

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

VOLUME 11 | NÚMERO 2 | 2020



**UNIPÊ**

Centro Universitário  
de João Pessoa

# Sumário

<b>COERÊNCIA, INTEGRIDADE E DECISÃO DEMOCRÁTICA: uma análise da necessária uniformização de jurisprudência no caso das decisões acerca do limite máximo consignável em contratos de crédito consignado realizados por servidores públicos do Estado do Rio Grande</b> Monique Ferrarese Stedile Ribeiro, Cristina Stringari Pasqual	6-23
<b>UMA RELEITURA OBRIGATÓRIA DO DIREITO DE ASILO E DE REFÚGIO NO CONTEXTO DA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO</b> Deilton Ribeiro Brasil, Tatianny Kariny Veloso Gomes	24-41
<b>O APRIMORAMENTO DO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA E SEU ADEQUADO FINANCIAMENTO</b> Reis Friede	42-55
<b>A INTERFACE DIALÉTICA ENTRE A DEMOCRACIA E A GLOBALIZAÇÃO</b> Maria Beatriz Espirito Santo Mardegan, Artur César de Souza, Walkiria Martinez Heinrich Ferrer	56-77
<b>O FATO JURÍDICO DO INCISO III DO ARTIGO 135 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL: a delimitação da responsabilidade tributária do administrador</b> Danyelle Rodrigues de Melo Nunes, Filipe Lôbo Gomes, Natalie Cristyne de Santana Barbosa Farias	78-96
<b>A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA E O PODER MUNICIPAL: impactos da Lei 13.874/19 nos municípios brasileiros</b> Giovani da Silva Corralo	97-110
<b>LEVANTAMENTO DA PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA A CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL</b> Jheycon Antônio Matos Sousa, José Machado Moita Neto	111-128
<b>DIREITO DE COMUNIDADES TRADICIONAIS FACE AO AGRONEGÓCIO: análise da tutela de direitos desde resistências à monocultura da soja no Baixo Parnaíba maranhense</b> Ruan Didier Bruzaca	129-147
<b>O COMBATE À OBSOLESCÊNCIA NO BRASIL: a análise do ordenamento jurídico brasileiro</b> Cristiano Dos Reis Fernandes, José Heder Benatti	148-166
<b>A POBREZA COMO PRIVAÇÃO DE CAPACITAÇÕES (CAPABILITES): referências sobre a necessidade de políticas públicas no Brasil em tempos de grave crise</b> Neuro José Zambam, Dionis Janner Leal	167-185

<b>MEDIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ACCESO A LA JUSTICIA DE ACUERDO COM LA LEY n. 13.140/2015</b> Amanda da Cruz Saraiva, Fabiana Marion Spengler	<b>186-198</b>
<b>QUESTÕES CANDENTES DA REFORMA TRABALHISTA DE 2017: percepções e realidade do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região</b> Ivar A. M. Hartmann, Roberto da Silva Fragale Filho, Lorena Abbas da Silva	<b>199-211</b>
<b>FRUIÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS POR ESTRANGEIROS À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: estudo do caso dos venezuelanos</b> Jordânia Cardoso Soares, André Ricardo Fonsêca da Silva	<b>212-227</b>
<b>EMPRESAS ESTATAIS: algumas considerações sobre o seu papel no desenvolvimento econômico brasileiro</b> Glauber de Lucena Cordeiro, Paulo Henrique Silva Figueiredo	<b>228-244</b>
<b>FERTILIDADE RIMA COM IDADE? (enquadramento ético-legal da criopreservação de ovócitos como método de preservação da fertilidade feminina)</b> Vera Lúcia Raposo	<b>245-263</b>

## EDITORIAL

A Revista Direito e Desenvolvimento, que é uma publicação semestral, estratificada no sistema como Qualis B1, conforme a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro Universitário de João Pessoa- UNIPÊ, lança o n. 2, v. 11 (2020).

A temática desta edição foi livre, sendo no total 15 (quinze) artigos científicos inéditos de doutores, como autor e/ou coautor com doutorando ou mestrando. Ademais, temos 1 (uma) publicação escrita em espanhol e uma (uma) publicação de pesquisadora estrangeira. Do total, mais de 85% (oitenta e cinco por cento) dos artigos foram publicados por autores exógenos ao Estado da Paraíba.

A construção desse trabalho somente foi possível com a participação direta dos autores e avaliadores (por meio do sistema *Double Blind Review*, sendo todos doutores), tanto da própria Instituição, bem como exógenos (de várias regiões do Brasil).

Agradecemos todo o apoio dado pelo Coordenador do PPGD/UNIPÊ (Prof. Dr. Glauber de Lucena), da Reitora do Centro Universitário de João Pessoa- UNIPÊ (Profa. Dra. Mariana Brito), além de todos da família UNIPÊ/Cruzeiro do Sul.

Aos leitores, uma boa leitura!

**Prof. Dr. André Ricardo Fonsêca da Silva**  
Editor Geral da Revista Direito e Desenvolvimento  
Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIPÊ

## EXPEDIENTE

Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ

### **Reitora:**

Profa. Dra. Mariana de Brito Barbosa

### **Editores:**

Prof. Dr. Andre Ricardo Fonseca da Silva

Profa. Dra. Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira

### **Coordenador do PPGD/UNIPÊ:**

Prof. Dr. Glauber de Lucena Cordeiro

### **Corpo Docente do PPGD/UNIPÊ:**

Prof. Dr. Alfredo Rangel Ribeiro

Prof. Dr. Andre Ricardo Fonseca da Silva

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de N. Deodato

Profa. Dra. Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira

Prof. Dr. Glauber de Lucena Cordeiro

Prof. Dr. Gustavo Rabay Guerra

Profa. Dra. Maria Marconiete Fernandes Pereira

Prof. Dr. Paulo Henrique Tavares da Silva

Prof. Dr. Rogerio Magnus Varela Gonçalves

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga

### **Produção editorial:**

DigitalPub Soluções Editoriais

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

COERÊNCIA, INTEGRIDADE E DECISÃO DEMOCRÁTICA:  
UMA ANÁLISE DA NECESSÁRIA UNIFORMIZAÇÃO DE  
JURISPRUDÊNCIA NO CASO DAS DECISÕES ACERCA  
DO LIMITE MÁXIMO CONSIGNÁVEL EM CONTRATOS DE  
CRÉDITO CONSIGNADO REALIZADOS POR SERVIDORES  
PÚBLICOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

MONIQUE FERRARESE STEDILE RIBEIRO  
CRISTINA STRINGARI PASQUAL

**COERÊNCIA, INTEGRIDADE E DECISÃO DEMOCRÁTICA:  
UMA ANÁLISE DA NECESSÁRIA UNIFORMIZAÇÃO DE  
JURISPRUDÊNCIA NO CASO DAS DECISÕES ACERCA DO  
LIMITE MÁXIMO CONSIGNÁVEL EM CONTRATOS DE  
CRÉDITO CONSIGNADO REALIZADOS POR SERVIDORES  
PÚBLICOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**COHERENCE, INTEGRITY AND DEMOCRATIC STATE OF  
LAW: AN ANALYSIS OF THE NECESSARY UNIFORMITY OF  
JURISPRUDENCE IN THE CASE OF DECISIONS ABOUT THE  
MAXIMUM LIMIT ASSIGNABLE IN CONSIGNED CREDIT  
AGREEMENTS MADE BY PUBLIC SERVANTS OF THE STATE OF  
RIO GRANDE DO SUL**

Recebido: 30/07/2018  
Aprovado: 19/12/2020

Monique Ferrarese Stedile Ribeiro<sup>1</sup>  
Cristina Stringari Pasqual<sup>2</sup>

**RESUMO:**

O estudo analisa os diferentes conceitos do postulado da coerência, sua necessária utilização para a criação legislativa e para a decisão judicial, bem como sua íntima relação com os conceitos de unidade, sistema e integridade, utilizando, para isso, da pesquisa bibliográfica, de dados na internet e jurisprudencial como metodologia de estudo. Investigar-se-á também a relação entre integridade e coerência nas decisões judiciais e o regime democrático, sob a ótica da previsibilidade das decisões judiciais e da igualdade de tratamento aos litigantes e o incidente de assunção de competência como um dos instrumentos processuais aptos a conferir integridade e coerência às decisões de um mesmo Tribunal. Por fim, a investigação pretende criticar a ausência de uniformização jurisprudencial por parte dos Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no caso dos contratos de crédito com descontos em folha de pagamento (contratos de crédito consignado) relativos aos servidores públicos do estado, que gera decisões em desconformidade com a coerência e a integridade da jurisprudência deste Tribunal.

**Palavras-chave:** Coerência. Estado democrático de direito. Consumidor. Decisão judicial. Crédito consignado.

**D18**

<sup>1</sup> Professora de Ensino Superior na Unibalsas Educacional. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público na área de concentração Tutelas à efetivação de direitos indisponíveis. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2013) e Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Faculdade do Ministério Público (2016). email: monique.ferrarese@gmail.com

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, 1996), especialização em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS, 1998), Mestrado em Direito (2003) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, 2008). É professora da Graduação e Pós Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. É advogada fundadora do escritório Stringari Pasqual Advogados Associados S/C. email: cristinaspasqual@terra.com.br

**ABSTRACT:**

The study aims analyzing the different concepts of the postulate of coherence, its necessary use for legislative creation and for judicial decision, as well as its close relationship with the concepts of unity, system and integrity, using, for this, bibliographic research, internet data and case law as a study methodology. It will also investigate the relationship between integrity and coherence in judicial decisions and the democratic state of law, from the point of view of the predictability of judicial decisions and equal treatment of litigants and the incidente of competence undertaking as a procedure capable of granting integrity and coherence to the verdicts in a particular Court. Finally, the investigation seeks to criticize the absence of uniform jurisprudence by the Court of Justice of Rio Grande do Sul in the case of payroll deductions for public servants of the state, which generates decisions that are inconsistent with the coherence and integrity of this Court's Jurisprudence.

**Keywords:** Coherence. Democratic State of Law. Consumer. Adjudication. Consigned credit agreements.

**1 INTRODUÇÃO**

A coerência é estudada por diversos juristas, que prezam por sua utilização tanto no campo legislativo como na seara da decisão judicial. Entendida neste estudo como um postulado, a coerência será analisada sob a ótica de diversos autores, como Neil MacCormick, Norberto Bobbio e Ronald Dworkin, a fim de que se construa um amplo conceito do postulado, que está relacionado, segundo os doutrinadores estudados, com os conceitos de unidade, sistema e integridade.

Observar-se-á a necessária obediência desse postulado tanto pelo poder legislativo, para que não sejam concebidas leis incoerentes e sem efetividade social, como já ocorrido na Itália<sup>3</sup>, quanto pelo poder judiciário, para que as decisões jurídicas sejam proferidas em harmonia com o sistema jurídico vigente e mantenham-se íntegras e coerentes entre si, em especial no âmbito de um determinado Tribunal.

Na atividade legislativa, a utilização do postulado da coerência para a justificação de novas normas jurídicas é presumida, porém não pode deixar de ser observada no momento de criação normativa, a fim de que a nova norma cumpra com uma relação lógica e harmônica em relação à concepção de justiça adotada pela comunidade jurídica em que será inserida. Partindo desse pressuposto, analisar-se-á a (in)coerência entre a Lei Federal 10.820 de 2003 e o Decreto-Lei 43.575 de 2005 do Estado do Rio Grande do Sul.

Não obstante sua elevada importância na seara da criação legislativa, o postulado da coerência também cumpre um papel fundamental nas decisões judiciais, na medida em que decisões incoerentes e em desacordo com a integridade do direito põem em risco o estado democrático, ao gerarem resultados desiguais para situações semelhantes, desestabilizando o campo de previsibilidade das decisões jurídicas por parte dos cidadãos.

<sup>3</sup> Segundo Neil MacCormick (2008, p. 249), há algumas décadas, o Parlamento da Itália determinou que deveria haver limites diferentes de velocidade para diferentes tipos e modelos de carro. Todavia, não obstante o regramento jurídico, os motoristas de carro da Itália não perceberam a lei como uma norma coerente. Eles trataram os diferentes limites de velocidade como um *nonsense* incoerente e os ignoraram completamente e nem os motoristas nem a polícia prestou atenção às regulações. Assim, o desuetude (*desuetude*) revogou o ato. Nesse caso, por mais que pudesse haver alguma coerência na norma estabelecida (em razão da potência de cada carro, por exemplo, poderia ser mais seguro para alguns trafegarem a uma velocidade mais baixa que outros), o Parlamento não foi bem sucedido em fundamentar adequadamente essa norma, razão pela qual acabou sendo tomada como coerente e jamais teve utilização, ou seja, jamais foi efetivada no plano dos fatos.



Assim, propõe-se uma análise do postulado da coerência na decisão judicial, primeiramente no campo da argumentação jurídica, analisando-se seus conceitos mais difundidos, para posteriormente investigar-se os requisitos necessários e implícitos a uma decisão coerente, em especial o postulado da integridade.

Investigar-se-á o postulado da coerência sob a ótica da previsibilidade judicial de decisões de um mesmo Tribunal, a fim de defender a utilização da coerência e da integridade do direito como postulados que inspirem a uniformização de jurisprudência nos Tribunais, para que estes, em respeito à previsibilidade judicial, à igualdade e ao estado democrático de direito, passem a instigar decisões coerentes entre si perante suas câmaras e turmas julgadoras.

Em uma análise prática, buscar-se-á, no estudo em apreço, defender a (in)coerência da legislação e do posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2017, acerca do percentual máximo de desconto relativo ao empréstimo consignado em folha de pagamento dos servidores públicos do estado. No campo de análise, sob a ótica do postulado da coerência, observar-se-á a existência de leis com abrangência distinta, mas incoerentes sobre a matéria, o que tem gerado decisões judiciais contrárias no mesmo Tribunal acerca do percentual máximo a ser descontado dos vencimentos dos servidores públicos estatais, prejudicando os consumidores de crédito e colocando em risco a harmonia do sistema jurídico e das decisões judiciais, bem como a concepção de estado democrático de direito.

Por fim, analisar-se-á a possibilidade da utilização do Incidente de Assunção de Competência como instrumento capaz de uniformizar o entendimento acerca dessa matéria no Tribunal estadual, com o intuito de propiciar decisões isonômicas aos servidores públicos do Estado do Rio Grande do Sul que litigam na Corte estadual, prezando pela coerência e pela integridade da jurisprudência.

## 2 A IMPORTÂNCIA DA COERÊNCIA DOS SISTEMAS JURÍDICOS

A palavra “coerência” tem sua origem no latim (*cohaerentia*) e significa uma atuação constante, que conduz a uma descrição harmônica de ações, fatos ou ideias. (CORREIA, 1981, p. 60) A coerência pode ser investigada como uma forma de explicar teorias do conhecimento, sendo utilizada também como uma condição capaz de justificar ou falsear crenças. No direito, a coerência é estudada e utilizada especialmente como um critério para fundamentar-se adequadamente uma decisão judicial e como um método de análise de adequação e apropriação de determinada norma com relação ao restante do ordenamento jurídico. (RAZ, 1992, p. 275)

### 2.1 A coerência no direito

A ideia de coerência no direito só passou a ser possível após a superação da visão do ordenamento enquanto um mero conjunto formal de normas (paradigma pós-positivista), ou seja, somente a superação do positivismo jurídico<sup>4</sup> teria possibilitado o reconhecimento das normas não somente como um “amontoado de prescrições”, mas como um todo ordenado de forma coerente. (SILVA, 2017, p. 50)

<sup>4</sup> Segundo Amalia Amaya, “a motivação da teoria coerentista, tanto na versão fraca como na forte, deve ser localizada no contexto de uma crítica não cética do positivismo jurídico, já que as versões fracas de coerência tentam suplementar o positivismo ao dirigir a atenção a materiais jurídicos outros que não apenas regras jurídicas; mas as versões mais fortes vão além na sua crítica do paradigma positivista, podendo-se considerá-las como fornecedoras de uma visão alternativa sobre o conceito de direito”. (*apud* COL, 2012, p. 54)

Destarte, no direito, a coerência tem a função de relacionar normas a fim de obter-se um ordenamento jurídico coeso e harmônico. Segundo Ávila (2013, p. 144/145), a coerência é um postulado<sup>5</sup> que impõe ao intérprete, dentre outras atuações, o dever de relacionar algumas normas com outras que lhe sejam formal ou materialmente superiores e está diretamente ligado ao postulado da unidade do ordenamento jurídico, que, segundo o jurista, exige do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e unidade<sup>6</sup>.

Nesse sentido, MacCormick (2009, p. 197) defende que a coerência do direito deve ser tomada sob o aspecto de uma desejável simetria das diversas normas de um ordenamento jurídico, quando consideradas em seu conjunto. Assim, os conjuntos de normas presentes no sistema poderiam estar alinhados no sentido de serem todos compatíveis com uma norma mais geral, que se manifestaria, de forma concreta através das demais normas circundantes.

Alexy e Peczenik (*apud* SILVA, 2017, p. 48), quando conceituam coerência, insistem na ideia de que esta é mais ampla que a consistência lógica, corroborando o entendimento de que a consistência é uma condição necessária, mas não suficiente para que haja coerência. Assim, enquanto a consistência seria definida por uma simples ausência de contradição entre normas, a coerência no direito está ligada à harmonia de todas as normas de um sistema, ou seja, mesmo que não haja contradição direta entre elas, ainda podem haver desentendimentos entre as normas em seu conjunto e, caso isso ocorra, apesar de haver consistência não haverá coerência normativa<sup>7</sup>.

O postulado da coerência também pode ser utilizado, segundo Ávila (2013, p. 149/151) para complementar o postulado da hierarquia entre as normas, que se relacionam de forma vertical, no sentido de que a interpretação de uma norma inferior deve ser aquela que mais se aproximar do conteúdo da norma superior, e de forma e horizontal, sendo este entendido de modo que o sentido da norma mais específica deva aproximar-se o mais possível da norma mais geral. Assim, segundo o jurista, em ambas as formas de relacionamento (vertical e horizontal), as normas superiores e inferiores, bem como as normas gerais e específicas, devem atuar simultaneamente umas sobre as outras, em uma espécie de correspondência circular, sendo a eficácia, ao invés de unidirecional, recíproca.

Por sua vez, Leonor Moral Soriano distingue as teorias coerentistas no sistema jurídico e na justificação jurídica. Enquanto estas analisam os argumentos de uma decisão e a forma como eles estão conectados, aquelas se prezam a investigar o ajuste (coerente) da decisão proferida com relação a todos os componentes do sistema jurídico. (*apud* COL, 2012, p. 56)

5 Enquanto muitos autores só fazem a distinção entre regras e princípios, Ávila propõe a criação de uma divisão entre os princípios e as regras, que são classificados em sua proposta como sendo normas de primeiro grau, e os postulados normativos aplicativos, que descreve como normas de segundo grau. Segundo o autor, “os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto de aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e ao aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas”. (ÁVILA, 2013, p. 143)

6 Robert Alexy e Aleksander Peczenik também entendem a coerência como postulado, assim argüindo: “Concretamente, o grau de coerência de uma teoria (ou, ..., de uma decisão jurídica) pode ser avaliado a partir de dez critérios *ceteris paribus*, os quais, juntos, compõem uma estrutura de argumentação extremamente complexa. Fica claro, portanto, que a coerência realmente pode ser vista como um postulado normativo aplicativo. Existe, contudo, um importante detalhe: trata-se de um postulado cujas máximas parciais não podem ser formuladas como regras, mas como princípios que precisam ser otimizados entre si”. (*apud* BUSTAMANTE, 2005, p. 277).

