletrônicos, Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/#!/departamentos/direito-privado/anais-de-eventos/anais/>>. Acesso em: 21 mai. 2019.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas com deficiência**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2016.

MELO, Luís Antônio Camargo de. **A pessoa com deficiência e o Direito do Trabalho**. Revista do Advogado, n. 121, nov. 2013.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. **Programa de Disseminação das Estatísticas do Trabalho - PDET**. Relação Anual de Informações Sociais – 2016. Disponível em: <<http://pdet.mte.gov.br/rais?view=default>> Acesso em: 18 mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) – Relatório Mundial sobre a deficiência 2011. **Disponível em:** <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf> **Acesso em: 21 mai.** 2019.

PEREIRA, Ana Cristina Cypriano. **Inclusão de pessoas com deficiência no trabalho e o movimento da cultura organizacional: análise multifacetada de uma organização**. 2011. 160 f. Dissertação (Mestrado em Educação) — Faculdade de

Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

REIS, Nivânia Maria de Melo. **Tecnologia Assistiva: recursos facilitadores no processo de aprendizagem com alunos de necessidades educativas especiais.**

Belo Horizonte: PUC, Minas Virtual, 2004.

SENA, Selma Lúcia Souza. **Possíveis Contribuições da Tecnologia Assistiva para a Inclusão de Pessoas com Deficiência Visual no Trabalho.** Revista Laborativa, v. 4, n. 2, p. 26-52, out. 2015.

A EMPRESA COM ATUAÇÃO SOCIAL COMO INSTRUMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO: A SUPERAÇÃO DA FINALIDADE (EXCLUSIVA) DE LUCRO

Isis Magri Teixeira^[1]
Gustavo Saad Diniz^[2]

[1] Mestra em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da FDRP-USP. Correio eletrônico: isismagriteixeira@gmail.com.

[2] Livre-docente pela Universidade de São Paulo. Professor do Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da FRDP-USP. Correio eletrônico: gsd@usp.br.

1 INTRODUÇÃO

Os efeitos da ausência de soluções estruturais para o aumento das demandas sociais de todas as ordens, aliadas à desigual distribuição de recursos entre os indivíduos de diferentes camadas sociais, são ainda mais nefastos nos países subdesenvolvidos, cuja estrutura do estado, inchada e burocrática, pontuada por práticas corruptas e mantenedora de relações de promiscuidade com o poder econômico, é ineficaz para a concretização das garantias constitucionais.

Com o maior mercado interno da América Latina e relativa estabilidade econômica, o Brasil oferece um ambiente propício para o desenvolvimento da empresa social: é possível reunir recursos humanos capacitados, existe um histórico de edificação de políticas públicas e há ainda uma grande variedade de segmentos que precisam de melhorias.

São incontáveis as necessidades evidenciadas pela não efetivação de direitos fundamentais dos cidadãos, o que abre espaço para uma extensa gama de atividades econômicas que tenham como intuito gerar benefícios sociais, ambientais e econômicos para a sociedade, e em especial para a população mais carente (MÉO, 2014, p. 203).

Não se despreza a essencialidade do estado como agente promotor dessas garantias, mas o que se tem visto nos tempos da famigerada globalização é uma realidade de poder crescente na empresa, verdadeira agente que deve estar cada vez mais incluída nas reflexões sobre o desenvolvimento.

2 NOTAS DAS TEORIAS DO DESENVOLVIMENTO

Há aspectos históricos que ditam a ordem dos efeitos ainda hoje, vez que o desenvolvimento econômico não se limita ao componente econômico: comportamentos humanos, atitudes sociais, condições políticas e acidentes históricos importam, de modo que o capital é necessário para o desenvolvimento, mas não é suficiente (NURSKE, 1961, p. 1-3).

As bases históricas dos estudos sobre desenvolvimento passam necessariamente pela economia, e exigem um entendimento sistêmico do mundo pós-guerra para que se reconheça sua influência na alteração do pensamento econômico, especialmente no que concerne às obrigações que recaem sobre os agentes privados na busca pelo desenvolvimento real.

A perspectiva que seguiu aos autores clássicos (Adam Smith, David Ricardo, Thomas Malthus e Karl Marx, principalmente) compreende o desenvolvimento como um processo contínuo, fruto da acumulação de capital, e por isso prestou-se a estudar a melhor alocação de recursos e os problemas de mercado, sem preocupação com o desenvolvimento em si.

Neste sentido, enquanto os desenvolvimentistas, primeiros estudiosos do desenvolvimento, nutriam um profundo respeito pela força dos mercados e percebiam a importância da intervenção do estado na economia na direção de forçar seu crescimento (CYPHER; DIETZ, 2004, p. 129), como se o subdesenvolvimento fosse apenas uma etapa para o desenvolvimento, os institucionalistas entendiam a necessidade de bases intervencionistas para o funcionamento de um estado forte e gerador de riquezas, através, por exemplo, da criação de um arcabouço jurídico sólido que permitisse acesso aos direitos fundamentais. Dessa ideia central se aproximam Gelfer, Pistor e Raiser (2000, p. 356) ao sustentarem que a ausência de instituições legais eficazes representaria uma importante restrição para o desenvolvimento dos mercados, assim como as economias de transição sugeririam que o inverso também é verdadeiro: boas leis não conseguem substituir instituições fracas.