7 Segundo Gavião Filho (2016, p. 30), “A coerência é uma propriedade ou qualidade de um conjunto de razões cujas proposições, no conjunto, fazem sentido na sua totalidade. Como diz MacCormick, consistência completa não é condição necessária da coerência, pois coerência é uma questão de grau. Uma coerência perfeita requer a eliminação de toda inconsistência, mas não uma coerência relativa que admite alguma inconsistência. Apenas o conceito de coerência pode ser formulado de modo que inclua a consistência como lado negativo da coerência”.

Com efeito, observa-se que a coerência não se relaciona apenas com a ausência de contradição entre as normas, indo além para questionar proposições que não encontram harmonia com a norma fundamental do sistema jurídico, com o ordenamento por completo, ou com o ramo do direito em que são aplicadas.

Além disso, o postulado da coerência não tem aplicação somente no momento da decisão judicial, devendo ser observado atentamente na criação legislativa<sup>8</sup>, a fim de que se alcance uma unidade no sistema jurídico, que não deve ser considerado como um “amontoado de prescrições”, e sim como um conjunto de normas alinhadas e compatíveis, que se comunica em um movimento circular e coeso. (MACCORMICK, 2008, p. 249/250)

## 2.2 Coerência, unidade, sistema e integridade

A coerência deve ter seu estudo analisado conjuntamente com outros três postulados: unidade, sistema e integridade.

Raz (1992, p. 320) associa coerência a unidade, no sentido da unidade como uma circular interdependência de um conjunto de proposições: assim, para que haja coerência, nenhuma proposição deve gozar de prioridade sobre outra, sendo que quanto mais unidade o direito possuir, maior a coerência do ordenamento<sup>9</sup>.

Seguindo a linha da unidade da ordem jurídica, Canotilho (2003, p. 1144) disserta que:

A ordem jurídica ou ordenamento jurídico é, pois, um conjunto de normas jurídicas. Mas não se trata de um conjunto qualquer. Ele transporta uma certa unidade e uma certa coerência intrínseca – unidade da ordem jurídica. Não se compreenderia, com efeito, que uma simples soma de normas jurídicas, esparsas e desprovidas de conexão, fosse erguida a ordem e tivesse virtualidades para assegurar unidade e coerência àquilo que se apresenta de forma desarticulada e até contraditória.

Bobbio (1995, p. 71) afirma que a unidade do ordenamento jurídico pressupõe como sua base uma norma fundamental da qual possam decorrer as demais normas do ordenamento, mas que o ordenamento jurídico deve ser visto também como um sistema, ou seja, como uma “unidade sistemática”. Dessa forma, outro aspecto que pode ser associado diretamente à coerência é a ideia de sistema.

Sobre o conceito de “sistema”, Bobbio disserta que este deve ser visto como uma totalidade ordenada, “um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”. O jurista entende ainda que uma “ordem” pressupõe que as normas que a constituem tenham um relacionamento de coerência umas para com as outras, não somente de uma norma em relação ao todo. Nesse contexto, explica que “quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num

<sup>8</sup> A título de ilustração de uma norma incoerente com o sistema jurídico, Neil MacCormick lembra da criação, pelo Parlamento italiano, de uma lei que estabelecia diferentes limites de velocidade para diferentes tipos e modelos de carro. O exemplo real, muito parecido com seu exemplo inventado acerca dos diferentes limites de velocidade para as diferentes cores de carros, todavia, não foi seguido na prática. Nem os proprietários dos automóveis nem a polícia prestaram atenção às regulações, tratando a regulação como um *nonsense* incoerente e as ignorando totalmente. Assim, o desuetado revogou o ato. Acerca do caso real, Neil MacCormick preferiu não entrar em detalhes, alegando que, nesse caso, “talvez os legisladores tenham falhado na persuasão, e não na coerência”. Mas no exemplo fictício que criou, acerca dos diferentes limites de velocidade máxima para as diferentes cores de automóveis, ressaltou a incoerência, na medida em que tal alteração legislativa não serviria a nenhum grupo de valores e fins que as leis de limitação de velocidade deveriam promover (segurança dos usuários na estrada, economia no uso de combustível e prevenção de desgastes excessivos da estrada). (MACCORMICK, 2008, p. 249/250)

<sup>9</sup> Segundo Raz (1992, p. 286): “[...] Other forms of unity displaying coherence are possible as well. One can imagine unity through circular interdependency of a set of propositions such that giving up one principle requires the abandonment of all the others. If coherence takes this form, then no proposition enjoys priority over any other.” E continua: “[...] Only the very broad characterization of coherence as the degree of unity in the legal system can be stated in advance. The more united the law is made to be the more coherent it is. The more pluralistic the law, the less coherent it is. [...]”

relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação”. (BOBBIO, 1995, p. 71)

Por fim, o terceiro aspecto apontado pelos juristas como interligado à coerência é o da integridade, construída na teoria jurídica de Ronald Dworkin. A integridade, na doutrina dworkiniana é uma virtude política comprometida com ideais como a justiça e o devido processo e relaciona-se com a ideia de uma comunidade de princípios. Nesse sentido, a integridade poderia ser analisada sob a ótica legislativa, requerendo uma ação legislativa capaz de tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e sob a ótica da jurisdição, no sentido de prezar por uma interpretação legal coerente com a história do direito e os princípios ético-políticos (MATOS, 2014, p. 104), isto é, o direito como integridade de Dworkin “amplia a base coerentista para além das regras, fazendo inserir razões políticas e, sobretudo, razões de princípio nas quais se baseia a concepção de coerência” (COL, 2012, p. 76).

Estudando as obras de Dworkin, Motta (2014, p. 119) assevera que a coerência deve ser observada tanto pelo legislador (“integridade na legislação”), a fim de que os criadores das leis as mantenham coerentes aos demais princípios do sistema jurídico, quanto pelo juiz (“integridade no julgamento”), de modo que os responsáveis pelas decisões judiciais observem a lei e a façam cumprir de forma coerente. Assim, a via da coerência e da integridade de princípios, em Dworkin, acaba sendo apresentada como um método interpretativo para a resolução de problemas morais<sup>10</sup>. (MOTTA, 2014, p. 149/150)

Dworkin defende a necessidade de uma “consistência articulada”, cuja característica principal seria a impossibilidade da tomada de decisões que, isoladamente, parecem corretas, mas que, quando inseridas na teoria ampla de princípios gerais do respectivo ordenamento, não consistem com os valores e as demais decisões do sistema. (*apud* COL, 2012, p. 76/77) Logo, parece possível afirmar que Dworkin aderiu ao modelo global de coerência, exigindo uma interpretação da norma, para fins de coesão, que considere todo o sistema jurídico ao qual pertence, não somente o ramo do direito em que é utilizada.

Diante dessa análise, a tarefa dos legisladores e dos juízes seria, primeiramente, questionar a norma a ser criada ou aplicada quanto ao seu sentido, diante dos princípios e valores que deveriam ser invocados na sua análise (no exemplo de MacCormick relativo aos limites de velocidade de veículos na estrada, por exemplo, os princípios eram a segurança das pessoas na estrada, a economia de combustível e a boa manutenção das estradas<sup>11</sup>), para fins de justificação da regra, e, posteriormente, analisar se a criação ou aplicação dessa regra infringiria princípios ou valores maiores no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, seria mais fácil a análise da coerência se todas as regras presentes em um sistema fossem decorrência de um único princípio geral. Todavia, se baseada somente nessa regra, a coerência apenas garantiria justiça formal, atendendo à exigência de tratamento igual a casos semelhantes, mas não garantiria a justiça substantiva, na medida em que um sistema coerente, se baseado em uma norma fundamental injusta, pode ser coerente e, ainda sim, moralmente abominável. (MACCORMICK, 2008, p. 264)

Assim, o postulado da coerência, mesmo permitindo unidade e integridade a um sistema jurídico, não deve, por si só, ser utilizado como único instrumento para fundamentar

<sup>10</sup> Nesse sentido, destaca-se a pesquisa do professor gaúcho André Karam Trindade, que propõe uma teoria garantista da decisão judicial, exigindo desta a reconstrução da cadeia discursiva, consistência, coerência e integridade. Ver: TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-131.

<sup>11</sup> Analisando como um conjunto de normas pode, às vezes, parecer incoerente, mesmo quando, em conjunto, não são inconsistentes, Neil MacCormick sugeriu um exemplo de uma legislação que estabelecesse limites de velocidade diferentes de acordo com as cores dos veículos a trafegarem na via. Em tal exemplo, apesar de consistentes as regras (não contraditórias), não eram coerentes porque, considerando que os três fins que uma lei de limitação de velocidade pode prover são de (a) segurança dos usuários da estrada, (b) economia no uso de combustíveis, e (c) prevenção de desgaste excessivo na superfície das estradas, não haveria como as cores dos veículos interferirem em qualquer desses pontos, pois trata-se apenas de questão de gosto. (MACCORMICK, 2008, p. 249)

uma decisão jurídica ou uma inovação legislativa, quando se pretende um sistema dotado também de moralidade, mas é fundamental para conduzir os operadores jurídicos aqui descritos (legisladores e magistrados) à igualdade de tratamento aos detentores do bem jurídico tutelado.

### 2.3 O postulado da coerência nas decisões judiciais: coerência e decisão jurídica democrática

O novo código de processo civil brasileiro determina, expressamente, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (artigo 926). Isso quer dizer que os tribunais devem evitar divergências internas sobre questões jurídicas idênticas, como se cada magistrado, desembargador ou turma julgadora não fosse parte de um sistema. (STRECK; MOTTA, 2016, p. 36)

A aplicação do postulado da coerência pelo poder judiciário, assim, deve ser diretamente vinculada à ideia de igualdade, na medida em que decisões coerentes deverão ser responsáveis por assegurar a casos iguais respostas iguais, permitindo o aos jurisdicionados a previsibilidade das decisões e a garantia de isonomia de tratamento. Nesse sentido:

[...] decisão íntegra e coerente quer dizer respeito ao direito fundamental do cidadão frente ao Poder Público de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador, um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que é que, ao fim e ao cabo, sustenta a integridade. [...] sempre que uma determinada decisão for proferida em sentido favorável ou contrário a determinado indivíduo, ela deverá necessariamente ser proferida da mesma maneira para os outros indivíduos que se encontrarem na mesma situação. (STRECK; MOTTA, 2016, p. 36/37)

Logo, analisada sob um outro ângulo, o ângulo da coerência entre decisões de um mesmo órgão judicial, é possível afirmar que esse postulado também pode ser invocado para que os juízes tenham reforçado seu dever de proferir decisões iguais para casos idênticos, zelando pela integridade, pela igualdade e pela segurança e previsibilidade das decisões.

Do contrário, a imprevisibilidade das decisões judiciais, além de arriscar a respeitabilidade e a credibilidade do poder judiciário, possibilita a construção de decisões incoerentes entre si, que enfraquecem o regime democrático e contribuem para a insegurança jurídica. E foi em razão desse receio da comunidade jurídica que o Novo Código de Processo Civil, desde sua exposição de motivos (Projeto nº 166/2010), já propugnava por uma maior convergência jurisprudencial, a fim de evitar distorções do princípio da legalidade e da ideia de Estado democrático de direito.

Assim, a nova legislação processual civil trouxe em seu bojo a criação de estímulos para a uniformização e estabilização da jurisprudência, com o objetivo de “concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”. E foi nesse sentido a criação do artigo 926 do NCPC, que determina que os tribunais devem prezar pela uniformização jurisprudencial, bem como por sua estabilidade, integridade e coerência. (STRECK, MOTTA, 2016, p. 31)

Segundo Streck (2016), a integridade significa “tratar todos do mesmo modo e fazer da aplicação do direito um ‘jogo limpo’”. Medina (2016, p. 129), que considera que a integridade no direito é compreendida pelas noções de uniformidade, estabilidade e coerência, atenta para o fato de que as decisões judiciais não podem ser desconexas, devendo a jurisprudência íntegra ser aquela construída de modo coeso, “em que as decisões ‘conversam’ entre si”. Segundo o jurista:

A uniformidade é detectável em uma época ou contexto histórico, isso é, ao se visualizarem pronunciamentos proferidos em um mesmo ambiente. A estabilidade tem a ver com a linearidade temporal de um dado modo de decidir. Estabilidade não pode significar imutabilidade, já que a estabilidade liga-se aos elementos a serem considerados na construção da decisão judicial: estáveis esses elementos, de igual modo deve manter-se estável a orientação jurisprudencial.

A coerência, por fim, é justamente aquilo que está na ligação, no relacionamento entre os julgados uniformes num momento ou num contexto e estáveis ao longo do tempo. As decisões judiciais devem conviver harmonicamente. (MEDINA, 2016, p. 130)

O estado democrático de direito preza pela previsibilidade das decisões e destina-se a salvaguardar a segurança, a igualdade e a justiça como alguns dos valores supremos de uma sociedade fraterna (CONSTITUIÇÃO, 1988, Preâmbulo), sendo a segurança jurídica uma base para o desenvolvimento da sociedade na busca pela estabilidade, pela previsibilidade e pela proteção da confiança.

Nesse ponto, observa-se que o postulado da coerência exerce um constrangimento aos juízes, que têm um dever jurídico e moral de justificação racional voltada à comprovação de que a decisão coaduna-se com princípios gerais aceitos pela comunidade e com o direito preexistente. Segundo Martins, Roesler e Resende de Jesus (2011, p. 218) essa exigência de coerência “conecta-se com os ideais de igualdade de tratamento e de universalização dos fundamentos das decisões, na medida em que se espera que situações semelhantes gerem soluções semelhantes”.

Com efeito, as noções de integridade e coerência evidenciam que casos semelhantes devem ser decididos sob o prisma da igualdade, com respeito aos princípios que foram aplicados nas decisões anteriores. E é sob essa ótica e visão desses postulados do direito que serão analisadas, no próximo tópico, algumas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

### **3. ESTUDO DE CASO: A INSTABILIDADE JURISPRUDENCIAL QUANTO AOS LIMITES MÁXIMOS DO DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO NO CASO DE CONTRATAÇÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO E A NECESSIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL**

#### **3.1 A dualidade legislativa**

A Lei Federal nº 10.820, de dezembro de 2003 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o contrato de crédito consignado, uma modalidade de contratação de crédito irrevogável e irretroatável com autorização de desconto das prestações diretamente da folha de pagamento dos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, no limite de 35% da remuneração disponível do trabalhador<sup>12</sup>, assim entendida como a remuneração, já abatidas as consignações compulsórias. O artigo 6.º deste diploma legal previu semelhante possibilidade em relação aos titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral da Previdência Social, que podem autorizar o INSS a proceder aos descontos referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil.

Inicialmente, esse contrato foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro sob a forma da Medida Provisória, nº 130, de 17 de setembro de 2003, que, submetida ao Congresso

<sup>12</sup> Sendo 05% destinados apenas para amortização de despesas contraídas pelo cartão de crédito ou para saque no cartão de crédito, conforme determinam os incisos I e II do §1º do artigo 1º da Lei 10.820/03.

Nacional, foi apreciada, aprovada e convertida na Lei nº 10.820, de 17 de dezembro do mesmo ano e, posteriormente, alterada pela Lei nº 10.953, de 27 de setembro de 2004.

Dessa forma, introduziu-se no ordenamento mais uma forma de contrato de crédito ao consumidor, prevendo, contudo, maior segurança aos fornecedores bancários e não aos agentes mais vulneráveis do negócio jurídico.

Como já explicitado, a referida lei federal foi instituída aos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 1º da Lei 10.820) e aos titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do regime geral de previdência social (artigo 6º da Lei 10.820). Não obstante, o limite máximo de desconto em folha de pagamento por ela estabelecido é replicado pelo artigo 5º do Decreto nº 8.690 de 2016, referente às consignações em folha de pagamento relativas aos servidores públicos federais.

Por sua vez, no Estado do Rio Grande do Sul, foi publicado, em setembro de 2004, o Decreto estadual nº 43.337, estendendo a autorização para desconto diretamente nos vencimentos de servidores públicos e pensionistas do Estado, em razão de contrato de crédito consignado realizado, no limite de 30% da remuneração mensal bruta do servidor, nos termos do artigo 15 do referido decreto, mesma limitação contida na lei federal e na legislação aplicada aos servidores públicos federais.

Todavia, em janeiro de 2005 tal limite consignável foi alterado, com a publicação do Decreto Estadual nº 45.574, que alterou o artigo 15 do decreto 43.337/04 e possibilitou que a soma mensal das consignações facultativas (como as provenientes do contrato de crédito consignado) e obrigatórias alcançasse o patamar de 70% da remuneração mensal bruta do servidor estadual.

Em razão disso, passaram a vigor dois percentuais máximos descontáveis diretamente da remuneração dos trabalhadores, um relativo aos celetistas, aposentados do INSS e servidores públicos federais, cujo desconto em folha de pagamento não pode exceder 30% da remuneração do trabalhador, compreendida como a remuneração após o abatimento dos descontos obrigatórios, e outro relativo aos servidores públicos e aposentados do Estado do Rio Grande do Sul, cujo desconto poderia chegar a 70% de sua remuneração bruta.

Observa-se a criação de duas bases de cálculo e de percentuais distintos sem uma motivação adequada ou uma coerência com a finalidade que a limitação pretende promover (qual seja, a proteção salarial).

A inovação legal vai de encontro com a simetria do restante das leis que estabelecem a possibilidade de desconto em folha de pagamento, já que, enquanto o Decreto Federal nº 8.690/2016 guarda coerência com a Lei Federal 10.820/2003, estabelecendo um mesmo percentual máximo de desconto na folha de pagamento do contratante de crédito consignado em 30%, o Decreto Estadual aumenta consideravelmente esse percentual máximo para 70%.

A criação de uma diferenciação pela lei estadual, todavia, não está albergada por uma justificação que torne viável a distinção entre servidores públicos estaduais e servidores públicos federais ou empregados celetistas na matéria de limites máximos consignáveis. Não há como não questionar a criação desta norma diante dos princípios e valores que deveriam ter sido invocados quando da sua análise, como os princípios da igualdade, da segurança jurídica, da natureza alimentar do salário e da proteção do consumidor.

O salário tem proteção constitucional e representa, na maioria dos casos, o principal meio de se aferir dignidade pelos trabalhadores e aposentados e o estabelecimento de um patamar consignável de até 30% (a 35%) guardava harmonia e, com isso, coerência, com outras regras do sistema jurídico brasileiro que indisponibilizavam o salário antes de sua percepção pelo trabalhador (como a questão do desconto em folha de pagamento de pensão alimentícia). O estabelecimento de um patamar máximo consignável de 70%, contudo, não

guarda correspondência com os demais princípios e valores do sistema jurídico, em especial com os princípios constitucionais trabalhistas do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 e com um dos princípios fundantes do estado democrático de direito, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, CF/88).

Observa-se que, apesar de não haver contradição entre as normas, já que enquanto a legislação e o decreto federais tratam dos trabalhadores celetistas e dos servidores públicos federais, o decreto estadual abrange somente os servidores públicos estaduais, não há coerência normativa entre essas três normas, isso porque a norma estadual não possui simetria com as demais, quando analisadas em conjunto e sob o véu dos princípios e valores constitucionais.