Após, firmam-se as bases da escola estruturalista, que arguia que os países periféricos^[3] eram estruturalmente e institucionalmente diferentes das nações desenvolvidas, a ponto de tornar inaplicáveis as teorias anteriormente expostas, fazendo com que seu objeto de estudo seja expandido ao sistema, composto

[3] Neste contexto está o conceito centro-periferia, difundido por Prebisch (1949). O autor entendia que os estados em desenvolvimento, a periferia, dependiam dos estados desenvolvidos, o centro, detentores de progresso técnico e acumuladores de capital.

por uma vasta gama de estruturas econômicas e sociais (CYPHER; DIETZ, 2004, p. 159-162).

A corrente neoinstitucionalista, por sua vez, garantia que para que o país subdesenvolvido alcançasse o desenvolvimento era preciso reproduzir ali as instituições^[4] dos países desenvolvidos, fortalecidas e bem organizadas que eram, colocando o desenvolvimento econômico como função dessas instituições e de sua evolução, e as próprias instituições como estruturadoras de incentivos políticos, sociais e econômicos (NORTH, 2006, p. 9).

Ponto comum a ser evidenciado é que as teorias formuladas com o intuito de explicar a história e o fenômeno do desenvolvimento comumente desconsideram as próprias estruturas econômicas já presentes nos países subdesenvolvidos e que de várias formas impedem a multiplicação de riqueza e favorecem sua concentração.

Ao caso brasileiro é possível tecer comentários adicionais, haja vista que suas estruturas desfavoráveis à desconcentração de renda foram herdadas pela dominação colonial^[5], que entendia o lucro da coroa portuguesa do como único resultado superavitário possível a ser maximizado.

[4] Segundo North (2006), ao representarem a estrutura de incentivos as instituições são imposições formais (tais como leis, regras, constituições etc.) e informais (normas de comportamento, convenções, códigos de conduta etc.) da economia, determinam os custos de transação e limitam as interações humanas. Em outras palavras, a fim de elucidar os conceitos dos quais parte a teoria do autor, as instituições seriam as regras do jogo, pois compreendem regras formais, regras informais e mecanismos responsáveis pelo cumprimento destas regras, enquanto as organizações seriam os jogadores, formadas por grupos de indivíduos dedicados a alguma atividade executada com determinado fim, frutos das limitações institucionais. Os agentes de mudança seriam os empresários políticos e econômicos administradores das organizações e as fontes de mudança seriam as oportunidades percebidas pelos agentes, que derivam de alterações no meio ambiente ou da aquisição de conhecimentos.

[5] Segundo Calixto Salomão Filho (2015, p. 3), a exploração causou nas colônias o denominado *triple draining effect*, consubstanciado em concentração de renda, concentração de poder econômico, e escoamento dos recursos naturais. Pode-se entender, além da exposição do autor, que a exclusão deliberada dos trabalhadores da possibilidade de acesso a mais qualidade de vida também é uma forma de drenagem: basta revisitar o alto número de demissões e a diminuição das garantias trabalhistas. Essa ponderação tanto é verdadeira que o padrão de pobreza dos séculos XX e XXI acompanhou o roteiro da atividade econômica do contexto rural e exploratório para o contexto urbano e industrializado.

Mesmo considerando que os fundamentos históricos e estruturais de cada região compõem o receituário para seu desenvolvimento, deve-se ponderar que o subdesenvolvimento que se seguiu após e por causa do período colonial, especialmente nos países da América do Sul, não se originou apenas dos efeitos negativos de seus ciclos. O subdesenvolvimento é produto das perversas estruturas sociais, econômicas e legais que foram criadas e consagradas pela economia e sociedade coloniais, e que influenciaram fortemente a formação dos estados, dando origem ao que depois se tornariam estruturas de dominação industrial e pós-industrial (SALOMÃO FILHO, 2017, p. 5; em sentido contrário, MATEUS, 2016, p. 6). Ao que parece, portanto, o subdesenvolvimento é um processo histórico autônomo, e não uma etapa pela qual passaram as economias que já alcançaram grau superior de desenvolvimento.

3 A GERAÇÃO DE IMPACTO POSITIVO POR MEIO DA EMPRESA

Avançando especialmente à lógica da empresa como instrumento para o desenvolvimento, convém adotar como marco teórico o enunciado por Salomão Filho (2006, p. 42) no sentido de que o interesse da empresa não mais pode ser identificado ao interesse dos sócios, como no contratualismo, ou à autopreservação, como no institucionalismo mais extremado, mas deve relacionar-se à criação de uma organização capaz de estruturar as relações jurídicas sociais com a maior eficiência distributiva possível.

A certeza de que o modelo econômico adotado é tão incapaz de autossustentar-se que profundas crises são experimentadas de tempos em tempos, como o colapso financeiro internacional ocorrido em 2008 e seus desastrosos efeitos (COMPARATO, 2013, p. 43) foi se assentando, apesar da convulsão social que marcou os últimos anos^{[6]-[7]}.

[6] Em complementação cabe anotar a posição de Lazzarini (2011, p. 34): “A crise financeira iniciada na segunda metade de 2008, causada pela insolvência de diversos bancos internacionais em uma espiral alarmante, não somente trouxe impacto negativo para a economia mundial, como também foi a gota d’água para que vozes contrárias à globalização e às reformas liberais tomassem força como há muito não se via”.

[7] O que se expõe vai ao encontro do problema central identificado por Piketty (2014, p. 26), que afirma que o nível de concentração é proporcional ao crescimento do produto. Assim, quando a taxa

Embora o contexto varie de país para país, há um entendimento compartilhado no sentido de que o sistema econômico e o sistema político falharam, e que ambos são fundamentalmente injustos (STIGLITZ, 2013, p. 33), fazendo ascender a ideia de que o mercado nas mãos de capitalistas livres para transacionar como bem entenderem, sem imposição de limites aos seus excessos, está fadado ao fracasso (LAZZARINI, 2011, p. 34).

Contribuíram para a criação deste contexto as falhas de mercado, especialmente relacionadas a problemas informacionais, e a ausência de regulação^[8] – consubstanciadas em externalidades e informações assimétricas – do setor privado, que além de ser incapaz de solucionar corretamente estas falhas, presta-se a editar apenas políticas dirigidas ao cidadão médio^{[9]-[10]}, excluindo de sua atenção aqueles com necessidades mais extremas^[11], que não têm possibilidade de adquirir toda a quantidade, e da qualidade que desejam, de bens e serviços que gostariam de

de remuneração do capital ultrapassa a taxa de crescimento da produção, o capitalismo produz, por si, desigualdades, de modo que deve-se atentar aos meios pelos quais a democracia pode retomar o controle do capitalismo e assegurar que o interesse da população tenha precedência sobre os interesses privados.

[8] Acerca da regulação, especialmente sobre os mercados – grande estrutura que hoje domina todo e qualquer tipo de relação social e política, Akerlof e Schiller (2017, p. 1-2) sustentam que o efeito direto de sua ausência é oferecer às pessoas o que, na verdade, elas não desejam, manipulando-as pelas suas fragilidades. Em mesmo sentido, a desregulação advinda da crença de equilíbrio em um livre mercado competitivo acaba por gerar defeitos socialmente devastadores, como externalidades, e desigual distribuição de renda (2017, p. 5).

[9] De acordo com Comparato (2013, p. 38-39), nas civilizações passadas, o acúmulo de bens materiais nunca foi considerado como um objetivo a ser perseguido. No entanto, a classe burguesa, agente vivo que encarnou o espírito capitalista, propôs, de maneira inédita, que a fortuna pessoal servisse como instrumento de poder na sociedade. A orientação ética que predominou até o aparecimento do burguês como personagem social foi repudiada pela expansão mundial do capitalismo.

[10] O governo para a classe média, segundo Portugal Gouvêa (2013, p. 474), é marcado pelos traços do patrimonialismo, e por isso não é instrumento de redistribuição de renda, mas é essencial para que seja preservada a desigualdade social.

[11] Sobre o tema, vêm a calhar as reflexões acerca da máxima “um dólar, um voto”, bem como os ensinamentos de Stiglitz (2013, p. 36-48): “[...] estes líderes ajudaram a moldar nossas visões sobre o que são boas políticas econômicas, e, enquanto não formos capazes de compreender o que está mal nessas visões – e como, em grandíssima parte, eles servem os *seus* [dos líderes] interesses em prejuízo dos outros -, não seremos capazes de reformular políticas que garantam uma economia mais equitativa, eficiente e dinâmica”.

obter (DÍAZ-FONCEA; MARCUELLO, 2012, p. 148), por mais essenciais que sejam, como saúde e segurança alimentar, educação básica, moradia digna, transporte eficiente, segurança pública, acesso ao pleno emprego e à justiça.

Segundo Stiglitz (2013, p. 43), se o mercado tivesse cumprido a promessa de melhorar o nível de vida das pessoas, poder-se-iam considerar perdoados os pecados das grandes empresas que trouxeram injustiças sociais, danos ao meio ambiente e perpetuação da pobreza^[12]. Mas, ao contrário, o capitalismo traz como consequência até o que não prometeu, como a degradação dos valores ao ponto de tudo ser aceitável e não haver ninguém responsável. Em resumo, os processos de acumulação e distribuição de riquezas contêm forças poderosas que impulsionam a divergência, ou ao menos resultam em um elevado nível de desigualdade (PIKETTY, 2014, p. 27).

De outro lado, portanto, a única justificativa libertadora é antissistêmica, seguindo o entendimento de Salomão Filho (2015, p. 158-159), e deve-se, a partir do conhecimento, criar condições para o devido processo econômico, permitindo a inclusão mais ampla de agentes econômicos e também que estes agentes façam suas escolhas a partir de um nível mais equilibrado possível de informação.