Não havendo motivo justificável para a diferenciação entre tais trabalhadores/consumidores, não há coerência no estabelecimento de limites máximos consignáveis diversos para essas categorias diferentes de trabalhadores.

A legislação estadual também desrespeita a unidade da ordem jurídica, na medida em que a restrição legal quanto a um percentual máximo a ser descontado diretamente da folha de pagamento do trabalhador tem o objetivo de protegê-lo, decorrendo diretamente de normas fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a proteção salarial e a defesa do consumidor. Isto é, a restrição na autonomia contratual existe para a preservação dos contratantes (consumidores) e de sua fonte de renda, sendo que legislar ampliando essa limitação vai de encontro com o objetivo da legislação federal.

Logo, não havendo nenhuma diferenciação entre os trabalhadores contemplados pelas respectivas legislações nem princípios ou valores a serem invocados para a distinção legislativa, não é possível vislumbrar a coerência entre as referidas normas.

### **3.2 As divisões de posicionamento entre as Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca do limite consignável do servidor estadual**

A dualidade legislativa trouxe bastante embaraço à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e acabou por instaurar, para os servidores públicos e aposentados estaduais, um clima de insegurança e desigualdade quanto às decisões tomadas pelas diferentes turmas do Tribunal. Em pesquisa realizada no banco de decisões jurisprudenciais do respectivo tribunal<sup>13</sup>, observou-se que, somente no ano de 2017, foram encontrados setenta e oito acórdãos envolvendo a matéria, sendo que em 37 (trinta e sete) das decisões encontradas as Câmaras julgadoras aplicaram o Decreto estadual 45.574/05, estabelecendo como limite consignável o percentual de 70% da renda bruta dos contratantes<sup>14</sup>.

Nas demais decisões houve uma divisão entre as Câmaras, sendo que 21 (vinte e um) julgados entenderam pela aplicação unicamente da legislação federal também aos servidores estaduais, considerando o limite para o desconto em folha de pagamento em 30% dos rendimentos, reputados como a remuneração bruta após abatidos os descontos obrigatórios<sup>15</sup>,

<sup>13</sup> A pesquisa jurisprudencial foi realizada no Banco de Jurisprudências do Portal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e utilizou os seguintes critérios de busca: Palavras-chave: “Desconto em folha” e “servidor público estadual”; Tribunal: “Tribunal de Justiça do RS”; Data de Julgamento: 01/01/2017 a 01/01/2018. Dentre os 118 resultados encontrados na busca realizada na página do Tribunal, apenas 78 resultados foram relevantes para a pesquisa, sendo que as demais decisões não discutiam os limites consignáveis.

<sup>14</sup> APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. LIMITAÇÃO DE DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. Ao servidor público estadual se aplicam as disposições da Lei Complementar 10.098/94 e os Decretos 43.337/2004 e 43.575/2005, as quais possibilitam os descontos totais em folha de pagamento em até 70% da remuneração bruta do servidor, sendo, assim, inviável a limitação do total dos descontos facultativos em 30%. Ônus de sucumbência redistribuídos. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70074357732, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 27/09/2017) (grifo nosso). Nesse mesmo sentido, os recursos de números 70075518191, 70074092941 e 70074310095 do TJRS.

<sup>15</sup> APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECURSAL Ainda que se trate de funcionária



e 20 decisões optaram por uma aplicação conjunta dos regramentos, possibilitando o desconto de até 70% da remuneração do trabalhador com descontos obrigatórios e facultativos, limitando os descontos facultativos a 30% da remuneração bruta, após dedução dos descontos obrigatórios<sup>1617</sup>.

Assim, enquanto algumas decisões refletem o texto do decreto estadual, outras entendem pela aplicação da legislação federal aos servidores públicos estaduais, sob o fundamento do princípio da razoabilidade e as demais utilizam os dois balizadores, a lei estadual quanto a consignações facultativas e obrigatórias, e a lei federal, no que tange às consignações facultativas (assim, por exemplo, por esse entendimento, um servidor que possua consignações obrigatórias superiores a 40% da renda bruta mensal, terá o limite de consignações facultativas reduzidas, mas nunca aumentadas, caso o inverso ocorra), criando uma total insegurança jurídica quanto ao resultado que deve prevalecer.

Observe-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITE DE 30% DOS VENCIMENTOS. MATÉRIA PACIFICADA. AGRAVO INTERNO DO BANCO BMG S/A A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No tocante aos empréstimos consignados, esta Corte pacificou o entendimento de que a autorização para o desconto na folha de pagamento de prestação de empréstimo contratado não constitui cláusula abusiva, porquanto se trata de circunstância que facilita a obtenção do crédito com condições mais vantajosas, contanto que a soma mensal das prestações destinadas ao desconto dos empréstimos realizados não ultrapasse 30% dos vencimentos do trabalho, em função do princípio da razoabilidade e do caráter alimentar dos vencimentos. 2. Não há que se falar em violação às Súmulas 5 e 7/STJ, na análise de tal controvérsia, uma vez que não se faz necessário reexame da prova dos autos ou do contrato bancário para o provimento do Recurso Especial, tratando-se apenas de aplicação do entendimento sedimentado nesta Corte. 3. Agravo Interno do BANCO BMG S/A a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 194.810/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017)

pública estadual, o limite dos descontos deve obedecer o princípio da razoabilidade, cujo percentual adotado é o de 30% dos rendimentos brutos da parte autora, já descontados os descontos obrigatórios. Apelo improvido. O art. 85, §1º, do CPC/15 estabelece que o Tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal. No caso concreto, entretanto, inviável a majoração da verba honorária em grau recursal, porquanto o teto de 20% sobre o valor da causa estabelecido pelo §2º do art. 85 do CPC/15 resultaria em valor inferior àquele já fixado pela sentença recorrida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70073598146, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 31/08/2017) (grifo nosso). Nesse mesmo sentido, os recursos de números 70075611467, 70075240341 e 70075617241 do TJRS.

16 Optamos por separar essas decisões na pesquisa porque, como elas dispõe de dois balizadores, em determinados casos uma interpretação do decreto estadual sob este ângulo pode ser até mais protetiva ao consumidor que a simples aplicação da legislação federal. Isso porque, tomando-se como exemplo um caso em que o servidor público estadual possui mais de 45% de sua remuneração bruta comprometida por descontos obrigatórios, como imposto de renda, contribuição previdenciária e pensão alimentícia, nesse caso o limite máximo de descontos facultativos (dentre eles, o contrato de crédito consignado) deverá ser de 25%, inferior ao que seria determinado caso utilizado somente o balizador federal.

17 AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. LIMITAÇÃO DE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. TUTELA ANTECIPADA. PENSIONISTA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. LIMITE DE 30% DOS VENCIMENTOS DISPONÍVEIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO SINGULAR MANTIDA. Servidores Estaduais. Para os servidores públicos estaduais existem dois balizadores a serem respeitados: o percentual de 70% à soma das consignações facultativas e obrigatórias e o de 30% apenas à soma das consignações facultativas. Os descontos de empréstimos na folha de pagamento são limitados em razão da natureza alimentar dos vencimentos e do princípio da razoabilidade. Artigos 1º, §2º; 2º, § 2º, I, e 6º, da Lei Federal 10.820/03 e Decreto 4.840/2005 c/c Art. 81, § único, da Lei nº 10.098/94. Art. 15º do Decreto 43.574/05. DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70073318222, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Giovanni Conti, Julgado em 29/06/2017) (grifo nosso) Nesse mesmo sentido, os recursos de números 70075949446, 70073591596 e 70072875438.

Ou seja, em julgamento de recurso de servidor público estadual ao Superior Tribunal de Justiça, a primeira turma deste entendeu, com fundamento no princípio da razoabilidade e no caráter alimentar dos vencimentos, que a soma mensal das prestações destinadas ao desconto dos empréstimos realizados por esse servidor não deveriam ultrapassar 30% dos vencimentos do trabalho, não obstante a legislação estadual sobre o tema.

O mesmo tribunal superior, contudo, através de sua Segunda Turma, julgou caso semelhante com posicionamento oposto no período de dois meses da decisão acima colacionada. No caso dos militares das forças armadas, que também são abrangidos por legislação específica prevendo o desconto de até 70% da remuneração para contribuições obrigatórias e facultativas, o Superior Tribunal de Justiça, através de sua Segunda Turma, não fundamentou sua decisão na razoabilidade e no caráter alimentar dos vencimentos, pelo contrário, manteve o desconto no patamar máximo de setenta por cento, sob o fundamento de que “[...] não compete ao Poder Judiciário alterar esse quantum com base nos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade, sob pena de incorrer em flagrante interpretação *contra legem*, a violar o princípio constitucional da legalidade”<sup>18</sup>.

Com efeito, percebe-se que tanto o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul como o Superior Tribunal de Justiça mantêm, em suas Câmaras e Turmas, posicionamentos opostos sobre a mesma matéria, conduzindo os jurisdicionados à insegurança e à desigualdade e levantando a questão da (im)possibilidade de decisões tão diferentes serem íntegras e coerentes com o sistema jurídico.

Nota-se, na crítica de Streck e Motta (2016, p. 36/38) que não há, no que tange ao julgamento dessa matéria por estes tribunais, decisão íntegra e coerente, pois essa miscelânea de entendimentos jurisprudenciais surpreende o jurisdicionado e não cumpre o papel de preservar a igualdade nos julgamentos, na medida em que propõe respostas jurídicas diferentes a casos idênticos, o que gera uma sensação de descrédito perante o Poder Judiciário.

Segundo os autores, a “chave de leitura de um sistema democrático” é a presença de decisões coerentes entre si (STRECK; MOTTA, 2016, p. 36/37), sendo que a decisão íntegra e coerente está diretamente relacionada ao direito fundamental do jurisdicionado de não ser surpreendido pelo julgador, motivo pelo qual se ressalta a importância do artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse mesmo sentido o posicionamento de Medina (2016, p. 129/130), que defende que uma jurisprudência íntegra é, necessariamente, uma jurisprudência coesa, “em que as decisões ‘conversam’ entre si”, sendo a coerência o que une os julgados em um determinado contexto ou momento social, tornando-os harmônicos e uniformes.

<sup>18</sup> Nesse sentido, a decisão exarada: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS. LIMITAÇÃO DO PERCENTUAL MÁXIMO DE DESCONTO A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DO ART. 14, § 3º, DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.215-10/2001. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Cinge-se a controvérsia dos autos ao debate acerca do percentual máximo de desconto a título de empréstimo consignado em folha de pagamento para os militares das Forças Armadas. 3. A Medida Provisória 2.215-10/2001 traz norma específica acerca do limite máximo para o descontos sobre a remuneração dos militares das Forças Armadas, ao dispor em seu art. 14, § 3º, que, após a dedução dos descontos obrigatórios ou autorizados para cumprimento de obrigações assumidas ou impostas por lei ou regulamento, o militar não pode receber quantia inferior a 30% (trinta por cento) de sua remuneração ou proventos. 4. “Não restam dúvidas de que a Medida Provisória 2.215-10/2001 autoriza que o somatório dos descontos obrigatórios e autorizados a serem feitos na remuneração ou proventos dos militares das Forças Armadas alcance o limite máximo de 70% (setenta por cento) da sua remuneração bruta, assegurando ao militar o direito a receber mensalmente no mínimo 30% de sua remuneração ou proventos brutos. Ou seja, a margem para empréstimo consignado dos militares das Forças Armadas é superior àquela praticada para os demais servidores e o público em geral, podendo alcançar até mesmo a ordem de 70% dos seus vencimentos mensais, sempre observando que o somatório dos descontos obrigatórios e autorizados não ultrapasse o referido percentual. Não compete ao Poder Judiciário alterar esse quantum com base nos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade, sob pena de incorrer em flagrante interpretação *contra legem*, a violar o princípio constitucional da legalidade e a invadir a esfera de competência do Poder Legislativo” (REsp 1.521.393/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12/5/2015). 5. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 1597055/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 24/04/2017)

Propõe-se, aqui, então, a análise da coerência e a da integridade sob uma ótica externa a essas decisões individuais e ao seu fio argumentativo. Propõe-se ao leitor a reflexão desses postulados (coerência e integridade) sob a ótica das decisões de um mesmo Tribunal, sob a ótica da igualdade e da previsibilidade jurídica, para afirmar-se que um Tribunal que não uniformiza sua jurisprudência e que mantém decisões opostas sobre a mesma matéria, não pode ser tomado como íntegro e coerente, devendo uniformizar seus entendimentos para alcançar decisões democráticas.

Diante dessa preocupação, o Código de Processo Civil dispõe de vários meios de uniformização jurisprudencial, alcançando ao operador jurídico ferramentas para a realização da isonomia no âmbito da decisão judicial e oportunizando aos próprios órgãos dos Tribunais formas de obtenção de decisões em diálogo com a coerência. Dentre essas ferramentas, é possível suscitar a utilização, para fins de uniformização de entendimento no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, do Incidente de Assunção de Competência nos casos investigados.

### **3.3 Breves notas acerca da utilização do Incidente de Assunção de competência como instrumento processual adequado para a uniformização desse entendimento jurisprudencial**

O Incidente de Assunção de Competência foi introduzido no antigo código de processo civil em 2001, sendo disciplinado no parágrafo primeiro do artigo 555 do código de processo civil de 1973, mas não teve considerável utilização desde então (BENETI, 2009, p. 11). No atual código processual, de 2015, foi destinado um capítulo próprio a esse incidente, o que tende a conferir maior relevo e utilização desse procedimento na praxis jurídica.

Com algumas alterações, em especial no que tange à maior delimitação do escopo do incidente, seu procedimento é atualmente disciplinado pelo artigo 947 do Código de Processo Civil de 2015<sup>19</sup> e tem cabimento quando no julgamento de recurso ou de processo de competência originária de Tribunal, estiver em debate relevante questão de direito, com grande repercussão social e sem repetição de múltiplos processos.

Uma questão de grande repercussão social, segundo Marinoni (2016, p. 234), seria aquela que possui um valor não somente para o caso *sob judice*, mas para toda a sociedade, em face da vida social, política, religiosa, cultural ou econômica da comunidade. É o caso dos julgamentos aqui discutidos, visto que eventual decisão tomada irradia seus efeitos na atividade econômica do estado, já que os servidores públicos estatais vinculados ao poder executivo somam aproximadamente 2% da população gaúcha<sup>20</sup>, influenciando diretamente a vida econômica do estado.

Ademais, mesmo aqueles que não julgarem a questão como de grande relevância, devem observar que a divergência jurisprudencial dentro do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca dos limites máximos consignáveis, em se tratando de contratantes servidores

19 BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. § 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar. § 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência. § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. § 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

20 Números encontrados em pesquisa divulgada em 2013 no Blog do Jornal "Estadão". Disponível em: < <http://blog.estadaodados.com/veja-quais-estados-tem-mais-e-melhores-funcionarios-publicos/> > Acesso em: 30.01.2018.

públicos estaduais, amolda-se perfeitamente à situação jurídica descrita no parágrafo quarto do artigo 947 do código de processo, que determina que “aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”. Marinoni defende que, em razão do disposto no parágrafo quarto, a justificativa, nesses casos, para o incidente não precisa ser, necessariamente “a existência de questão de direito com ‘grande repercussão social’. Basta uma relevante questão de direito e, especialmente, que a sua solução seja ‘conveniente’ para prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal” (MARINONI, 2016, p. 239).

O caso em debate, além de possuir repercussão social, é certamente de relevante questão de direito, já que repercute diretamente no percentual salarial disponibilizado ao servidor estadual após os descontos em folha de pagamento. Sobre a questão também há divergência nas câmaras do tribunal gaúcho, prejudicando a isonomia entre os julgados, o que torna mais necessária a composição.

Depreende-se do parágrafo primeiro do artigo 947 que, ocorrendo hipótese que se enquadre nos requisitos do incidente de assunção de competência, o relator poderá propor o julgamento do processo pelo órgão colegiado indicado pelo Regimento Interno do Tribunal para tais incidentes. Essa remessa ao órgão colegiado por ser provocada tanto pelo relator, de ofício, quanto a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Essa submissão ao órgão indicado pelo regimento interno, todavia, ocorre apenas para submeter a ideia de deslocamento de competência ao órgão jurisdicional, que só julgará o recurso se reconhecer a presença dos requisitos para a assunção de competência, conforme determina o parágrafo segundo do artigo 947 do código de processo civil.

Quanto à eficácia da decisão do incidente de assunção de competência, o parágrafo terceiro do dispositivo legal determina que tanto as decisões proferidas em razão da grande repercussão social, quanto as questões julgadas em virtude da necessidade de composição de divergência entre as câmaras ou turmas de um tribunal, vinculam todos os juízes e órgãos fracionários, salvo revisão de tese.

Com efeito, uma utilização mais intensa desse incidente, em especial para uniformização jurisprudencial da questão de direito analisada nos estudos de caso descritos, tem grande relevância para a sociedade e deve ser perseguida para que se confira às decisões judiciais respostas íntegras e coerentes e que prezem pela isonomia e pela segurança jurídica perante a sociedade.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando a coerência como um postulado, norma dirigida aos intérpretes e aplicadores do direito, que orienta a aplicação ou criação de outras normas, percebeu-se a necessidade de sua utilização pelos operadores jurídicos para fins de criação e interpretação do direito em harmonia com o sistema de leis e princípios existente, em especial com os mandamentos e valores fundantes do ordenamento objeto de alteração ou interpretação.

A coerência, cuja observância é imprescindível tanto pelos legisladores quanto pelos magistrados, implica na harmonia da norma analisada com o restante do sistema em que ela está inserida, devendo ser analisada como mais uma ferramenta à disposição do operador do direito em prol da racionalidade da argumentação jurídica. Assim, as razões da decisão judicial devem espelhar os princípios que informam o ordenamento jurídico, como a democracia, os direitos fundamentais e o estado de direito.

Dessa forma, não se deve admitir como um sistema jurídico coeso um simples emaranhado de normas jurídicas desprovidas de qualquer conexão, mesmo que não haja contradição entre elas, pois o postulado da coerência pressupõe uma estreita afinidade com a ideia de um ordenamento jurídico pensado como um sistema. Ainda, há que se perseguir a associação entre a coerência e a integridade das normas jurídicas no compasso da teoria dworkiniana de integridade como uma virtude política comprometida com ideais de justiça e com a ideia de uma comunidade de princípios. A coerência, associada a todos os requisitos aqui estudados, deve ser vista não somente como uma condição de validade do direito, mas como um dos requisitos necessários para a justiça do ordenamento.

Preza-se, todavia, por uma percepção do postulado da coerência para além de sua tradicional concepção na teoria da argumentação jurídica, onde o postulado já está consagrado. O estudo das decisões jurídicas e de sua necessária imbricação com a integridade e a coerência, com o fito de obter julgamentos adequados ao estado democrático de direito trouxe à tona a necessidade de se observar esses postulados de forma conjunta, sob o ângulo da desarmonia presente entre as decisões judiciais de um mesmo Tribunal.

Se é possível analisar a ausência de coerência quando uma norma jurídica, no momento de sua criação ou interpretação, coloca-se em oposição a todo um sistema jurídico a ela anterior, também deve ser possível a análise desse postulado, em conjunto com a integridade do direito, sob a ótica das decisões em dissintonia e flagrante contradição em um mesmo Tribunal, tendo sido esta análise a buscada no presente estudo.

Afinal, como crer em um Poder judiciário íntegro e coerente quando se vislumbram, sobre uma mesma matéria de direito, três decisões diversas e contrapostas em um único tribunal estadual? E como aceitar que um Tribunal Superior, que deveria orientar a interpretação dos Tribunais de Justiça, aja do mesmo modo, produzindo decisões contrárias em casos semelhantes? A coerência e a integridade do direito, nesse ponto, estão diretamente relacionadas com a previsibilidade das decisões judiciais (segurança jurídica) e com a necessidade de igualdade de tratamento entre os litigantes, ambos princípios a serem preservados e objetivados por uma decisão jurídica democrática.

No estudo de caso apresentado, verificou-se que a criação de uma diferenciação pela lei estadual não foi albergada por uma justificação plausível capaz de fundamentar a distinção entre servidores públicos estaduais e servidores públicos federais ou empregados celetistas na matéria de limites máximos consignáveis. Não há como não questionar a criação desta norma diante dos princípios e valores que deveriam ter sido invocados quando da sua análise, como os princípios da igualdade, da segurança jurídica, da natureza alimentar do salário e da proteção do consumidor.

Quanto às decisões dos tribunais, também não foi vislumbrada nas decisões jurídicas os postulados da coerência e a da integridade, o que influenciou negativamente os princípios da igualdade e da previsibilidade jurídica. Tribunais que não uniformizam sua jurisprudência e que mantêm decisões opostas sobre a mesma matéria não podem ser tomados como íntegros e coerentes, devendo uniformizar seus entendimentos para alcançar decisões democráticas.

Ante o exposto, conclui-se que urge uma mudança na atuação dos operadores do direito, em especial do Poder Judiciário, que deve pautar-se pela pretensão de mudança trazida com o Novo Código processual Civil e utilizar-se das novas ferramentas processuais criadas para permitir aos Tribunais a realização do regramento do artigo 926 do Código processual, que sabiamente disciplina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14ªed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e fast-track recursal. **Revista de Processo**, vol 171/2009, mai/2009, p. 9-23.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Stantos. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

COL, Juliana Sípoli. **Coerência, ponderação de princípios e vinculação à lei: métodos e modelos**. 2012. 195f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 44 n. 175, jul/set 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Coerência, fundamentação e argumentação. *In: GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; LEAL, Rogerio Gesta (Orgs.). Tutelas à efetivação de direitos indisponíveis*. [recurso eletrônico]. Porto Alegre, FMP, 2016, p. 25-49.

CORREIA, Antônio Mendes; et al. (Orgs.) **Grande enciclopédia portuguesa e brasileira**. Lisboa: Enciclopedia, volume VII, 1981.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução: Waldéa Barcellos; revisão da tradução: Marylene Pinto Michael. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Claudia Rosane; REZENDE DE JESUS, Ricardo Antônio. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)**, v. 16, nº 2, mai/ago, 2011.

MATOS, Daniel Ortiz. **Coerência e princípios jurídicos: uma leitura (moral) de Ronald Dworkin**. 2014. 130f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*. **Revista dos Tribunais**, vol. 260/2016, out/2016, p. 233-256

MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência na jurisprudência no estado constitucional e democrático de direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/15. **Revista dos Tribunais** [recurso eletrônico]. Vol. 974/2016, p. 129/154, Dez/2016.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. **Revista de Processo** [recurso eletrônico]. Vol. 263/2017, p. 335-396, jan/2017.

RAZ, Joseph. The Relevance of coherence. **Boston University Law Review**. Vol. 72, nº2, mar.1992, p. 273-321.

SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. **Coerência e integridade na aplicação do direito:** alternativas para uma jurisdição que leva os direitos a sério. 2012. 159f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

SILVA, Matheus Teixeira da. **Coerência e *epieikeia*:** fundamentos de uma decisão *praeter legem*. [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc> >

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Coerência, integridade e decisão jurídica democrática no novo Código de Processo Civil . In: SILVA, Cláudio Barros ; BRASIL, Luciano de Faria (Org.). **Reflexões sobre o novo Código de processo civil**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2016. p. 29-40.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

UMA RELEITURA OBRIGATÓRIA DO DIREITO  
DE ASILO E DE REFÚGIO NO CONTEXTO DA  
NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

DEILTON RIBEIRO BRASIL  
TATIANNY KARINY VELOSO GOMES

VOLUME 11 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2020



# UMA RELEITURA OBRIGATÓRIA DO DIREITO DE ASILO E DE REFÚGIO NO CONTEXTO DA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

## A COMPULSORY REREADING OF ASYLUM AND SHELTER RIGHTS IN THE CONTEXT OF THE NEW MIGRATION ACT

Recebido: 02/02/2019  
Aprovado: 01/12/2020

Deilton Ribeiro Brasil<sup>1</sup>  
Tatianny Kariny Veloso Gomes<sup>2</sup>

### RESUMO:

O objetivo do presente artigo é analisar a coexistência dos dois sistemas de proteção aos indivíduos, quais sejam asilo e refúgio, bem como as dificuldades de aplicação e dúvidas conceituais, especificamente, em âmbito nacional, onde o dualismo entre os sistemas de proteção se faz presente. Para tanto, recorre-se aos registros históricos de cada um, com o escopo de compreender a natureza jurídica dos institutos, bem como a análise da legislação pertinente, tanto os tratados e convenções internacionais quanto a legislação nacional à luz da nova Lei de Migração. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, com revisão da legislação e doutrina seguindo o método descritivo-dedutivo, os resultados obtidos foram no sentido de se destacar eventuais inovações trazidas pela referida lei aos institutos jurídicos do asilo e refúgio delineando suas semelhanças e diferenças.

**Palavras-chave:** Direito de asilo. Direito de refúgio. Lei de migração. Dualismo. Inovações.

### ABSTRACT:

The aim of this article is to analyze the coexistence of the two systems of protection to individuals, such as the right of asylum and access to shelter, as well as the difficulties of application and conceptual doubts, specifically, at the national level, where the dualism between protection systems is present. Therefore, the historical records of each are used, with the purpose of understanding the legal nature of the institutes, as well as the analysis of the relevant legislation, both international treaties and conventions and national legislation in light of the new Migration Act. Through bibliographic and documentary research, with a review of legislation

<sup>1</sup> Pesquisador visitante na University of Ljubljana (Eslovênia - 2017) com a supervisão do Prof. Dr. Ales Galic e na Università di Pisa (Itália - 2017) com a supervisão da Profa. Dra. Maria Angela Zumpano. Pós-doutorado Direito na Università degli Studi di Messina (Itália, 2015-2016) com a supervisão do Prof. Dr. Mario Trimarchi. Pós-doutorado em Direito Ambiental no CENoR da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal, 2014-2015) com a supervisão da Prof<sup>te</sup> Catedrática Dra. Maria Alexandra Sousa Aragão. Pós-doutorado em Direito Constitucional junto ao Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC-CDH) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal, 2013-2014) com a supervisão do Prof. Catedrático Dr. Jónatas Eduardo Mendes Machado. Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro-RJ (área de concentração em Estado e Direito: internacionalização e regulação) (2006-2010) com a orientação do Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos de Belo Horizonte-MG (área de concentração em Direito Empresarial) (1998-2001) com a orientação do Prof. Dr. Alberto Deodato Maia Barreto Filho. Especialização lato sensu pela Universidade Presidente Antônio Carlos em Direito Público (2002) e em Direito Civil (2003). Possui graduação em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (1984). Atualmente é Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado e Doutorado em Direito Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - UIT (08/2016) e das Faculdades Santo Agostinho - FASASETE (02/2018). email: deilton.ribeiro@terra.com.br

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros(2004) e especialização em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera - Uniderp(2017). Mestranda em Direito pela Universidade de Itaúna. Atualmente é Oficial Titular do Registro Civil das Pessoas Naturais. email: tatiannyvelosogomes@hotmail.com

and doctrine following the deductive-descriptive method, the results obtained were in the sense of highlighting any innovations brought by said law to the legal institutes of asylum and refuge, outlining their similarities and differences.

**Keywords:** Right of Asylum. Access to shelter. Migration Act. Dualism. Innovations.

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é a análise da Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017 (Lei de Migração), regulamentada pelo Decreto nº 9.199 de 20 de novembro de 2017 em especial nos dispositivos que tratam dos institutos do direito de asilo e de refúgio. A problematização é no sentido de averiguar se a normativa em questão trouxe alguma inovação aos institutos de proteção dos refugiados em questão. Para tanto, desenvolver-se-á estudos relativos à natureza jurídica de cada um deles com o fim de justificar o dualismo asilo/refúgio presente no ordenamento jurídico pátrio para a final apontar as semelhanças e diferenças situando-os no ordenamento jurídico pátrio (BRASIL, 2017).

Partindo de uma análise abrangente que abordará os mais relevantes instrumentos internacionais de proteção dos refugiados, serão estudados os vários debates que se produziram em torno da inclusão do asilo e refúgio nas diversas versões da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, documento que consagra o respeito aos direitos inerentes à dignidade humana, consistente em resposta às atrocidades vivenciadas na Segunda Guerra Mundial (1939-1945) que gerou um contingente migratório a nível mundial.

Apontados os delineamentos do asilo e refúgio no Direito Internacional, partir-se-á para a análise das normativas editadas pelo legislador brasileiro, tal como, a Lei nº 9.474/97 que instituiu normas de acolhida para as pessoas que procuram refúgio no Brasil. Sequencialmente após um breve estudo das políticas migratórias implementadas pela Lei de Migração.

A escolha do tema justifica-se em razão da necessidade de explicitar o tratamento legal dispensado pelo Direito àqueles que, aqui, buscam serem acolhidos na medida em que os instrumentos adequados para abarcar e atender demandas, individuais e coletivas, de contingentes humanos marcados pela perseguição e desrespeito aos direitos que garantem o mínimo existencial que devem estar presentes na legislação pátria.

Além disso, a pontual diferenciação entre os institutos é relevante, na medida em, apesar da discricionariedade inerente ao ato, são necessários o cumprimento de alguns requisitos para o reconhecimento do *status* de refugiado ou asilado se aperfeiçoe e a coexistência dos dois sistemas de proteção gera, muitas das vezes, dificuldade de aplicação e dúvidas conceituais, além de dar margem à tomada de decisões viciadas em sua origem em razão de procedimento errôneo adotado, motivo pelo qual o delineamento de um e outro é necessário.

O tema foi explorado a partir de uma pesquisa bibliográfica com revisão da legislação e doutrina, o que permitiu o desenvolvimento de interpretações, reflexões e críticas acerca dos institutos estudados, viabilizando, desse modo, o debate crítico-epistemológico. A pesquisa documental permitiu o conhecimento da legislação, tanto o direito internacional dos refugiados quanto o nacional, incluindo constitucional e a legislação infraconstitucional.

Com o fim de delimitar o problema teórico foi utilizado o método descritivo-dedutivo, tendo como ponto de partida a concepção macroanalítica do estudo sobre os institutos jurídicos do asilo e refúgio, por meio da análise de documentos internacionais ratificados

pelo Brasil, o que permite um pontual delineamento dos instrumentos protetivos em estudo na ordem jurídica nacional.

Os institutos de asilo e de refúgio consistem em sistemas de proteção de indivíduos que sofrem perseguições políticas, religiosas ou em razão da raça, nacionalidade ou pertencimento a determinado grupo social. Alguns Estados não reconhecem a existência de dualismo entre os institutos em questão, tratando-os da mesma forma, seguindo o mesmo procedimento para circunstâncias diversas, outros, como é o caso do Brasil reconhece essa dicotomia e estabelece regras diversas para a concessão e procedimento de uma e outra medida protetiva.

## 2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TERMOS ASILO E REFÚGIO

O tópico a ser desenvolvido objetiva traçar esclarecimentos acerca dos termos: *asilo* e *refúgio*, afim de justificar a utilização das nomenclaturas no decorrer do presente estudo. Parte-se de uma análise dos institutos em âmbito de direito internacional para, posteriormente, traçar os delineamentos normativos no sistema jurídico pátrio até a recente Lei de Migração - Lei nº 13.445/2017 e seu Decreto regulamentador – Decreto nº 9.199/17 de modo que se fazem necessárias algumas pontuações acerca dos termos (BRASIL, 2017).

Os institutos jurídicos têm como objetivo a proteção da pessoa humana nas hipóteses em que o Estado de origem não oferece a adequada garantia protetiva. A acolhida de estrangeiros perseguidos sempre foi amplamente difundida e praticada, daí a necessidade de positivá-la, tornando-a um instituto eficaz e efetivo na proteção das pessoas em âmbito internacional.

Essa positivação ocorreu modernamente, estabelecendo-se o *direito de asilo* em sentido amplo, sob o qual estão abrangidos o *asilo diplomático e territorial* e o *refúgio*, em razão disso, as expressões, em diversas legislações são utilizadas como sinônimos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>3</sup>, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, é o alicerce jurídico para as diversas modalidades de normativas protetivas. O documento traz o termo *asilo* para referir-se tanto ao *refúgio* quanto ao *asilo*. Na medida em que ambos os institutos visam à proteção do ser humano em face de perseguições, é possível afirmar que são similares em sua essência e, dessa maneira, institutos assemelhados (ONU, 1948).

Asilo e refúgio possuem um caráter de complementaridade, sendo o instituto do asilo mais abrangente, podendo ser usado quando não há a possibilidade de aplicação do refúgio que é mais específico. A semelhança da natureza dos institutos pode ser comprovada pela leitura do 4º parágrafo<sup>4</sup> preambular da Convenção de Genebra de 1951<sup>5</sup>, que, ao estabelecer as regras internacionais sobre o refúgio, menciona o direito de asilo, invocando, assim, este como base para aquele, ao mesmo tempo em que exorta os Estados a praticar a cooperação internacional (JUBILUT, 2007, p.36-37), (ONU, 1951).

3 A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da ONU na Resolução 217-A (III) de 10 de dezembro de 1948, foi um acontecimento histórico de grande relevância. Ao afirmar, pela primeira vez em escala planetária, o papel dos direitos humanos na convivência coletiva, pode ser considerada um evento inaugural de uma nova concepção da vida internacional. Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/historia-da-declaracao-por-celso-lafer/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-1948>. Acesso em: 10 jan. 2019.

4 Artigo 4º da Convenção de Genebra de 1951: Considerando que da concessão do direito de asilo podem resultar encargos excepcionalmente pesados para alguns países e que a solução satisfatória dos problemas cujo alcance e natureza internacionais a Organização das Nações Unidas reconheceu, não pode, portanto, ser obtida sem cooperação internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D50215.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm). Acesso em: 02 jan. 2019.

5 Adotada a 12 de Agosto de 1949 pela Conferência Diplomática destinada a Elaborar as Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas da Guerra, que reuniu em Genebra de 21 de Abril a 12 de Agosto de 1949. Entrada em vigor na ordem internacional: 21 de Outubro de 1950. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Convenconvencao-de-genebra-iv.html>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Embora o termo *asilo* seja frequentemente utilizado de forma abrangente para abarcar as duas medidas protetivas, alguns estudiosos dos institutos entendem que não há distinção entre asilo e refúgio, sendo, por eles, adotado sempre a expressão *asilo*. Tal posicionamento é o da maior parte dos Estados. Para os adeptos da unidade dos institutos, tem-se que os *buscadores* de asilo são todos os seres humanos que deixam seu país de origem e/ou de residência habitual e buscam proteção em outro Estado, e os refugiados são os que solicitam a proteção de outro Estado em função de um bem fundado temor de perseguição. A proteção concedida a todos seria a do asilo (JUBILIT, 2007, p. 36)

Oportuno ressaltar, porém, que o asilo é um instituto jurídico mais comum na América Latina, onde coexistem o sistema latinoamericano de asilo e o sistema das Nações Unidas de proteção aos refugiados, enquanto que nos demais Estados o asilo é utilizado apenas enquanto modo de proteção provisória. Embora tenham o mesmo objetivo final, importantes aspectos relativos à aplicabilidade da proteção e aos deveres do Estado acolhedor diferenciam os dois institutos. Todavia tais diferenças não se mostram muito claras para os estudiosos da temática, verificando-se, muitas das vezes, os termos sendo utilizados como expressões sinônimas, o que gera certa confusão no ordenamento jurídico.

Como um dos objetos do presente estudo é a análise do direito dos refugiados no ordenamento jurídico pátrio com foco nas normativas específicas, bem como na Lei nº 13.445/2017, optou-se por desenvolver o estudo acerca das diferenças entre os institutos, já que o sistema jurídico brasileiro as consideram (BRASIL, 2017).

## 2.1 Previsão do asilo e refúgio na Declaração Universal dos Direitos Humanos

Os Estados contemporâneos, após vivenciar as atrocidades e horrores da Segunda Guerra Mundial, período compreendido entre os anos de 1939 – 1945 mobilizam-se para reconstrução dos direitos humanos. Neste cenário, inicia a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, trazendo uma concepção contemporânea de direitos humanos como paradigma e referencial ético a nortear o sistema internacional e integrar os direitos da pessoa humana. A segunda guerra significou a ruptura com os direitos humanos e o pós-guerra a reconstrução.

Sobre o tema, Carolina Henriques Pereira pontua:

A Segunda Guerra Mundial legou à Europa e ao mundo um cenário de devastação material e humana sem precedentes na contemporaneidade. Os avanços a Leste e a Oeste das tropas alemãs conduziram a um afluxo de milhares de judeus e não-judeus nos territórios europeus. A fuga prosseguia à medida que os territórios onde se encontravam iam sendo sucessivamente invadido e ocupados pelo nazismo (PEREIRA, 2017, p. 36)

Momento histórico em que a comunidade internacional percebe que se fazia necessária a regulamentação internacional da questão, para que as atrocidades cometidas durante os conflitos da guerra não se repetissem.

Diante disso, em 1945 criou-se a ONU, organização intergovernamental, de caráter universal e representativa da comunidade internacional, para atuar, assegurar e garantir a manutenção da segurança e da paz internacionais, eivando esforços no desenvolvimento de relações amistosas e menos hostis entre os Estados, viabilizando, desse modo, a cooperação entre as comunidades, enfaticamente na defesa dos direitos humanos. Referida organização atua como um harmonizador, conciliador e mediador das ações internacionais. Em 1948 houve a edição da Declaração Universal dos Direitos

Humanos. Marcava-se, com isso, o início de importante etapa do desenvolvimento dos direitos humanos, a sua internacionalização.

A *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948) passou a simbolizar o início da internacionalização dos direitos humanos. Trata-se de um diploma contendo os princípios norteadores da comunidade internacional. A partir deste documento, os Estados soberanos passam a assegurar direitos essenciais, a ordem internacional reconhece e garante direitos inerentes à condição humana, havendo, por parte da comunidade internacional a assunção de respeito e garantia desses direitos.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato o Direito Internacional dos Refugiados tem reflexos diretos da internacionalização dos direitos humanos, uma vez que:

*A internacionalização dos direitos humanos se materializa em uma pletera de tratados e convenções, transformando o indivíduo em sujeito do Direito Internacional. A formação de um espaço público internacional dos direitos humanos alimentado pelos meios de comunicação enfraqueceu o apelo político ao conceito de soberania para encobrir a prática de perseguições, massacres e torturas contra minorias étnicas e opositores políticos* (COMPARATO, 2017, p. 57).