Exatamente neste contexto está a empresa social, ou empresa com atuação social^[13], que subverte os paradigmas daqueles – pessoas e instituições – que internalizaram a lógica capitalista como única possibilidade de atuação econômica

[12] Joseph Stiglitz, no artigo publicado pela Vanity Fair e intitulado “Of the 1%, by the 1%, for the 1%”, que depois deu origem à obra referenciada ao final deste artigo, colaciona algumas razões para a piora da economia e para explicar o equívoco na afirmação de que não importa como o bolo é dividido, mas sim o seu tamanho, aduzindo a princípio que desigualdade crescente é sinônimo de falta de oportunidades, ou seja, os recursos mais valiosos – as pessoas – não estão sendo utilizados da forma mais produtiva possível; que muitas das distorções que culminam em desigualdade, como às associadas a monopólios e políticas tributárias baseadas em interesses especiais, diminuem a eficiência da economia; e que a economia moderna clama por ações coletivas, e a intervenção do governo em infraestrutura, educação e tecnologia é necessária. Disponível em: <http://www.vanityfair.com/news/2011/05/top-one-percent-201105>. Acesso em: 13 jun. 2017.

[13] A empresa social, como conceito e realidade, ainda não tem uma definição rigorosa, o que talvez não seja tão essencial, uma vez que, dotados de liberdade, convém que cada sistema jurídico possa criar e ajustar suas normas a depender da finalidade pretendida, inovando conforme as demandas e o contexto de cada região.

da humanidade^[14]. Ela apresenta características e possibilidades merecedoras de atenção tendo em vista sua atuação como instrumento compatível com a ideia moderna de desenvolvimento – o desenvolvimento real, é intrinsecamente comprometida com a redução das desigualdades socioeconômicas e, como unidade societária, tem à sua disposição estruturas e conceitos próprios do arcabouço jurídico a fim de que suas bases sejam consolidadas frente ao mercado para, então, alcançar seus objetivos sociais e desenvolvimentistas com mais eficiência distributiva.

Em breve síntese introdutória, a empresa social propõe uma forma diferenciada de tratamento do lucro^[15], que não serve à obrigação de ser distribuído entre os sócios ou enfeitar balanços contábeis, mas apresenta sentido finalista eminentemente social e aproveita-se da estrutura jurídica empresarial para reverter os resultados superavitários na ampliação de benefícios sociais em favor de pessoas pertencentes a um grupo menos abastado, de risco ou não, específico, ou mesmo alcançando escalabilidade^[16].

É preciso, através de propostas criativas e factíveis, substituir a intervenção tradicional do direito e fugir à lógica compensatória para interferir diretamente no processo de desenvolvimento econômico e social, criando inclusão e escolha para os indivíduos (SALOMÃO FILHO, 2014, p. 47; 2015, p. 160), que é exatamente o resultado pretendido pela empresa com atuação social.

Por essência, a atuação das empresas sociais favorece a inclusão de pessoas oriundas das camadas econômicas mais baixas da sociedade, que via de regra estão à margem do mercado, ou seja, não ocupam nenhum dos assentos nos processos de produção ou comercialização, e não conseguem, por conseguinte,

[14] Comparato (2013, p. 45) afirma que na lógica capitalista apenas a propriedade de bens tem valor, e “a comunidade é uma ficção: o que existe são apenas indivíduos”.

[15] Símbolo da aproximação entre o segundo e o terceiro setores, a empresa social imiscuiu-se e deu significado ao denominado setor dois e meio, em razão de suas características híbridas, ora mais próxima do setor empresarial privado (segundo setor), ora semelhante às organizações da sociedade civil sem fins lucrativos (terceiro setor).

[16] O conceito de escalabilidade, nesta ótica, pode ser interessante por superar a lógica monopolista e tentar desvirtuá-la através de seus pares, as empresas. Pode-se atribuir a elas a responsabilidade do protagonismo de um salto desconcentrador para mudanças estruturais no mercado.

exercer plenamente suas liberdades individuais, nem mesmo como consumidor ou trabalhador. Como causa e consequência, há muito o poder público e as instituições do segundo setor se mantêm desinteressados por estes cidadãos, que apesar de representarem larga faixa da população dos países, também do Brasil, são classificados apenas como destinatários de políticas meramente assistencialistas, incapazes de gerar e/ou receber capital, e distantes, portanto, da capacidade de acesso aos direitos fundamentais mais primitivos.

Também inserida no contexto da economia social ou economia solidária^[17], a empresa social corporificou-se graças ao economista e banqueiro Muhammad Yunus, consagrado com o Prêmio Nobel da Paz em 2006, tamanha a relevância de sua contribuição para a erradicação da pobreza, a princípio em seu país, Bangladesh, através do financiamento de microcrédito aos pobres por meio de um banco, o Grameen Bank.

Esse empreendimento reinventou o segmento bancário por apresentar índices de recuperação superiores aos alcançados pelos bancos tradicionais, mesmo operando com taxas de juros menores que as oferecidas pelo mercado. Mas sua maior inovação está nos requisitos adotados para a seleção dos tomadores de empréstimos, e no tratamento a eles dispensado^[18].

[17] Alguns autores diferenciam negócio social de empresa social, como o próprio Yunus, atribuindo ao primeiro a necessidade de que o excedente seja totalmente reinvestido no próprio negócio a fim de fazê-lo crescer com o objetivo único de beneficiar mais pessoas. A empresa social, no entanto, admite a possibilidade de retorno financeiro ao proprietário e a existência de investidores também remunerados, sem que se perca seu objetivo social. Assim, a rigor, o Grameen Bank é um negócio social. Para os fins desse trabalho, no entanto, consigne-se que as características determinantes serão expressamente apontadas quando forem relevantes, utilizando-se, a princípio, o termo empresa social como gênero da empresa com atuação social.

[18] Os recursos são concedidos exclusivamente aos pobres pelo sistema “quanto menos você tem, mais você consegue”, e principalmente às mulheres; não há assinatura de contratos ou outros modos de formalização; os tomadores de empréstimo não oferecem caução ou outro tipo de garantia; o banco promove treinamentos prévios ao grupo de pleiteantes a um empréstimo, e também ensina sobre o funcionamento da instituição, sem delimitar um padrão para a utilização do recurso conseguido (o que lhes confere autonomia, em oposição ao conceito de paternalismo), e estabelece fundos de poupança por grupo, com um valor mínimo compulsório a ser depositado a fim de auxiliar os financiados em situações emergenciais, além de promover a experiência da gestão financeira (ALMEIDA, 2010, p. 29-31).

Necessário pontuar que a atuação social da empresa como unidade concedente de microcrédito fomenta o empreendedorismo e a inovação. A redução das exigências em comparação aos bancos tradicionais, especialmente com relação à prestação de garantia ou à vinculação de fiadores, sempre foi um entrave ao acesso ao crédito pela população de baixa renda, tese muito bem compreendida por De Soto (2000), que defende que o processo de representação da riqueza ou do capital é deficiente ou inexistente nas nações em desenvolvimento, e que os sistemas formais de propriedade ocidentais têm como um dos efeitos a fixação do potencial econômico dos ativos. Este potencial compõe a mensuração objetiva das instituições financeiras tradicionais no momento da concessão de crédito para que se defina o risco, o limite máximo disponível e a taxa de juros, por exemplo. A representação formal de propriedade é um meio de assegurar os interesses de terceiros e promover responsabilidades (DE SOTO, 2000, p. 48-49). De forma complementar, expõe Kennedy (2012, p. 22) sobre os direitos e deveres que a propriedade confere ao proprietário, provocando a discussão a respeito da regulação pública de bens privados.

É necessário que se analise a escolha de um ou outro modo de proteção da propriedade a respeito das consequências da distribuição de riquezas entre partes e das consequências sobre a dinâmica do sistema social e econômico, vez que a escolha de direitos de propriedade como estratégia econômica^[19] resulta na escolha de políticas sociais e econômicas (KENNEDY, 2012, p. 24). A ausência de propriedade sobre capital de qualquer espécie, portanto, cria um ciclo vicioso e autorrealizável de pobreza.

[19] Sobre gestão alternativa da propriedade deve-se conferir Ostrom (2009), que desafiou a concepção *mainstream* de racionalidade econômica segundo a qual os indivíduos agem sempre em função da maximização de seus interesses. Também pôs à prova a teoria denominada de “tragédia dos comuns”, de Garrett Hardin, que ditou os contornos da discussão sobre propriedade desde então ao propor que em um contexto em que diversos indivíduos compartilham de um recurso, o único resultado possível é a ruína, de modo que a solução seria a privatização do recurso compartilhado. Ostrom apresenta, por outro lado, a auto-organização de comunidades para evitar a tragédia, sustentando a cooperação e a lógica da ação coletiva, estudo ainda pendente de construção jurídica e relevantíssimo para o direito global, considerada a premente escassez de recursos.

4 A FUNÇÃO DA EMPRESA DIRECIONADA AO DESENVOLVIMENTO

Na perspectiva do que se propõe, é possível que sejam confundidos os diferentes conceitos de empresa social e função social da empresa. Embora essa explanação não componha o cerne deste estudo, a posição de Comparato (1996, p. 45-46) é suficiente para distanciar essas concepções, ou seja, é incongruente falar-se numa função social das empresas, pois no regime capitalista o que se espera delas é apenas a eficiência lucrativa. Em busca do lucro admite-se um mercado concorrencial, e é perigoso imaginar que no desempenho dessa atividade econômica o sistema empresarial, livre do controle dos poderes públicos, suprirá naturalmente as demandas sociais, evitará os abusos e promoverá justiça social, de forma que a tese da função social das empresas representa o risco de servir como disfarce retórico para o abandono, pelo estado, de toda política social.