Iniciado o processo de internacionalização, passaram a ser elaborados tratados e convenções cujo objeto é o aperfeiçoamento e proteção dos direitos humanos, por meio de normativas caracterizadas pela especificidade e especialização de conteúdo e sujeitos. A título de exemplo cita-se: a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de discriminação Racial (1965), os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (1981). Nas convenções e tratados mencionados, verifica-se a previsão e proteção dos direitos dos refugiados, embora não tratem, especificamente, do assunto, o que demonstra a relevância dessas garantias para as comunidade contemporâneas.

Os institutos jurídicos em questão tem por objeto a proteção de pessoas que são perseguidas dentro de seus países de origem, sendo, pois, obrigadas a se deslocar para outro local .

Flávia Piovesan afirma que:

*A proteção internacional dos refugiados se opera mediante uma estrutura de direitos individuais e responsabilidade estatal que deriva da mesma base filosófica que a proteção internacional dos direitos humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é a fonte dos princípios de proteção dos refugiados e ao mesmo tempo complementa tal proteção* (PIOVESAN, 2018, p. 98).

Estabelece-se, assim, um axioma jurídico internacional de proteção da pessoa humana em casos de paz que é integrado pela previsão de direitos que protegem indivíduos em situações especiais, como é o caso dos refugiados, sendo congregadas ao sistema previsões específicas de proteção, formando um Direito Internacional dos Refugiados.

Sobre a temática, Liliana Lyra Jubilut preleciona que,

*Tem-se que o Direito Internacional dos Refugiados é uma vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do que decorre aspectos positivos, já que em sendo um ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados conta tanto com todos os instrumentos legais daquele, bem como com seus mecanismos de implementação. Tal fato é extremamente positivo, pois fortalece a proteção ao refugiado, uma vez que, ao mesmo tempo em que se assegura*

o refúgio, livrando-o de violações de direitos relativos ao seu *status civil*, ele traz em si a necessidade de resguardar também os demais direitos humanos, para, com isso, aumentar o nível de proteção dado à pessoa humana. Além disso, verifica-se uma crescente preocupação com a temática dos direitos humanos, especialmente por meio da proliferação de organizações não-governamentais, que vêm colocando-a na agenda global, contribuindo para reflexões e cobranças quanto à sua efetivação, fato do qual se aproveita o Direito Internacional dos Refugiados (JUBILUT, 2007, p. 109).

O Direito Internacional dos Refugiados aplica-se aos migrantes do momento em que abandonam o seu país de origem até o momento de sua chegada no país de destino, propiciando o reconhecimento da condição de refúgio, o que permite a permanência legal e usufruto dos benefícios e direitos do país de destino.

No período da segunda guerra houve uma fuga de grande contingente de pessoas que prolongou no pós-guerra, o número de refugiados era crescente, todavia não se verifica a adequada proteção a essas pessoas. Diante da situação que se afigura, os Estados conferem relevância aos institutos asilo e refúgio em âmbito da Declaração Universal dos Direitos Humanos. De fato, trata-se de temática que merece a devida atenção e garantia, já que objetiva proteger aqueles que estão desprovidos de proteção em suas próprias nações.

A relevância dos institutos em estudo é evidente para aos Estados contemporâneos que além de incluir referidas garantias no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, incluiu-os em pauta de discussão nas seis versões anteriores ao texto final da Declaração.

Segundo ainda Liliana Lyra Jubilut destaca -se :

O direito de asilo apareceu na primeira versão do processo de elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem – 1948 no artigo 34 cujo texto dispunha: Todo Estado deve ter direito de conceder asilo a refugiados políticos - nota-se que o direito não era do indivíduo e sim do Estado que estava restrito a refugiados políticos. Este texto foi mantido na segunda versão (...) já na terceira versão, o direito se tornou individual e a questão passou a ser a de se ele implicaria o direito de solicitar e gozar asilo, uma vez que esse foi concedido, ou no direito de ter asilo concedido. Mais uma vez os interesses os Estados, apresentados sob a questão da soberania, prevalecera (...), Na versão seguinte, a de Genebra, o direito de asilo foi consagrado no artigo 11 e não somente passou a ser o direito de ter asilo concedido com sofreu limitações em relação a quem poderia gozar. Contudo, na última versão antes da adoção do texto final – a de dezembro de 1948 o direito de asilo perdeu força ao ter a sua concessão substituída por seu gozo. : 1- Artigo 14: Todos têm direito de buscar e gozar de asilo em função de perseguição, em outros Estados. 2. Perseguições processuais decorrentes de crimes não políticos e de atos contrários aos propósitos das Nações Unidas não constituem perseguição. Apesar de não ser a forma ideal de proteção, pois não obriga a concessão de asilo, denota uma evolução do instituto, já que existe, a partir desse diploma legal, uma base internacional positivada para o direito de asilo em geral (JUBILUT, 2007, p. 112).

Muito curiosa a utilização do termo asilo nas várias versões da Declaração Universal dos Direitos Humanos, por qual razão referido termo é utilizado e não se menciona o instituto do refúgio? Tal se dá não em razão de priorizar um em detrimento de outro. O motivo encontra-se, como visto, na origem do instituto.

Também se pontua, mais uma vez, que vários Estados não apresentam diferenciação entre os termos, utilizando-os indiscriminadamente como sinônimos. Importante destacar que a utilização do termo asilo não significa dizer que somente referido instituto protetivo foi previsto pela Declaração, na verdade, o que se pretende com referida previsão é o disciplinamento de ambos.

Denota-se que a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos, como base normativa que é, ensejou a elaboração de outras normas internacionais de proteção, o que confere um delineamento cada vez mais elaborado dos institutos em estudo.

### 3 PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE O DIREITO DE ASILO E DE REFÚGIO

Tendo em vista o objetivo do presente estudo, pretende-se, neste tópico, traçar as diferenças entre asilo e refúgio, ambos os institutos se fundamentam na solidariedade e cooperação internacional e estão relacionados à proteção de indivíduos que sofrem perseguições políticas ou de qualquer outra natureza e que deixaram de ter acolhida no território de origem.

O sistema jurídico pátrio traz textos normativos que disciplinam, especificamente, tais medidas protetivas, verifica-se que os institutos são invocados para situações discriminadas e específicas, tanto que nas normas jurídicas regulamentadoras, há capítulo próprio para tratar o refúgio separadamente daquele que trata o asilo, é o que ocorre, por exemplo, na Lei nº 13.445/2017. Há lei que disciplina exclusivamente o refúgio e normativa exclusiva para o asilo, havendo um claro dualismo no que tange a tais medidas protetivas.

A coexistência dos dois sistemas de proteção aos indivíduos faz com que exista dificuldade de aplicação e incertezas conceituais acerca de um e outro termo, por isso optou-se por traçar de forma pontual as diferenças existente entre ambos.

#### 3.1 Algumas considerações adicionais sobre o instituto do asilo

Registros revelam que o asilo tem sua origem na antiguidade clássica, especificamente, na civilização grega, época em que era, recorrentemente utilizado, originando daí a sua denominação *asylon* que significa não- expulsão (ANDRADE, 2001, p. 104). Neste período os templos religiosos eram designados como locais de acolhida dos perseguidos, o benefício era proporcionado aos escravos fugitivos, soldados vencidos e criminosos comuns. A literatura aponta que na Grécia antiga, o asilo tinha enorme relevância e foi bastante utilizado em templos, bosques sagrados, impondo-se, naquela época, que o perseguido carregasse consigo o busto portátil de divindades (ANDRADE, 2001, p. 101-102). Nota-se que nesta civilização, o asilo restringia-se a aspectos religiosos.

O caráter jurídico do asilo é verificado no Império Romano, período em que não mais se restringe ao cunho religioso. Apesar disso, durante a Idade Média, esse instituto retrocedeu, limitando-se a igrejas e cemitérios. Apenas com a Reforma Protestante o asilo passa a ser novamente defendido como modo de proteção da liberdade individual dos seres humanos (JUBILUT, 2007, p. 37) .

Em 1789, com a Revolução Francesa, o asilo sofre uma relevante mudança consistente em restringir a concessão do benefício jurídico aos criminosos políticos, a partir de então, não mais se usufrui do asilo os criminosos comuns. Nas palavras de Haroldo Teixeira Valladão (1986, p. 237), o asilo é a “admissão, por um Estado, em seu território, ou, fora dele, no local da sua representação diplomática ou da residência do chefe desta última ou em seus navios ou aeronaves militares, de estrangeiro refugiado, perseguido em outro Estado por motivo político”.

O conceito revela a existência de duas espécies de asilo, o diplomático e o territorial, classificação que considera o lugar onde se encontra o refugiado. O primeiro é concedido

em extensões do território do Estado de acolhida, possui caráter provisório, já que o serviço diplomático ou militar que admitiu o perseguido deve providenciar o encaminhamento do asilado para o território do país solicitado, ou na hipótese de não concessão de asilo diplomático, o perseguido deve ser encaminhado para o solo de um terceiro país que o aceite como asilado político.

Na hipótese do asilo territorial, o perseguido encontra-se fisicamente no âmbito do espaço territorial de soberania do Estado solicitado, caso em que o asilado está sob jurisdição exclusiva deste Estado, cabendo à ele fiscalizar eventuais infrações cometidas pelo perseguido e de providenciar a documentação para o asilado, assegurar a proteção, impondo limites à saída compulsória do país.

Outro aspecto a ser destacado é o fato de ser um benefício concedido à perseguidos políticos, ou seja, o que motiva a concessão é a perseguição por razões políticas. Ademais, em que pese ser um instrumento jurídico de proteção à pessoa humana, o asilo é direito do Estado, em outras palavras nenhum Estado obriga-se a aceitar qualquer pessoa em seu território, daí o caráter discricionário da decisão estatal que deve basear na solidariedade e cooperação internacional. A principal fonte legal desse benefício é o respeito aos direitos humanos.

O asilo político revela-se instituto que integra os direitos dos refugiados, principalmente, ante a possibilidade de sua concessão em situação extraterritorial, como é o caso do asilo diplomático. Todavia, por outro lado, limita a proteção ao concedê-la àqueles que sofrem perseguições exclusivamente políticas. Além disso, o que se observa nos tratados e convenções é ausência de políticas de integração local a serem implementadas por parte dos Estados de acolhida.

### 3.2 Algumas considerações adicionais sobre o direito de refúgio

Ao contrário do asilo, o refúgio é um benefício de solidariedade internacional mais recente a ser usufruído não só pelos que sofrem perseguições políticas, mas por todas as pessoas que não encontram em seu país de origem o mínimo existencial para satisfazer as necessidades básicas de uma vida digna.

A já mencionada Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967<sup>6</sup>, documento conhecido como o Estatuto dos Refugiados definiu os refugiados como aqueles que saem de seus países de origem por motivos de perseguições de raça, religião, nacionalidade, liberdade de expressão política ou questões sociais que não possam ou não queiram voltar de onde vieram (ONU, 1951). A motivação para a concessão de refúgio é bem mais abrangente que aquela para a admissão de asilo.

Sobre as origens do refúgio, conforme ensina Liliana Lyra Jubilut:

*O instituto do refúgio surge apenas no início do século XX, sob a égide da Liga das Nações em face de um contingente elevado de pessoas perseguidas na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, para as quais seria impossível uma qualificação individual por meio do instituto do asilo, dado que nenhum Estado estaria disposto a, discricionariamente, acolher milhares de pessoas, sendo necessária uma qualificação coletiva que lhes assegurasse a proteção internacional (JUBILUT, 2007, p. 43)*

6 Protocolo de 67 teve como base um projeto de protocolo elaborado como anexo dos anais de um colóquio realizado em 1965 em Belágio, Itália, denominado de “Convenção de 51 – um colóquio sobre os aspectos legais dos problemas dos refugiados”. O texto do Protocolo de 67 foi aprovado pela Resolução 2198 (XXI) em reunião plenária da Assembléia Geral da ONU de 16 de dezembro de 1966 e passou a vigorar em 4 de outubro de 1967. A aprovação foi por 91 votos a favor, zero contra e 15 abstenções, de acordo com a biblioteca da ONU em Genebra. O texto encontra-se disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D70946.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D70946.htm). Acesso em: 03 jan. 2019.



No acervo que criou Liga das Nações não há previsão expressa acerca de obrigações de acolhimento aos refugiados, tal organização no afã de alcançar soluções para a questão criou diversos organismos para assegurar a proteção aos refugiados.

Contudo, durante muito tempo, a proteção viabilizada por estes organismos se restringia à concessão de uma nacionalidade ou etnia específica, em outras palavras não um programa de integração para as pessoas refugiadas.

Com o intuito de padronizar o tratamento aos refugiados, em 1938, a Liga das Nações instaurou o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados<sup>7</sup> que estabeleceu critérios para o reconhecimento do *status* refugiado, passando a fundamentar a qualificação em aspectos individuais em coexistência com os já previstos aspectos coletivos, presentes nacionalidade e etnia como principais critérios.

As atrocidades produzidas pelas duas Guerras Mundiais produziu um enorme contingente de refugiados, cenário que não pode ser contornado pelo Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados, ante a ausência de estrutura para atender a todos os migrantes forçados por estes conflitos. “Diante da incapacidade e ineficácia deste órgão, bem como o declínio da Liga das Nações, os Estados Unidos criaram, em 1938, o Comitê Intergovernamental para os Refugiados, que atuava paralelamente ao Alto Comissariado da Liga das Nações” (ANONNI; VALDES, 2013, p. 75)

Em 1946, o Alto Comissariado foi extinto e o Comitê Intergovernamental assumiu as suas funções. Todavia, referido Comitê funcionou somente até 1947, época em que a proteção aos refugiados passou, provisoriamente, para a responsabilidade da Comissão Preparatória da Organização Internacional para Refugiados, órgão ligado à ONU que, posteriormente, em 1950, foi sucedido pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Desde esse período, o ACNUR, que atua no âmbito da ONU tem o seu regulamento revisto e reformulado a cada cinco anos e permanece responsável pelos refugiados (JUBILUT, 2007, p. 78-80).

A criação do Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados - ACNUR - marca a edição dos mais relevantes instrumentos internacionais jurídicos para delinear o instituto jurídico do refúgio. De todo o acervo documental, cita-se a já mencionada Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados - Convenção de 51 e o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados Protocolo de 67.

Diferentemente do asilo, o refúgio dispõe de vasta regulamentação, certamente, tal se deu em decorrência dos contingentes migratórios produzidos pelo pós-guerra. O instituto possui o seu procedimento regulamentado, as hipóteses de concessão prevista e especificadas por normativas que tratam exclusivamente do assunto, fato que o qualifica como sendo um ato vinculado, contrariamente ao asilo que é, eminentemente, discricionário.

Em que pese a concessão do refúgio ser considerado um ato vinculado, há que se fazer algumas ponderações acerca dos termos legais contidos na norma. E, aqui, cita-se o teor do artigo 1º da Convenção de 1951 que estipula uma definição para a situação de refugiado, conferindo a proteção a qualquer pessoa que, em virtude de fundado medo de sofrer perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou convicção política, se encontra fora do país do qual é nacional e esta impossibilitada ou, em virtude desse fundado medo, não deseja se entregar à proteção desse país (ONU, 1951).

Pois bem, verifica-se, no texto da Convenção de 1951, conceitos extremamente abertos e de difícil delimitação, como, por exemplo: *fundado medo de sofrer perseguição* ou *convicção*

---

<sup>7</sup> O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, com a sigla ACNUR em português e UNHCR em inglês, é um órgão das Nações Unidas. Criado pela Resolução n.º 428 da Assembleia das Nações Unidas, tem como missão dar apoio e proteção a refugiados de todo o mundo. Sua sede é em Genebra, Suíça. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/>. Acesso em: 10 jan. 2018.

*política* – trata-se de conceituação com uma carga considerável de subjetivismo, o que acaba por conferir um elevado grau de discricionariedade quando da valoração, conferindo-lhe fortes traços de discricionariedade.

Referida conceituação além de evidenciar a discricionariedade inerente ao ato, revela ser o refúgio, benefício bem mais amplo que o asilo que é concedido somente na hipótese de perseguição por razões políticas, outra aspecto peculiar consiste no fato de que este benefício, diferente do asilo, não exige que a perseguição tenha sido concretizada, ou seja, *fundado temor* de que algo aconteça já é considerado suficiente para a admissão da medida protetiva.

Outro aspecto a ser pontuado é a exigência, na hipótese do refúgio, da extraterritorialidade, em outras palavras, exige que o perseguido esteja fisicamente fora do seu país, exigência não prevista para a concessão do asilo, já que é possível a forma de *asilo diplomático*, como visto.

Há que se ressaltar uma pontual diferença entre os institutos jurídicos que são as obrigações assumidas pelo Estado solicitante ao reconhecer o *status* de refugiado, fato que não ocorre quando da concessão do asilo ao asilado. O Instituto do asilo, trata-se de benefício bem menos dispendioso para o Estado concedente, já que este não se obriga, em razão de tratados internacionais, assim como ocorre no refúgio, a implementar políticas de integração para os acolhidos.

A coexistência dos dois sistemas de proteção do indivíduo torna imperiosa a pontuação da regulamentação e caracteres que os individualiza, tal é essencial para o entendimento da posituação dos institutos jurídicos em âmbito nacional. O Direito Brasileiro traz o disciplinamento de ambos, por meio de leis, doutrina e posicionamento dos tribunais superiores. A regulamentação internacional existe, como se demonstrou, todavia, os delineamentos do asilo e refúgio submetem-se à soberania dos Estados que possuem uma considerável medida de liberdade para o disciplinamento de ambos.

A seguir desenvolver-se-á tópico dedicado ao estudo da posituação dos institutos em âmbito nacional, trazendo algumas considerações sobre o tema no âmbito da nova Lei de Migração.

#### **4 O DIREITO DE ASILO E DE REFÚGIO NO CONTEXTO DA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA**

O Brasil destaca-se no contexto regional, demonstrando comprometido com os sistemas normativos de proteção dos refugiados, tanto que foi o primeiro país sul americano a ratificar a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, além disso integra o Conselho Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) desde 1958.

O Estado brasileiro começou a se comprometer com as questões de refúgio mais profundamente no ano de 1977, quando realizou um acordo com o ACNUR para o estabelecimento de um escritório *ad hoc* na cidade do Rio de Janeiro. A necessidade de manter uma repartição da agência no Brasil era iminente, dada a interrupção da democracia na América Latina, o que gerou uma onda de movimentos opositores aos regimes militares e, conseqüentemente, refugiados (JUBILUT, 2007).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 verificou-se um crescente interesse pela proteção dos refugiados e pelos direitos humanos. O texto constitucional traz em seu bojo a proteção às relações internacionais com amparo nos princípios previsto no artigo 4º<sup>8</sup>, dentre os quais se destaca: a prevalência dos direitos humanos, a cooperação entre

8 Artigo 4º: A República Federativa do Brasil rege-se em suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência

os povos para o progresso da humanidade e a concessão do asilo político, garantindo direitos fundamentais e segurança a quem está submetido a perseguições políticas, religiosas, étnicas ou as decorrentes da nacionalidade, cultura e opinião política (BRASIL, 1988).