Ainda sobre o referido conceito de função social, ao discorrer sobre a função social do lucro, Morais (2008, p. 423) anota, aproximando-se dos conceitos desenvolvidos por Schumpeter (1997), que o lucro é uma instituição justa, embora seus abusos representem injustiças. O que o empresário social compreende bem, mas que acontece em todas as empresas, é que embora seja seu o lucro investido na empresa, a impossibilidade de retirada desse capital de todas as empresas ao mesmo tempo faz com que, na prática, os lucros reinvestidos componham uma espécie de fundo social. Dessa forma, o lucro reinvestido não pode ser utilizado para fins pessoais, sob pena de paralisação da produção, evidenciando a clara função social do lucro reinvestido.

A esse entendimento relaciona-se o inovador conceito de capital *social*, distante do significado que a lei propõe ao mesmo termo e originado de uma cultura associativa que estimula a confiança, outros valores indispensáveis à participação cidadã e o cuidado com a coisa pública: o capital social é a capacidade de pessoas ou comunidades estabelecerem relações e vínculos entre si (BOSE, 2012, p. 29-31). De acordo com Méo (2014, p. 196), apesar de ser estritamente social, reconheceu-se que este capital pode transformar-se em valor econômico e gerar eficiência produtiva, comercial ou empresarial, isto é, riqueza, produção e justiça social.

Retomando o exemplo do Grameen Bank, é premente que se analise a função dos bancos e do sistema por eles imposto, apenas em seus desenhos mais destacados, como é o caso da flagrante diminuição do grau de pulverização empresarial e aumento do número de macroempresas^{[20],[21]} no Brasil, detentoras de monopólios.

O capitalismo de grandes unidades que se instalou em virtude da própria orientação do progresso tecnológico imprimiram um caráter oligopolístico ao sistema industrial brasileiro, conferindo o controle dos mercados – notoriamente dos setores mais importantes da produção – a um reduzido número de empresas, que trabalham simultaneamente em vários setores. Elimina-se, por consequência, a flexibilidade de preços, substituída pelo planejamento de preços realizado pelas grandes empresas e seguido pelas médias e pequenas empresas (FURTADO, 2003, p. 164-166).

A concentração estrutural de poder econômico, por sua vez, produz efeitos em todo o sistema e causa também a centralização da renda. Há de se considerar, ademais, que o monopólio não se resume a um fenômeno econômico, ele representa um padrão de exploração social em si (manipulação do preço da mão-de-obra com o intuito de abaixá-lo ou instituir condições desumanas de trabalho, imputação de danos ambientais, desemprego estrutural, pobreza) (SALOMÃO FILHO, 2015, p. 4-5), anterior à própria sociedade e que hoje se traduz no avanço da esfera econômica sobre as esferas social e política – de forma dominante e disfuncional, que se repete sistematicamente nos países em desenvolvimento.

E mais: no contexto de uma estrutura subdesenvolvida como a da economia brasileira, diante de um grande excedente estrutural de mão-de-obra e salários fixados em um patamar baixo, a implantação de um capitalismo de grandes unidades, pelas explicações desde antes formuladas por Furtado (2003, p. 168-

[20] No Brasil, razões políticas incentivaram a criação da grande empresa nacional, expressas no Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND), que foi determinante na elaboração da Lei das Sociedades Anônimas.

[21] Aqui também incluídas as empresas “campeãs nacionais” e os grupos domésticos brasileiros, que passaram por um processo de autorreforço em que a centralidade gerou mais centralidade. Segundo Lazzarini (2011, p. 39), as desigualdades não só aumentaram mais se perpetuaram, e quem já era central tornou-se ainda mais central.

181), apenas acentua a pressão no sentido da concentração de renda, implicando decisões irracionais para a economia nacional em seu conjunto.

Nesse sentido a empresa produto da evolução do direito comercial é um tipo velho mas que traz nova luz aos problemas enriquecidos pela era em que vivemos e advindos do processo de globalização. Ensina Comparato (1990, p. 3) que “se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa”.

Para se revestir de utilidade, Forgioni (2009, p. 124) aduz que a empresa deve ser enxergada como instituição social, superando as limitações formais que imobilizam aqueles que não a apreendem como agente econômico. Mesmo entendimento é compartilhado por Salomão Filho (2014, p. 46), para quem a empresa moderna, centro de recursos e poder, devem ser atribuídos ônus e responsabilidades a fim de que sejam cumpridos objetivos sociais e redistribuída riqueza a partir de regulamentação introduzida por via de lei.

Mesmo porque se considera estendida à lógica empresarial as conclusões do estudo desenvolvido por Portugal Gouvêa (2013, p. 460) no sentido de que a busca individual pela efetivação de direitos sociais e econômicos ditados pela Constituição Federal, especialmente através do Poder Judiciário como instrumento compensatório, não consegue reduzir a desigualdade econômica por beneficiar apenas aos já integrantes da lógica patrimonialista, o que acaba por não alterar em nada as estruturas de poder dominantes causadoras de desigualdade.

Até mesmo porque embora outras políticas, como a de redistribuição progressiva, sejam fundamentais para garantir justiça no crescimento econômico, elas em si não geram crescimento, e enquanto a desigualdade pode prejudicar o crescimento, a igualdade, por si, não consegue estimulá-lo (MAZZUCATTO, 2011, p. 31).