Assim, Deilton Ribeiro Brasil entende que,

O texto do preâmbulo revela que o Estado Democrático brasileiro instituído está destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e, considerá-los, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, assim como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, devendo ser fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias, tanto na ordem interna como, também, na ordem internacional (BRASIL, 2018, p. 760).

Neste contexto, em consonância com o texto constitucional, “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”<sup>9</sup>. De modo que aqueles que ostentarem o *status* de refugiado gozará dos direitos constitucionais pátrios, além daqueles estabelecidos na Convenção de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967.

Em 1997, foi aprovada e promulgada a Lei nº 9.474/97<sup>10</sup> integrando o ordenamento com o Estatuto Jurídico dos Refugiados e consagrando-se como um marco legal de proteção aos refugiados no Brasil. Além de oferecer um ambiente de proteção jurídico favorável àqueles que buscam acolhida (BRASIL, 1997).

Embora as legislações internas de outros países sigam o protocolo de designar um órgão responsável pela proteção dos refugiados, bem como procedimentos para a admissão do pedido de acolhida, o Brasil, com a Lei nº 9.474/97 foi além das políticas migratórias, até então, implementadas, passando a disciplinar tantos os deslocamentos forçados, procedimento para requerer a condição de refugiado, quanto os direitos e obrigações dos refugiados (BRASIL, 1997).

No que se refere ao asilo, em âmbito nacional, o que se verifica é a ratificação pelo Brasil de duas convenções internacionais que tratam da temática. A Convenção Internacional sobre Asilo Diplomático<sup>11</sup>, promulgada pelo Decreto nº 42.628 de 1.957 e a Convenção Internacional sobre Asilo Territorial<sup>12</sup> promulgada pelo Decreto nº 55.929 de 1965. Tais convenções consistem no referencial para a regulamentação do instituto do asilo.

Neste ponto, vale destacar que além das normativas vigentes no sistema jurídico brasileiro, os Tribunais Superiores pátrios vêm se posicionando acerca dos direitos cabíveis

nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>9</sup> Artigo 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 (...). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>10</sup> Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997, define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm). Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>11</sup> O Congresso Nacional aprovou pelo Decreto Legislativo nº 13, de 11 de junho de 1957, a Convenção Sobre Asilo Diplomático, assinada em Caracas, a 28 de março de 1954; foi ratificada pelo Brasil pela Carta de 25 de junho de 1957 e depositada em 17 de setembro de 1957 junto a União Pan-americana, em Washington o Instrumento brasileiro de ratificação da referida Convenção ([http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D42628.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D42628.htm)). Acesso em: 03 jan. 2019.

<sup>12</sup> O Congresso Nacional aprovou pelo Decreto Legislativo nº 34 de 1964 a Convenção sobre Asilo Territorial assinada em Caracas, a 28 de março de 1954 por ocasião da 10ª Conferência Interamericana. E havendo sido depositado o respectivo instrumento de ratificação junto à União Pan-americana, em 14 de janeiro de 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D55929.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D55929.htm). Acesso em: 03 jan. 2019.

aos refugiados. É o que se verifica por meio de julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcrito:

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. DIREITO COMPARADO. REFÚGIO POR PERSEGUIÇÃO RELIGIOSA. CONFLITO ISRAEL-PALESTINA. CONDIÇÕES. IMIGRAÇÃO DISFARÇADA. CONARE. REQUERIMENTO INDEFERIDO. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. POLÍTICAS PÚBLICAS DE MIGRAÇÃO E RELAÇÕES EXTERIORES.

[...]

2. O refúgio é reconhecido nas hipóteses em que a pessoa é obrigada a abandonar seu país por algum dos motivos elencados na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1957 e cessa no momento em que aquelas circunstâncias deixam de existir. Exegese dos artigos 1º, III, e 38, V, da Lei nº 9.474/97. 3. A concessão de refúgio, independentemente de ser considerado ato político ou ato administrativo, não é infensa a controle jurisdicional, sob o prisma da legalidade. 4. Em regra, o Poder Judiciário deve limitar-se a analisar os vícios de legalidade do procedimento da concessão do refúgio, sem reapreciar os critérios de conveniência e oportunidade. Precedentes do STJ. 5. Em casos que envolvem políticas públicas de migração e relações exteriores, mostra-se inadequado ao Judiciário, tirante situações excepcionais, adentrar as razões que motivam o ato de admissão de estrangeiros no território nacional, mormente quando o Estado deu ensejo à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal a estrangeiro cujo pedido foi regularmente apreciado por órgão formado por representantes do Departamento de Polícia Federal; do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e dos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, do Trabalho, da Saúde, da Educação e do Desporto, nos termos do art. 14 da Lei 9.474/1997. Precedentes do STJ e do STF. 6. A tendência mundial é no sentido da restrição do papel do Poder Judiciário no que tange à análise das condições para concessão de asilo. Precedentes do Direito Comparado. 7. No Direito Internacional Público, o instituto jurídico do refúgio constitui exceção ao exercício ordinário do controle territorial das nações, uma das mais importantes prerrogativas de um Estado soberano. Cuida de concessão *ad cautelam* e precária de parcela da soberania nacional, pois o Estado-parte cede temporariamente seu território para ocupação por não súdito, sem juízo de conveniência ou oportunidade no momento da entrada, pois se motiva em situação delicada, em que urgem medidas de proteção imediatas e acordadas no plano supranacional. (...). (REsp 1174235/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 28/02/2012).

O julgado deixa clara a posição do judiciário no que se refere ao caráter discricionário do ato que concede qualquer das medidas protetivas para os perseguidos, tanto para o asilo quanto para o refúgio. No que toca ao direito de asilo nunca houve dúvida acerca da discricionariedade, a controvérsia surge em âmbito de refúgio, tendo em vista a regulamentação legal detalhada do instituto, o que, muitas das vezes, conduz o ordenamento a entender tratar-se de ato totalmente vinculado. Todavia o Superior Tribunal de Justiça, em uma postura respeitosa a evitar o conflito entre as instituições, deixa a cargo, exclusivo, do Poder Executivo as decisões de concessão ou não do refúgio.

O Brasil mantendo a postura pioneira no que se refere à proteção dos refugiados, substituiu o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80<sup>13</sup>) criado no regime militar pela nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/17) com o intuito de conferir maior amparo aos estrangeiros e refugiados. O texto legal retira a definição segundo a qual o estrangeiro tem que ser visto como uma ameaça à soberania nacional.

<sup>13</sup> Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980 que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm). Acesso em: 10 jan. 2019.

Os artigos 3<sup>o</sup><sup>14</sup> e 4<sup>o</sup><sup>15</sup> trazem os princípios e garantias que regem a condução da tratativas entre nacionais e estrangeiros, determinando que sejam norteadas pela universalidade, indivisibilidade, interdependência dos direitos humanos, acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social e acolhida humanitária.

Desse modo, para Deilton Ribeiro Brasil a legislação brasileira demonstra preocupação em adequar-se às exigências internacionais, garantindo, cada vez mais, a mobilidade e liberdade das pessoas e protegendo os direitos dos imigrantes no país.

Em todas essas situações, os Estados, inevitavelmente, devem cumprir os compromissos internacionais assumidos convencionalmente ou de forma não-convencional, respeitando o *jus cogens* (conjunto de normas jurídicas imperiosas e inderrogáveis, as quais vinculam a todos os sujeitos do direito internacional independentemente de sua vontade), procedendo às reformulações legislativas internas. O Estado brasileiro segue essa linha de pensamento, com promulgação da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 que foi regulamentada pelo Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017 (BRASIL, 2018, p. 761.)

Ao instituto jurídico do asilo não há acréscimos relevantes com o advento da Lei nº 13.445/17. O texto normativo limita-se a proclamar que as “condições para concessão e manutenção de asilo”<sup>16</sup> serão dispostas em regulamento próprio. O Decreto nº 9.199/17 - regulamentador da nova Lei de Migração dedica alguns artigos ao disciplinamento do asilo,

14 Artigo 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; II - repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; III - não criminalização da migração; IV - não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; V - promoção de entrada regular e de regularização documental; VI - acolhida humanitária; VII - desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil; VIII - garantia do direito à reunião familiar; IX - igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; X - inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; XI - acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; XII - promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante; XIII - diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante; XIV - fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas; XV - cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante; XVI - integração e desenvolvimento das regiões de fronteira e articulação de políticas públicas regionais capazes de garantir efetividade aos direitos do residente fronteiriço; XVII - proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante; XVIII - observância ao disposto em tratado; XIX - proteção ao brasileiro no exterior; XX - migração e desenvolvimento humano no local de origem, como direitos inalienáveis de todas as pessoas; XXI - promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei; e XXII - repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm). Acesso em: 10 jan. 2019.

15 Artigo 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados: I - direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos; II - direito à liberdade de circulação em território nacional; III - direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes; IV - medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos; V - direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável; VI - direito de reunião para fins pacíficos; VII - direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos; VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; IX - amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; X - direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; XI - garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; XII - isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica, na forma de regulamento; XIII - direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante, nos termos da Lei; XIV - direito de abertura de conta bancária; XV - direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de autorização de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em autorização de residência; e XVI - direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória. (...). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm). Acesso em: 10 jan. 2019.

16 Artigo 27. O asilo político, que constitui ato discricionário do Estado, poderá ser diplomático ou territorial e será outorgado como instrumento de proteção à pessoa. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre as condições para a concessão e a manutenção de asilo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm). Acesso em: 10 jan. 2019.

não se vislumbrando, todavia, nenhuma inovação em relação à Convenção Internacional sobre Asilo Diplomático e Convenção Internacional sobre Asilo Territorial, ambas promulgadas pelo Brasil, conforme já mencionado.

Em que pese a ausência de relevantes inovações, há que se ressaltar as garantias contidas nos artigos 30, I, e<sup>17</sup> e 82, IX<sup>18</sup>, ambos da Lei nº 13.445/17 ao estabelecer que o solicitante de asilo fará *jus* à autorização provisória de residência até a obtenção ou não da concessão e ao vedar a extradição do asilado, mandamento legal não encontrado nas citadas convenções.

Quanto ao instituto do refúgio, a Lei nº 13.445/17 determina que “a Política de Migrações, Refúgio e Apatridia será articulada conforme regulamento.”<sup>19</sup> O ato regulamentador da Lei – o Decreto nº 9.199/17 dedica dois artigos ao tema “refúgio”, os artigos 122<sup>20</sup> e 181<sup>21</sup>, o primeiro para priorizar as solicitações de refúgio para as hipótese em que haja contra o refugiado medida de retirada compulsória e o artigo 181 a proibir a repatriação, deportação ou expulsão enquanto o processo de reconhecimento de sua condição estiver pendente.

A Lei nº 13.445/17, bem como o seu Decreto regulamentador nº 9.199/17 trouxe poucas inovações a integrar os institutos jurídicos em estudo. A existência da Lei nº 9.474/97 e das convenções internacionais sobre asilo diplomático e territorial que foram ratificadas pelo Brasil, disciplinam os institutos de modo a alcançar uma adequada regulamentação das medidas protetivas.

Todavia, em que pese a suficiência de tais regulamentações, não se pode negar o critério pontual dos dispositivos contidos na nova Lei de Migração ao estabelecer as citadas garantias de *residência provisória e não extradição* não previstas nos regulamentos, até então, presentes no ordenamento pátrio, o que vem ratificar a política migratória adotada pelo Brasil no sentido de conferir acolhida àqueles que necessitam.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política migratória nacional destaca-se no cenário da América do Sul por, sempre, estar à frente dos demais Estados quando o assunto é proteção de refugiados, tanto é assim que foi o primeiro país latinoamericano a ratificar a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, comprometendo-se, desse modo, a respeitar e implementar o direito das pessoas que buscam acolhida. Com a edição da nova Lei de Migração não foi diferente, já que um dos princípios a nortear as tratativas dispensadas pelos nacionais aos estrangeiros é a *acolhida humanitária* – artigo 3º inciso IV da Lei nº 13.445/17.

Como resultado final foi constatado que, em âmbito nacional, há o dualismo entre asilo e refúgio, característica dos países latinoamericanos, havendo, pois, regulamentação e

17 Artigo 30, I, e: A residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses: I - a residência tenha como finalidade: e) seja beneficiária de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida (...). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm). Acesso em: 10 jan. 2019.

18 Artigo 82. Não se concederá a extradição quando: IX - o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei no 9.474, de 22 de julho de 1997, ou de asilo territorial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm). Acesso em: 10 jan. 2019.

19 Artigo 120. A Política Nacional de Migrações, Refúgio e Apatridia terá a finalidade de coordenar e articular ações setoriais implementadas pelo Poder Executivo federal em regime de cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com participação de organizações da sociedade civil, organismos internacionais e entidades privadas, conforme regulamento Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm). Acesso em: 10 jan. 2019.

20 Artigo 122. As solicitações de refúgio terão prioridade de avaliação e decisão na hipótese de existir contra o solicitante procedimento do qual possa resultar a aplicação de medida de retirada compulsória. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm). Acesso em: 19 jan. 2019.

21 Artigo 181. O beneficiário de proteção ao apátrida, refúgio ou asilo político não será repatriado, deportado ou expulso enquanto houver processo de reconhecimento de sua condição pendente no País. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm). Acesso em: 19 jan. 2019.

requisitos próprios. São diferentes formas de acolhida que podem ser aplicadas para a proteção de perseguidos, sendo o caráter humanitário inerente a ambos.

Outro traço comum entre eles é a base jurídica de cada um que é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como o império da soberania estatal que se revela decisiva para o reconhecimento do *status* de perseguido, tanto para o asilado quanto para o refugiado.

Quanto à concessão do asilo é predominante a discricionariedade, ante a ausência de uma regulamentação criteriosa sobre requisitos e procedimentos, exigindo-se, somente a configuração da perseguição política. Na hipótese do refúgio, há certo limite, todavia, não se pode afirmar que seja o ato vinculado, o que há é a predominância, independentemente de qualquer regulamentação, da vontade estatal como já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

Ademais, o refúgio é muito mais amplo do que o asilo, já que impõe ao Estado acolhedor a obrigação de oferecer políticas de integração local dos refugiados, bem como outras obrigações decorrentes das ratificações dos tratados internacionais.

Os instrumentos jurídicos em estudo fundam-se na solidariedade e na cooperação internacional, fato que torna evidente a proteção aos direitos humanos, universalizados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como pelos demais tratados universais e regionais sobre o assunto, tendo como características: a universalidade, a irrenunciabilidade, a ilimitabilidade e historicidade, sendo, pois, comuns aos institutos protetivos analisados, já que estes consistem em expressão da proteção aos direitos humanos.

Ante o fato de o asilo e o refúgio serem caracterizados pela historicidade é que se reputou importante a construção histórica dos institutos, mapeando a origem de cada um deles até às recentes regulamentações, todo o esforço para averiguar a adequação dos institutos face às necessidades demandadas pelos refugiados.

O legislador pátrio atento às mudanças sociais hoje percebidas e sentidas nos diversos Estados que integram a sociedade internacional, editou a Lei nº 13.445/17, prevendo em seu bojo garantias, até então, não contidas na legislação brasileira. Os perseguidos, em situação de processo de concessão de acolhida em trâmite, possuem o direito de aquisição de autorização de residência temporária, alegando motivo de acolhida humanitária, garantia que viabiliza a legalidade da permanência do solicitante até que o seu *status* refugiado ou asilado seja reconhecido.

Outra inovação da lei é a vedação da extradição em face do solicitante de refúgio ou asilo. Pendente pedido de concessão de acolhida, a medida de cooperação não poderá ser admitida. Além disso, de acordo com a lei atual, estrangeiros sem a documentação adequada que se encontre na fronteira e que estejam em situação de refúgio, sem pátria e necessitando de ajuda humanitária serão acolhidos no Brasil, o que, anteriormente, não era possível.

A nova Lei de Migração, embora dedique poucos dispositivos acerca do asilo e refúgio, confere pontuais e importantes garantias integrando, desse modo, o sistema jurídico dos refugiados e asilados, o que confere uma harmonização entre referida normativa e os preceitos constitucionais consistentes na solidariedade e cooperação entre os povos.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Henrique Fisch de. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nádya de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). **O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. **Direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Juruá, 2013.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *A proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL, Deilton Ribeiro. As dimensões políticas, sociais e econômicas da nova lei de migração e os direitos humanos em uma sociedade globalizada. **Revista Argumentum**. v. 19, n. 3, 2018. p. 757-774. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/573>. Acesso em: 03 jan. 2019

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 ago. 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm). Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.474, 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 jul. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/19474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/19474.htm). Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Publicado no **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 maio 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm). Acesso em 04 dez. 2017.

BRASIL. Decreto nº 70.946, de 07 de agosto de 1972. Promulga o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados. Publicado no **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 ago. 1972. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm). Acesso em 04 jan. 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Publicado no **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 nov. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm). Acesso em 04 jan. 2019.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1174235/PR**. Ministro Herman Benjamin, segunda turma. Publicação DJE: 28/02/2012, disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp 1174235](http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp%201174235). Acesso em: 12 jan. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017.

ONU. **ACNUR**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobrefugio-no-brasil/>>. Acesso em: 10 jan. 2019

ONU. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951**. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso em: 02 jan. 2019

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos** de 1948. Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/historia-da-declaracao-por-celso-lafer/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-1948>. Acesso em: 10 jan. 2019.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

PEREIRA, Carolina Henriques. **Refugiados da segunda guerra mundial nas Caldas da Rainha**. São Paulo: Colibri, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VALLADÃO, Haroldo Teixeira. **Direito internacional privado**. São Paulo: Freitas Bastos, 1969.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O APRIMORAMENTO DO SISTEMA DE SEGURANÇA  
PÚBLICA E SEU ADEQUADO FINANCIAMENTO

ROY REIS FRIEDE

VOLUME 11 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2020

# O APRIMORAMENTO DO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA E SEU ADEQUADO FINANCIAMENTO

## THE IMPROVEMENT OF THE PUBLIC SAFETY SYSTEM AND ITS ADEQUATE FUNDING

Recebido: 13/01/2020  
Aprovado: 01/12/2020

Roy Reis Friede<sup>1</sup>

### RESUMO:

A violência urbana é um dos principais problemas com os quais diferentes países precisam lidar. A violência atinge, hoje em dia, a maioria das cidades brasileiras, trazendo uma sensação de insegurança e tendo reflexos nas mais diferentes áreas da vida dos cidadãos. O trabalho pretende fazer algumas reflexões sobre o financiamento da segurança pública e o sucateamento das forças policiais, mais precisamente na cidade do Rio de Janeiro. Também será feita uma análise crítica sobre o uso das Forças Armadas em substituição aos órgãos responsáveis pela segurança pública. Serão utilizadas matérias que circularam em veículos da grande imprensa para ilustrar como o sucateamento dos órgãos que compõem o sistema de segurança pública no Brasil é mostrado, ou denunciado, para a população em geral.

**Palavras-chave:** Violência Urbana. Forças Armadas. Segurança Pública. Direitos Humanos. Ordem Pública.

43

### ABSTRACT:

Urban violence is one of the main problems that different countries have to deal with. Violence affects most Brazilian cities today, bringing a sense of insecurity and having a reflection on the most different areas of citizens' lives. The work intends to make some reflections on the financing of public safety and the scrapping of the police forces, more precisely in the city of Rio de Janeiro. There will also be a critical analysis of the use of the Armed Forces in place of the bodies responsible for public security. We will use materials circulated in vehicles of the main press to illustrate how the scrapping of the organs that compose the public security system in Brazil is shown, or denounced, to the general population.

**Keywords:** Urban Violence. Armed Forces. Public Security. Human Rights. Public Order.

<sup>1</sup> Doutor em Direito Público (UFRJ), Mestre em Direito do Estado (UGF) e em Direito Público (UFRJ). É Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Membro Efetivo do Conselho da Justiça Federal (CJF), ex-Membro do Ministério Público; Professor Titular e Membro do Conselho Consultivo do Mestrado Profissional Multidisciplinar em Desenvolvimento Local e ex-Coordenador para a Implantação do Programa de Mestrado em Direito da UNISUAM; Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME), Professor Honoris Causa da Escola de Comando e Estado-Maior da Aeronáutica (ECEMAR), Professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e fundador do Mestrado em Direito da UNESA/RJ. Graduado em Ciências Jurídicas, concluiu, também, os bacharelados em Administração (UCAM), Engenharia (UERJ/USU), Arquitetura (USU) e Economia (UFRJ), além de Licenciatura em Matemática (AVM/UCAM). email: assessoriareisfriede@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

Segundo dados divulgados pelo Instituto de Segurança Pública/ISP na publicação “Séries históricas anuais de taxa de letalidade violenta no estado do Rio de Janeiro e grandes regiões” (2019), as mortes por letalidade violenta – que correspondem ao somatório das mortes por homicídio doloso, roubo seguido de morte (latrocínio), lesão corporal seguida de morte e morte decorrente de intervenção de agente do Estado – perfazem um total de 6.695 somente no estado do Rio de Janeiro em 2018.

A violência urbana é um dos principais problemas com os quais diferentes países precisam lidar em suas políticas públicas. Como se não bastasse a ousadia da criminalidade contemporânea, que cada vez mais insiste em aterrorizar a sociedade, a ausência de integração entre os entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) que fazem parte do denominado Sistema Constitucional de Segurança Pública (art. 144 da CF/1988) é flagrante, sendo apontada como uma das inúmeras causas que contribuem para o atual quadro de desprestígio – em todos os aspectos possíveis – que paira sobre as forças policiais do País, conforme reconhecido, inclusive, em Audiência Pública realizada em 19 de setembro de 2017, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal.

Um maior protagonismo da União na segurança pública e integração e coordenação entre os órgãos que atuam no setor podem frear o crescimento da violência e reverter o problema, afirmaram [...] os convidados de audiência pública na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). (SEGURANÇA PÚBLICA, 2017)

Forma-se, em tal contexto onde imperam a desarmonia e o descrédito institucionais, um perfeito caldo de cultura para a atuação das denominadas empresas (regulares ou irregulares) de segurança privada, cujos “serviços” oferecidos envolvem desde a instalação de câmeras de vigilância ao fechamento de vias públicas por meio de cancelas e grades, tudo em evidente violação às normas urbanísticas e de trânsito editadas por um Estado fraco, e que muitas das vezes não consegue sequer fazer cumprir as leis por ele mesmo estabelecidas, problema perigosíssimo e que pode nos conduzir à barbárie. Cumpre, então, retomar as rédeas da situação, o que demanda instituições policiais eficientes e providas da necessária autoridade estatal, como também de recursos materiais e armamentos.

Revelando semelhante preocupação, o Juiz Roberto Caldas, Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao comentar sobre a morte da Vereadora Marielle Franco, crime que “expõe traços de barbárie”, advertiu que “não há futuro sem Estado de Direito e Democrático”, e que “não pode haver vazio de autoridade num Estado de Direito”, frases perfeitamente aplicáveis à delicada situação na qual o Brasil se encontra (CARIELLO, 2018, p. 13).

Não há dúvida, portanto, a respeito de quão deficiente é o sistema de segurança pública do país, fazendo com que as pessoas passem a recorrer a estratégias heterodoxas. E tal precariedade sistêmica – que, registre-se, alcança todos os órgãos elencados no art. 144 da Constituição Federal (1988), notadamente as Polícias Militares e as Polícias Cíveis – vem ensejando o frequente emprego das Forças Armadas – destinadas, *prima facie*, à defesa nacional – em operações de garantia da lei e da ordem (GLO), em substituição aos órgãos primariamente responsáveis pela segurança pública.

A violência atinge, hoje em dia, a maioria das cidades brasileiras, trazendo uma sensação de insegurança e tendo reflexos nas mais diferentes áreas da vida dos cidadãos. Este trabalho pretende fazer algumas reflexões sobre o precário financiamento da segurança pública e o sucateamento das forças policiais, mais precisamente na cidade do Rio de Janeiro,

cartão postal do país e que sofre com as consequências de uma segurança pública frágil e que não consegue apresentar resultados satisfatórios para a população. Também será feita uma análise sobre o uso das Forças Armadas em operações de garantia da lei e da ordem (GLO), em substituição aos órgãos primariamente responsáveis pela segurança pública.

O Brasil, sendo uma República Federativa, e para se constituir como um Estado Democrático de Direito, segue o princípio da separação dos poderes. A clássica “Teoria da Separação dos Poderes”, proposta por Montesquieu (2000), apresenta a divisão dos poderes políticos e suas respectivas áreas de atuação: Legislativo, Executivo e Judiciário. Para o autor, o perigo em se deixar numa única mão a responsabilidade de legislar, administrar e julgar colide na possibilidade de que o indivíduo que tem um poder ilimitado possa dele abusar, por isso os poderes devem atuar de forma separada, mas ainda mantendo a independência e harmonia. Mas um quarto poder surge, representado pelos meios de comunicação, se incumbindo da responsabilidade de fiscalizar e denunciar os abusos cometidos pelos três poderes instituídos, incluindo as possíveis violações de direitos dos cidadãos que vivem sob regimes democráticos.

A partir da compreensão de que os meios de comunicação exercem uma força sobre a sociedade, principalmente pelo seu alcance, e que essa força influencia na percepção que os indivíduos passam a ter do seu entorno, serão utilizadas matérias que circularam em veículos da grande imprensa para ilustrar como o sucateamento dos órgãos que compõem o sistema de segurança pública no Brasil, especialmente as forças policiais, acaba sendo mostrada, ou denunciada, para a população de maneira geral.

## AS FORÇAS ARMADAS E A SEGURANÇA PÚBLICA

Segundo relatório do Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento, “O nível de insegurança impede o desenvolvimento humano dos latino-americanos” (PNUD, 2013). Ao mesmo tempo em que é possível constatar que a região tem economias mais fortes, menos pobreza e democracias mais consolidadas, também se percebe “uma epidemia de violência, acompanhada pelo crescimento e pela disseminação do crime, assim como o aumento do temor entre os cidadãos” (PNUD, 2013). Diante das múltiplas notícias veiculadas nos meios de comunicação sobre o aumento da sensação de insegurança e das ocorrências violentas no cotidiano brasileiro, é possível inferir que a insegurança e a violência têm sido um dos obstáculos ao desenvolvimento econômico e social do país.

Segurança pública é um conceito ainda não devidamente sedimentado no Brasil, embora a temática persista atual e geralmente carregada de certa dose de polêmica. Decorridos quase trinta anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CF/1988), suspeita-se que a Carta Magna, ao manter a estrutura então existente, não logrou resolver os problemas atinentes ao tema, não obstante haver definido os pressupostos da atuação nessa área, em termos dos órgãos que são por ela responsáveis e suas respectivas competências. Não chegou, porém, a definir com precisão o que significa segurança pública nem prover-lhe os instrumentos de atuação conforme o pretendido epíteto de ‘cidadã’, que perpassa a pretensa égide constituinte. (ROCHA, 2016, p. 4)

Para a Organização dos Estados Americanos (OEA), que congrega 35 Estados independentes das Américas e constitui o principal fórum governamental político, jurídico e social, baseando-se na democracia, nos direitos humanos, na segurança e no desenvolvimento:

O conceito de segurança pública passou a ser entendido a partir de uma perspectiva mais complexa do que em décadas passadas. As ameaças de segurança vão além da esfera militar tradicional para incluir os problemas que têm um impacto direto na vida

das pessoas, como a violência de gangues, criminalidade, tráfico de drogas, armas ou seres humanos. (ORGANIZAÇÃO..., 2019)

A área de Segurança Pública é uma das mais preocupantes no cenário nacional e o tema aparece, diariamente, nos principais noticiários brasileiros. Há tempos o país vem passando por uma crise que gera uma sensação de insegurança reinante entre a população. A garantia de ir e vir com segurança está prevista pela Constituição Federal (1988) e se constitui em um direito fundamental, assim como moradia, saúde, educação, lazer, todos devendo ser assegurados pelo Estado.

No Brasil, a segurança pública é fundamentalmente da competência dos estados. Cada um deles tem, por exemplo, suas forças policiais – Polícia Civil e Polícia Militar – e seu Tribunal de Justiça, conforme o modelo federativo. A Polícia Federal, por seu lado, tem porte reduzido – inferior ao de muitas polícias estaduais – e o sistema de justiça criminal federal tem competências limitadas a determinados crimes. Por isso, o papel do poder federal foi, sobretudo, incentivar, por meio de financiamentos, intervenções nos estados, que atendam certos requisitos técnicos e políticos. As prefeituras, por seu lado, têm um papel na área da prevenção, principalmente, embora a expansão das guardas municipais incluía também tarefas de repressão. (CANO, 2006, p. 138)

Ainda segundo Cano (2006), a percepção da insegurança por parte dos cidadãos provocou uma pressão na sociedade para que fossem tomadas medidas no campo da segurança pública independente de suas competências oficiais, porém, “a difícil situação financeira dos estados impede investimentos significativos, o que tem contribuído para o aumento dos poderes municipal e federal neste campo” (CANO, 2006, p. 138).

Segundo Rolim (2007), o Brasil, nas duas últimas décadas pelo menos, vem apresentando um problema novo no que diz respeito à segurança pública, que é o aumento das taxas de homicídios, principalmente nas regiões metropolitanas, acompanhadas pelo aumento de práticas violentas propostas por grupos vinculados ao tráfico de armas e drogas e também por manifestações coletivas de grupos sociais nos principais centros urbanos. Embora a publicação seja de 2007, podemos perceber que o problema persiste até os dias de hoje no país. E, para Rolim, na área das políticas de segurança pública no Brasil existe uma resistência incomum à inovação, além de um apego à tradição muito consolidado, sendo isto parte do problema a ser enfrentado (ROLIM, 2007).

É a partir da percepção da insegurança e da realidade da violência que se torna possível compreender a importância da área de segurança pública e suas políticas, que precisam ser eficazes e inovadoras, visto que o cenário da insegurança e da violência não é uniforme e demanda ações pontuais relacionadas às necessidades da população.

De acordo com o previsto no art. 142 da Constituição Federal (1988), as Forças Armadas, compostas por Marinha, Exército e Aeronáutica “são instituições nacionais permanentes e regulares [...] e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem” (BRASIL, 1988). Lendo o texto constitucional entendemos que cabe às Forças Armadas garantir a lei e a ordem, e não uma ou outra, o que significa garantir o cumprimento das leis e a preservação da ordem pública.

No capítulo III da Constituição Federal, que trata Da Segurança Pública, o art. 144 define que “[...] a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]” (BRASIL, 1988).

Ordem Pública - Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse

público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum. (BRASIL, 1983)

No artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, inciso II, consta que é dever do Estado respeitar os direitos fundamentais para se alcançar o bem estar social e garantir a ordem pública, o que não deixa dúvidas de que ordem pública englobe segurança pública como forma de se manter a dignidade da pessoa humana (ONU, 1948).

Não obstante a possibilidade constitucional de emprego das instituições militares em missões de segurança pública, bem como a concreta necessidade de utilizá-las em casos de grave comprometimento da ordem pública, a regra e a lógica, obviamente, não podem ser essa. O uso constante das Forças Armadas em operações de garantia da lei e da ordem (GLO) acaba por abrir um debate sobre a necessidade de se modernizar as forças policiais dos diferentes estados como forma de se diminuir essa constância.

Conforme matéria publicada em jornal de grande circulação, a fim de evitar que a exceção se transforme em regra, ou mesmo que haja uma “utilização casuística, pontual, e até mesmo a politização do emprego das Forças Armadas” (GOIS, 2018), em matéria de GLO, é preciso, urgentemente, aprimorar os órgãos de segurança pública, provendo-lhes as condições necessárias para o efetivo cumprimento das atribuições constitucionais que lhes foram conferidas pela Lei Maior da República.

Em suma, é necessário revigorar, em todos os aspectos possíveis, as forças policiais do país, resgatando-lhes o imprescindível prestígio institucional, o que demanda a adoção de uma série de medidas, tais como: investimentos em formação e treinamento policial, inteligência, tecnologia e equipamentos (armamentos, viaturas, coletes balísticos etc.), estabelecimento de consistentes protocolos de atuação operacional, criação de condições dignas de trabalho, acompanhamento da saúde física e mental do profissional, dentre outros aspectos fundamentais para que a autoestima dos integrantes dos órgãos policiais seja elevada.

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, confere à segurança o *status* de direito individual fundamental. Por sua vez, o art. 6º, *caput*, trata-a como um direito social. Retomando o art. 144, *caput*, da Constituição Federal, anteriormente citado, pelos aspectos finalístico e classificatório, este assevera que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (BRASIL, 1988).

Em seguida, esta última norma jurídica elenca, taxativamente, diversos órgãos que integram o sistema constitucional da segurança pública: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal (inexistente na atualidade), Polícias Civas, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. O art. 144, § 8º, da CF/1988, por sua vez, estabelece que “os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”.

Uma interpretação conjugada dos referidos dispositivos permite inferir que a Constituição, “Ao atribuir ao Estado o dever pela segurança pública, reconhece-a como serviço público a ser garantido pela máquina estatal”, figurando, pois, como um “direito inalienável de todos os cidadãos” (FONTOURA; RIVERO; RODRIGUES, 2009). Nesse sentido, Jorge da Silva (2008) explica que, “em se tratando de segurança pública, não se pode tomar a palavra ‘pública’ no sentido usual, sendo mais acertado tomá-la como se referindo ao direito de todos os cidadãos de serem protegidos contra riscos a que possam estar expostos no espaço público e em casa” (SILVA, 2008).

Do mesmo modo, ao tratá-la como “responsabilidade de todos”, a Lei Maior evidencia a importância da participação social na matéria em questão.

[...] a definição da segurança também como responsabilidade de todos pode ser interpretada à luz da necessidade de que haja participação social nas políticas públicas relacionadas a esse campo. Adicionalmente, é possível compreender que a segurança pública não pode ser vista apenas como atribuição do Estado, uma vez que a sociedade tem um papel importante não somente na participação e controle das políticas, como também na socialização dos indivíduos, na perpetuação dos mecanismos informais de controle social e de autocontrole, a partir da perspectiva de que não é somente o controle pelo Estado que garante a segurança de todos. (FONTOURA; RIVERO; RODRIGUES, 2009)

Malgrado a cristalina redação do art. 144, *caput*, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual a segurança pública constitui dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, o Estado brasileiro, notadamente sua vertente legislativa, trata a

[...] segurança pública eminentemente sob o prisma penal, em detrimento de uma abordagem com foco na prevenção à violência, na melhor integração das forças de segurança ou, menos ainda, na coordenação de políticas públicas multissetoriais distintas da justiça criminal. (HOMERIN, 2017)

Assim, conforme reconhecem Fontoura et al (2009), “para enfrentar os problemas de criminalidade e violência atualmente existentes no Brasil o papel das polícias e a atuação destas tem se tornado essencial, o que não significa desconhecer a existência de outros fatores determinantes” (FONTOURA; RIVERO; RODRIGUES, 2009).

Apesar de a expressão *ordem pública* ter sido mencionada no *caput* do art. 144 da Constituição, esta, de maneira correta, não esboçou qualquer tentativa de conceituá-la, preferindo deixar essa tarefa para a doutrina especializada. Trata-se, portanto, daquilo que se convencionou chamar de *conceito jurídico indeterminado*, cuja exata dicção demanda uma análise de um contexto normativo mais amplo (isto é, sob o prisma sistemático) do Texto Magno. Nesse sentido, cumpre consignar que a Carta vigente, de modo constitucionalmente inédito, consagrou um capítulo próprio para o tratamento do tema *segurança pública*: Capítulo III do Título V – *Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas* (BRASIL, 1988). Conforme explica Ricardo Fiúza (1987-1988), “atendendo aos apelos comunitários e de nossa sociedade como um todo, surge a necessidade de se dotar a Constituição Federal de um título denominado *Da Segurança Pública*” (ASSEMBLEIA..., 1987-1988). A nosso ver, a Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988) acertou ao conferir assento constitucional à matéria, mormente por inseri-la no âmbito das instituições democráticas, o que implica em compreender as instituições policiais como organismos voltados para a defesa do Estado e da democracia. Afinal, como se vê, a expressão *Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas* (Título V da CF/1988) possui, em sua redação, a conjugação aditiva “e”.

Portanto, uma interpretação sistemática permite afirmar que a expressão *ordem pública* (mencionada no *caput* do art. 144 da CF/88) guarda estreita relação com a ordem do Estado Democrático. Assim, não se admite, por parte dos organismos policiais, a prática de ações que possam ser rotuladas como antidemocráticas, tais como a tortura, o abuso de autoridade, a discriminação, a intolerância e a perseguição a grupos minoritários. Do mesmo modo, é inconcebível que o ente estatal quede inerte quanto ao seu dever de inovar em termos de segurança pública a fim de prover à população a tão necessária sensação de segurança. Afinal, consoante adverte Weichert:

A limitação da liberdade civil por decorrência da insegurança é visível no cotidiano. Em toda a população se tomam decisões sobre mobilidade considerando-se prioritariamente o fator “lugar menos perigoso.” (WEICHERT, 2017)



Fontoura et al (2009) apontam uma das possíveis causas para inércia:

No caso das políticas de segurança, pode-se afirmar que os riscos de qualquer ação são altos, já que, se por um lado qualquer melhora indicada pela diminuição da criminalidade pode acarretar grandes benefícios políticos, por outro lado, um equívoco nesta área altamente visível, que permanece na mira constante da opinião pública, pode trazer perdas enormes aos seus responsáveis. Portanto, sendo área altamente sensível, poucos são os políticos que costumam arriscar grandes mudanças. (FONTOURA; RIVERO; RODRIGUES, 2009)

Weichert também aduz que a “falta de promoção e garantia de direitos civis, por decorrência da insegurança pública, qualifica a nossa democracia como ‘disjuntiva’ e ‘incivil’, ou uma ‘democracia sem cidadania’” (WEICHERT, 2017).

Em um contexto democrático, a atuação policial deve estar fundamentada “na proteção aos cidadãos de maneira democrática e equitativa” (FONTOURA; RIVERO; RODRIGUES, 2009), cabendo às instituições policiais funcionar como um verdadeiro instrumento de promoção de direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais etc.