Essa forma de entender os empreendimentos reconhece a superação do capitalismo individualista e da desenfreada perseguição pelo lucro que regem o atual sistema econômico. Segundo Yunus, o capitalismo e toda a estrutura social que o envolve têm deturpado a natureza do indivíduo de forma que a valorização do ser humano é tão grande quanto sua vocação unidimensional: total obstinação para negócios

que buscam maximização superavitária. Esse objetivo é, então, estampado em cada ato econômico do contexto empresarial. O economista ainda relaciona diretamente os conceitos de paz e pobreza, firmando a convicção de que enquanto persistir o desequilíbrio da distribuição de riquezas será impossível alcançar a paz (YUNUS, p. 8-10).

A evolução do pensamento de Yunus, de fato, perpassa necessariamente pelos estudos de Amartya Sen sobre a pobreza extrema como produto necessário do sistema capitalista e a ausência de condições e capacidades mínimas para que se exerçam quaisquer prerrogativas inerentes ao ser humano por sua condição (*entitlements*). A isso a Constituição brasileira nomeou dignidade da pessoa humana, instituto que goza de uma rede de proteções a fim de tentar combater os efeitos de um sistema baseado na exclusão, sobretudo do mercado de trabalho. Para compreender a pobreza, segundo Sen (1999, p. 35-37), não se deve focar apenas nos padrões de propriedade e nos direitos de troca, mas também nas forças que os embasam.

Não é difícil identificar as demandas sociais^[22] que clamam pela chamada da empresa às reflexões sobre o desenvolvimento. Detendo-se à análise do Brasil, por exemplo, vê-se as carências advindas da instituição histórica de políticas públicas ineficientes, insuficientes, mal executadas ou simplesmente ausentes^[23], que acabam por não tratar da maneira adequada problemas que merecem atuação prioritária por afetarem a sociedade de forma geral mas especialmente os indivíduos mais vulneráveis.

A despeito de compor um ambiente privado, a empresa é estruturada sempre de forma a concentrar cada vez mais recursos e poder, mas deve assumir também

[22] O Brasil ocupa a 9ª posição no *ranking* mundial a partir da avaliação pelo Coeficiente Gini de desigualdade de distribuição de renda, além de ter a maior fatia da América Latina de população de baixa renda, totalizando quase 160 milhões de pessoas. Quase 70% da população não estudaram além do ensino básico, e 30% da classe D e 65% da classe E não têm acesso ao crédito, segundo os dados do Ipea, 2012.

[23] Schneider (1999, p. 285) afirma que os formuladores de políticas dependem de medidas quantitativas diretas, como o aumento de produção ou exportações, para avaliar seu progresso, e o próprio desenvolvimento confere ao estado o papel de liderança na identificação de critérios que avaliem sua eficácia, mais que sua eficiência.

sua titularidade de deveres em relação à sociedade, vez que sua disciplina, tanto interna como externa, é capaz ditar os rumos de um ou outro desenvolvimento.

5 CONCLUSÃO

Ao enunciar a instrumentalidade da empresa com atuação social para o desenvolvimento real se aposta num hibridismo bastante coerente: dada a permeabilidade da empresa no mercado global, entidade muito mais fluida e dinâmica que a jurisdição das políticas públicas, quando existentes, de cada estado, devem ser considerados outros resultados, além ou apesar do lucro, na mensuração de seu resultado a fim de que se alcance níveis menos cruéis de justiça social.

A implementação dos conceitos estudados através da adoção de práticas de governança claras e bem orientadas, além do potencial escondido das economias subdesenvolvidas, notadamente a brasileira, não deixam dúvidas sobre a validade da empresa social e dos benefícios sociais advindos desse *big push* por elas representado.

O exemplo, ainda vivo, que deu origem à hipótese ora discutida da empresa social como instrumento para o desenvolvimento pode indicar um resultado prévio importante: talvez alterações estruturais possam alcançar mais efetividade quando se dá nova interpretação aos próprios agentes do sistema, de modo que a ruptura e evolução dos velhos instrumentos sistêmicos internos possa ser realizada através destes mesmos instrumentos, desde que estruturalmente revisitados^[24].

Vive-se sob o domínio alheio da narrativa de uma história da qual se faz parte, momento que merece reflexão e uma pitada de criatividade.

Isso porque a história, às vezes ainda a ser escrita, do desenvolvimento e do subdesenvolvimento é complexa e pode ser apenas iniciada através da observação das estruturas econômicas firmadas em cada região do globo. Em regra, no entanto,

quando o desemprego torna-se estrutural, as movimentações migratórias se intensificam, e o estado deixa de fazer (ou nunca fez) frente aos compromissos sociais, a configuração política buscada ganha os contornos do discurso da proteção do homem médio e da liberalização dos mercados, perigoso por natureza.

Por outro lado, por mais que se considere a força das estruturas econômicas sobre a realidade social e política, o determinismo histórico não deve prevalecer para ditar o fim da história. Deve-se, a princípio, repensar os fundamentos de funcionamento do mercado, seja para rever suas bases ou para torná-lo menos disfuncional – menos oligopolizado e menos monopolizado.

É por isso que não se concebe como ideológica a premente necessidade de alteração das estruturas, até mesmo porque sua sofisticação passa por elementos humanos, e entender o ser humano como elemento de transformação e desenvolvimento propriamente dito é o caminho possível.

[24] Para uma revisão estrutural do funcionamento da economia, há que se ter disposição para visitar os institutos em sua forma clássica, que não se preocupavam com escassez, desigualdade ou sobrevivência das espécies (SALOMÃO FILHO, 2015, p. 163).

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AKERLOF, G.; SCHILLER, R. **Phishing for phools: the economics of manipulation and deception**. Princeton: Princeton University Press, 2017.
- ALMEIDA, C. N. R. **A Empresa social no Brasil: análise da viabilidade constitucional de um modelo teórico**. 2010. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, 2010.
- BOSE, M. **Empreendedorismo social e promoção do desenvolvimento local**. 2012. 182 f. Dissertação (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade. São Paulo, 2012.
- CHOMSKY, N. **O lucro ou as pessoas: neoliberalismo e ordem global**. 4
- COMPARATO, F. K. **A reforma da empresa**. In: _____. Direito empresarial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. **Estado, empresa e função social**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 732, p. 38-46, 1996.
- _____. **Para entender o mundo em que vivemos**. In: CASTRO, R. R. M.; WARDE JÚNIOR, W. J.; GUERREIRO, C. D. T. (coord.). Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 25-48.
- CYPHER, J.; DIETZ, J. **The process of economic development**. Londres: Routledge, 2004.
- DE SOTO, H. **The mystery of capital: why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else**. [s.l.]: Bantam Books, 2000.
- DÍAZ-FONCEA, M.; MARCUELLO, C. **Las empresas sociales en España: concepto y características**. Revista Vasca de Economía Social, [s.l.], n. 8, p. 143-166, 2012.
- FORGIONI, P. A. **A evolução do direito comercial no Brasil: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- FURTADO, C. **Raízes do subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- GELFER, S.; PISTOR, K.; RAISER, M.. **Law and finance in transition economies**. Economics of Transition, Malden, v. 8, p. 325-368, 2000.
- KENNEDY, D. **Some caution about property rights as a recipe for development**. Accounting, Economics, and Law, [s.l.], v. 1, p. 1-44, 2011.
- KERLIN, J. A. **Social enterprise in the United States and Europe: understanding and learning from the differences**. Voluntas International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations, [s.l.], p. 247-263, 2006.
- LAZZARINI, S. G. **Capitalismo de laços: os donos do brasil e suas conexões**. São Paulo: Elsevier, 2011.
- MATEUS, A. **Book review: Monopolies and underdevelopment**. World Competition Review, [s.l.], p. 143-146, 2016.
- MAZZUCATO, M. **The entrepreneurial state: debunking public vs. private sector myths**. [s.l.]: Demos, 2011.
- MÉO, L. C. **Empresas sociais, função social da empresa e responsabilidade empresarial social**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 59, p. 193-230, 2014.
- MORAIS, L. F. L. **A função social do lucro e a sociedade pós-capitalista**. Campinas: Emopi, 2008.
- NORTH, D. C. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal e Instituto Millenium, 2006.
- NURKSE, R. **Problems of capital formation in underdeveloped countries**. New York: Oxford University Press, 1961.

- OFFE, C. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- OSTROM, E. **Beyond markets and states: polycentric governance of complex economic systems**. Noble Prize Lecture, 08 dez. 2009.
- PIKETTY, T. **Capital in the twenty-first century**. [s.l.]: Belknap Press, 2014.
- PORTUGAL GOUVÊA, C. **Social rights against the poor**. Vienna Journal on International Constitutional Law, [s.l.], v. 7, p. 454-475, 2013.
- PREBISH, R. **O desenvolvimento econômico da América Latina e alguns de seus problemas principais**. In: Bielschowsky, R. Cinquenta anos de pensamento na Cepal, [s.l.], v. 1, p. 69-136, 1949.
- SALOMÃO FILHO, C. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. **Regulamentação da atividade empresarial para o desenvolvimento**. Revista de Estudios Brasileños, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 45-54, 2014.
- _____. **Monopolies and underdevelopment**. [s.l.]: Edward Elgar, 2015.
- _____. **Monopolies and underdevelopment: some clarifications**. World Competition Review, [s.l.], 2017. No prelo.
- SCHNEIDER, B. R. **The desesarrollista state in Brazil and Mexico**. In: WOOD-CUMINGS, M. The developmental state. Ithaca: Cornell University Press, p. 276-305, 1999.
- SCHUMPETER, J. A. **Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- SEN, A. **Poverty and famines: an essay on entitlement and deprivation**. [s.l.]: Oxford University Press, 1999.
- SOUZA, A. G. **Empresas sociais: uma abordagem societária**. São Paulo: Almedina, 2015.
- STIGLITZ, J. E. **O preço da desigualdade**. Lisboa: Bertrand Editora, 2013.
- YUNUS, M.; WEBER, K. **Criando um negócio social: como iniciativas economicamente viáveis podem solucionar os grandes problemas da sociedade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