Assim, entre os requisitos para a consolidação do Estado Democrático de Direito encontra-se o exercício e a garantia de direitos civis, o que pressupõe níveis razoáveis de segurança pública. Afinal, a carência de segurança pública é inibidora direta do gozo das liberdades individuais e coletivas, a começar pela autonomia de ir e vir. A presença de elevadíssimos índices de criminalidade é, destarte, um dos fatores que impede a consolidação de uma democracia plena, na medida em que obstrui de modo significativo o gozo de direitos civis. Esse déficit democrático mostra-se ainda mais grave em sociedades cujos órgãos do sistema de segurança pública e de justiça são responsáveis pela prática rotineira de violações aos direitos humanos. (WEICHERT, 2017)

A breve digressão acima a respeito do desenho institucional do sistema constitucional da segurança pública do Brasil objetiva demonstrar que, não obstante terem sido idealizados para a importante missão de preservar a ordem do Estado Democrático, os organismos policiais, paradoxalmente, não estão sendo contemplados com os meios necessários para o fiel cumprimento da nobre atribuição que lhes foi conferida pela Lei Magna do País, o que limita sobremaneira a concretização do direito insculpido nos mencionados arts. 5º *caput*, 6º, *caput*, e 144, *caput*, da CF/1988.

## O SUCATEAMENTO DAS FORÇAS POLICIAIS PELOS OLHOS DA IMPRENSA

Conforme Barroso (2017), “Falta de investimento financeiro nas instituições de segurança pública, tanto em relação ao pessoal quanto aos meios para cumprir seu trabalho”, bem como “baixos salários, condições precárias, falta de recursos materiais e armamento defasado” (BARROSO, 2017) são pautas presentes entre os profissionais do segmento da segurança pública.

Como rotineiramente vem sendo noticiado, o sistema de segurança pública do País beira ao colapso, seja pela frequente falta de integração entre as aludidas instituições elencadas no art. 144 da Constituição, seja em decorrência dos problemas relacionados aos insuficientes recursos financeiros da Pasta. Apenas para exemplificar uma das imperfeições do sistema, sabe-se que as Polícias Militares do Brasil, por diversas razões, inclusive de ordens cultural e financeira, não preservam satisfatoriamente o local de infração penal, ao passo que as Polícias Civis, também por vários motivos, não conseguem investir em rotinas e protocolos

investigativos, o que faz com que o seu produto institucional (notadamente o inquérito policial) seja, de modo geral, pouco consistente, contribuindo, assim, para os baixos índices de elucidação delitiva com os quais convivemos no País.

[...] em se tratando da apuração de crimes [...] a polícia brasileira vem funcionando como se fosse uma grande firma de detetives privados, e os governantes e autoridades, como seus proprietários. Este talvez seja o principal fator de impunidade no Brasil, pois o criminoso sabe que a possibilidade de ser descoberto, incriminado com provas cabais e preso é remotíssima. (SILVA, 2008, p. 329-330)

Aliás, sob o aspecto financeiro, a carência abrange desde os equipamentos mais básicos – armas de fogo, munições, coletes balísticos, fardamentos, viaturas, materiais periciais etc. – ao efetivo existente nas instituições policiais. A título de ilustração, e de acordo com o levantamento realizado por veículo da grande imprensa junto às entidades de classe de 11 estados da Federação – os quais concentram 3.171 municípios –, no ano de 2017, 1.684 entes municipais estavam sem delegados de polícia, o que, em última análise, compromete a essência do trabalho das Polícias Judiciárias, notadamente o registro e a investigação das infrações penais, explicando, de certa maneira, o baixo índice de elucidação delitiva existentes no Brasil.

Em alguns casos, especialmente nas áreas rurais, moradores chegam a andar mais de 100 quilômetros para conseguir registrar um boletim de ocorrência, tirar o RG ou mudar a documentação do carro. Sem pessoal suficiente para investigar, crimes ficam sem solução e inquéritos se acumulam. A falta de policiais também traz uma série de problemas para os próprios delegados, que são obrigados a acumular mais de um posto, sem receber mais para isso, e a percorrer centenas de quilômetros para acompanhar ocorrências.

Os governos estaduais argumentam que algumas dessas cidades estão sem responsável pela Polícia Civil porque são muito pequenas. Afirmam que tentam organizar a distribuição dos profissionais de acordo com as regiões. Em pelo menos dois estados, Pernambuco e São Paulo, delegados relataram que a falta de investigação nas cidades pequenas levou grupos criminosos a apostarem em roubos a caixas eletrônicos.

Minas Gerais é o estado com mais cidades sem delegado, entre as que responderam. Dos 853 municípios mineiros, 607 não têm delegado, de acordo com o sindicato da categoria. Ao contrário de outros estados, que possuem institutos responsáveis pela emissão do RG e de documentos de veículos, em Minas o documento é impresso na delegacia. Quando não encontra um delegado, o morador precisa ir a outra cidade. (PRADO; DANTAS, 2017, p. 3)

Ainda de acordo com a mesma matéria, “dos 246 municípios de Goiás, 162 não têm delegados e o déficit atual, segundo a assessoria da Polícia Civil [de Goiás], é de 193 profissionais”. Da mesma forma, consoante os “dados fornecidos pelo diretor da Associação dos Delegados de Polícia do Ceará, não há delegados em 86 municípios dos 184 do estado”, o que, segundo a referida representação de classe, “prejudica o atendimento porque a população deixa de registrar ocorrência”; ademais, “quando o crime acontece, o delegado chega bem depois ao local e tem dificuldade até para encontrar testemunhas para ouvir depoimento”, fatores que, sem sombra de dúvida, comprometem fortemente aquilo que se denomina de *investigação imediata*, fundamental para o sucesso da apuração da autoria e materialidade delitiva (PRADO; DANTAS, 2017, p. 3).

O problema (carência de efetivo) repete-se no Piauí e no restante do País: “o presidente da Federação Nacional dos Delegados de Polícia Civil, Rodolfo Laterza, projeta um déficit de

delegados de aproximadamente 6 mil profissionais em todo o país. Ele cita o Piauí, onde 160 delegados precisam dar conta do trabalho de 224 cidades” (PRADO; DANTAS, 2017, p. 3).

Um quadro semelhante é encontrado quanto às instalações prediais, viaturas e equipamentos necessários para o bom desempenho dos trabalhos afetos à Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. O cenário narrado na reportagem *À Beira do Colapso* (BOTTARI; TEIXEIRA; HERINGER, 2018, p. 8) é digno de registro, principalmente em se tratando do estado que tem como capital a internacionalmente conhecida *Cidade Maravilhosa*, a segunda mais importante do País, porta de entrada do turismo no Brasil. A reportagem descreve como, no início de 2018, pessoas que chegavam para fazer registro de ocorrência criminal encontravam a delegacia do Engenho Novo, responsável por investigações no bairro e em outros adjacentes.

Dois cones foram colocados em frente a uma porta quebrada; cadeiras do saguão têm o forro rasgado. O banheiro masculino se encontra interditado, o feminino pode ser usado, desde que alguém segure uma maçaneta que não fecha. No mesmo horário, boletins de ocorrência são feitos na 22ª DP (Penha) graças ao comércio da área, que fez uma doação de papéis. Mas, do lado de fora, uma viatura chama a atenção: de tão carecas, os pneus mais parecem tiras de borracha lisa, e a lataria apresenta várias deformidades. (BOTTARI; TEIXEIRA; HERINGER, 2018, p. 8)

Além de descrever o estado em que se encontra a delegacia, a reportagem também apurou dados sobre a situação financeira da corporação de Polícia Civil:

A penúria da Polícia Civil é enorme. De acordo com dados do Sistema Integrado de Gestão Orçamentária, Financeira e Contábil do Rio de Janeiro (Siafe-Rio), em 2017, a corporação recebeu autorização para gastar somente R\$ 12 milhões com manutenção de atividades operacionais e administrativas, apesar de a Lei Orçamentária ter previsto uma verba de R\$ 23,3 milhões. Ainda assim, só conseguiu pagar metade dos serviços, e, por isso, começou este ano devendo R\$ 6,4 milhões. (BOTTARI; TEIXEIRA; HERINGER, 2018, p. 8)

Isso afeta não apenas o registro de ocorrências de crimes, mas também o trabalho da polícia técnico-científica:

[...] Entre as funções atribuídas à rubrica estava a elaboração de laudos de mortes violentas: foram no ano passado, registradas 6.731 no estado. Quem trabalha no setor se queixa da escassez de insumos fundamentais para as análises. Segundo um perito que pediu para não ser identificado, faltam luzes forenses e hastes plásticas capazes de indicar trajetões de projéteis (produtos bastante utilizados na investigação de casos de bala perdida), além de reagentes:

— O prédio do Instituto Médico-Legal está funcionando próximo ao colapso. A higiene é péssima, a recepção está com banheiros interditados. O setor de necropsia tem paredes, portas e pisos inadequados para a atividade fim. Há fissuras e placas descolando em várias salas, o que favorece a proliferação de bactérias. Portas feitas com compensado de madeira estão arrebentadas, mofadas e contaminadas por fluidos cadavéricos. Ar-condicionado e exaustão deficientes causam constatação mau cheiro. Estamos também enfrentando carência de reagentes químicos, luvas, aventais, mangotes e máscaras faciais. Necropsias vêm sendo realizadas com facões de açougue, serrotes de serralheiro, conchas e facas de cozinha. Exames de detecção de projétil deixam de ser realizados porque os aparelhos de raios X são ruins. (BOTTARI; TEIXEIRA; HERINGER, 2018, p. 8)

A situação financeira não é melhor na Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Conforme anota o Coronel PM Luis Cláudio Laviano, então Comandante Geral da PMERJ, “a falência do Estado se reflete na corporação” (ARAÚJO, 2018, p. 15). Segundo dados relativos

ao mês de fevereiro de 2018, levantados por NUNES et al. (2018, p. 7), das 6.685 viaturas da Corporação, 1.838 estão fora das ruas aguardando manutenção. Invariavelmente, com menos viaturas nas ruas, o patrulhamento motorizado da Corporação fica comprometido, prejudicando, por conseguinte, o emprego dinâmico do policiamento ordinário.

Aliás, tal quadro financeiro no qual se encontram ambas as Polícias já foi, inclusive, diagnosticado pela equipe do General Braga Netto, Interventor Federal na área de segurança pública, conforme registra a reportagem abaixo:

As secretarias de Segurança (PM e Polícia Civil) e de Administração Penitenciária não têm recursos para novos investimentos. O dinheiro que o governo federal deve destinar para a intervenção no Rio não cobre nem mesmo as dívidas do ano passado (restos a pagar) da área de segurança. [...].

Um levantamento feito em fevereiro por assessores do General mostrou que as secretarias de Segurança (PM e Polícia Civil) e de Administração Penitenciária (Seap) não têm recursos para novos investimentos. As duas pastas estão sob o controle do interventor. Na ponta do lápis, as dívidas incluem R\$ 1,6 bilhão em restos a pagar (dívidas) de 2016 e 2017 e cerca de R\$ 1,5 bilhão de gastos previstos para este ano. [...].

– A falta de recursos é o grande gargalo enfrentado pela segurança pública no estado e um problemão para a intervenção federal. Temos, por exemplo, quatro mil policiais concursados que não podem ser chamados por falta de dinheiro – disse uma fonte ouvida pelo GLOBO. (WERNECK; TEIXEIRA; PEREIRA, 2018, p. 9)

Apesar de ser evidente que o enfrentamento do problema da criminalidade e da violência no Brasil requer muito mais do que uma simples dotação orçamentária capaz de financiar a segurança pública, é preciso que o Estado brasileiro compreenda a importância de se dotar as forças de segurança pública dos recursos necessários para o adequado cumprimento de suas atribuições constitucionais e legais, sem os quais os problemas detectados pelo Gabinete de Intervenção Federal no Rio de Janeiro – muitos dos quais também ocorrem em outros estados da Federação – não serão solucionados, retroalimentando o emprego casuístico das Forças Armadas em matéria de garantia da lei e da ordem (GLO).

Com efeito, um orçamento condizente com a relevância da área é fundamental para melhorar o serviço público prestado pelas Polícias do Brasil, capacitando-as efetivamente para a preservação da ordem do Estado Democrático. Precisamos evoluir quanto a tal quesito, inclusive refletir sobre a possibilidade de conferir autonomia financeira às Polícias (Federal, Civil, Militar etc.), exatamente como acontece com outras instituições que compõem o Sistema de Justiça Criminal, tais como o Ministério Público e o Poder Judiciário, ambos igualmente comprometidos com a ordem do Estado Democrático.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se fala em segurança pública o primeiro pensamento que se tem está relacionado à questão da violência, uma das principais causadoras da sensação de insegurança nos grandes centros urbanos. A violência urbana é um dos problemas críticos com os quais diferentes países precisam lidar em suas políticas públicas. Ela atinge, nos dias de hoje, a maioria das cidades brasileiras e se reflete em diferentes áreas da vida dos cidadãos, como trabalho, lazer, locomoção etc.

O trabalho discutiu os conceitos de segurança pública e de ordem pública, apresentou o conceito de segurança pública pela perspectiva da Carta Magna, que a entende como um direito social e um dever do Estado, e que como direito e responsabilidade de todos cabe a ela

preservar a ordem pública e a integridade das pessoas e do patrimônio. Logo, estes conceitos não se explicam de forma isolada, visto que se qualificam por uma relação de causalidade.

A Constituição Federal elenca quais são os órgãos que integram o sistema constitucional da segurança pública: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal (inexistente na atualidade), Polícias Civis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, e atribui aos municípios autonomia para criarem Guarda Municipal de acordo com suas necessidades. Para formar um sistema de segurança pública é preciso que estes órgãos interajam em torno de um objetivo comum.

Em seu art. 142, a Constituição esclarece que as Forças Armadas se destinam à defesa da pátria e garantia dos poderes constitucionais e, diante da necessidade, a garantia do cumprimento das leis e a preservação da ordem pública. Mas foi mostrado que, mesmo diante da possibilidade de uso das instituições militares em missões de segurança pública, o uso constante das Forças Armadas em GLO, como vem acontecendo no país há algum tempo, expõe a emergência de se debater sobre a necessidade de modernização das forças policiais como forma de se diminuir essa constância.

Por fim, diversas matérias publicadas em veículos de comunicação de grande circulação no país mostram como os órgãos que integram a segurança pública no Brasil vêm passando por um longo processo de sucateamento e se tornando incapazes de cumprir de forma efetiva as atribuições que lhes foram atribuídas pela Constituição Federal. Como consequência o que temos é um sistema de segurança pública frágil e que não consegue apresentar resultados satisfatórios para a população.

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA Nacional Constituinte. (1987-1988), Comissão da Organização Eleitoral, Partidárias e Garantias das Instituições. Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança. “**Anteprojeto**”. Relatório. Relator: Deputado Constituinte Ricardo Fiuza – PFL/PE. Volume 132. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-132.pdf>>. Acesso: 02 fev. 2019.

BARROSO, Priscila Farfan. **O Sentimento de Insegurança e a Armadilha da Segurança Privada**: Reflexões Antropológicas a Partir de um Caso no Rio Grande do Sul. Revista Brasileira de Segurança Pública, São Paulo, v. 11, nº 2, ago./set., p. 148-163, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso: 02 fev. 2019.

CANO, Ignacio. Políticas de segurança pública no Brasil: tentativas de modernização e democratização versus a guerra contra o crime. Sur Revista Internacional de Direitos Humanos. Número 5, Ano 3. (2006),

FONTOURA, Natália de Oliveira; RIVERO, Patricia Silveira; RODRIGUES, Rute Imanishi. (2009), Segurança Pública na Constituição Federal de 1988: Continuidades e Perspectivas. Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise, Vinte Anos da Constituição Federal, nº 17, v. 3, p. 136-198, Ipea, Diretoria de Estudos e Políticas Sociais, Brasília.

HOMERIN, Janaína Camelo. (2017), O Papel de uma Legislação Penal mais Responsável na Redução do Fluxo de Entrada no Sistema Prisional. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 11, nº 2, ago./set., p. 30-46.

INSTITUTO de Segurança Pública/ISP. (2019), Séries históricas anuais de taxa de letalidade violenta no estado do Rio de Janeiro e grandes regiões. Disponível em: <http://www.ispdados.rj.gov.br/Arquivos/SeriesHistoricasLetalidadeViolenta.pdf>. Acesso: 02 fev. 2019.

MONTESQUIEU, C. de S. (2000), *O Espírito das Leis*. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. (1948), Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso: 02 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conceito de segurança pública. Disponível em: [http://www.oas.org/pt/topicos/seguranca\\_publica.asp](http://www.oas.org/pt/topicos/seguranca_publica.asp). Acesso: 02 fev. 2019.

PNUD Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. (2013), Relatório Regional de Desenvolvimento Humano 2013-2014. *SEGURANÇA CIDADÃ COM ROSTO HUMANO: DIAGNÓSTICO E PROPOSTAS PARA A AMÉRICA LATINA*. Disponível em: [http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/docs/Research%20and%20Publications/IDH/Resumen%20IDH%20portugues\\_completo\\_.pdf](http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/docs/Research%20and%20Publications/IDH/Resumen%20IDH%20portugues_completo_.pdf). Acesso: 02 fev. 2019.

ROCHA, Claudionor. *BOAS PRÁTICAS EM SEGURANÇA PÚBLICA*. (2016), Consultor Legislativo da Área XVII. Segurança Pública e Defesa Nacional. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema21/boas-praticas-em-seguranca-publica>. Acesso: 02 fev. 2019.

ROLIM, Marcos. (2007), Caminhos para a inovação em segurança pública no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 1, nº 1.

SILVA Jorge da. (2008), *Criminologia Crítica: Segurança e Polícia*. Rio de Janeiro: Forense Jurídica.

WEICHERT, Marlon Alberto. (2017), Violência Sistemática e Perseguição Social no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 11, nº 2, ago./set., p. 106-128.

### **Fontes da imprensa**

ARAÚJO, Vera. (15/04/2018), “Convênios para Cessão de Policiais deram Fôlego à PM”. *O Globo*, p. 15.

BOTTARI, Elenilce; TEIXEIRA, Fábio; HERINGER, Carolina. (09/02/2018), “À Beira do Colapso”. *O Globo*, p. 8.

CARIELLO, Gabriel. (16/03/2018), “Especialistas: Crime Ultrapassa Limite”. *O Globo*, p. 13.

GOIS, Ancelmo. (23/03/2018), O Globo, Ponto Final, p. 23.

NUNES, Marcos; SOARES, Rafael; ARAÚJO, Vera. (23/02/2018), “Tropa Será Convocada”. O Globo, p. 7.

PRADO, Chico; DANTAS, Tiago. (26/12/2017), “Investigação Comprometida”. O Globo, País, p. 3. 2013.

SENADO Notícias. (19/09/2017), “Segurança Pública: Protagonismo da União e Integração entre Estados pode Diminuir Violência”. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/09/19/seguranca-publica-maior-protagonismo-da-uniao-e-integracao-entre-estados-pode-diminuir-violencia>. Acesso: 02 fev. 2019.

WERNECK, Antônio; TEIXEIRA, Fábio; PEREIRA, Paulo Celso. (20/03/2018), “General quer 3,1 bi, mas Temer promete liberar apenas um terço”. O Globo, p. 9.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

## A INTERFACE DIALÉTICA ENTRE A DEMOCRACIA E A GLOBALIZAÇÃO

MARIA BEATRIZ ESPIRITO SANTO MARDEGAN  
ARTUR CÉSAR DE SOUZA  
WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER



# A INTERFACE DIALÉTICA ENTRE A DEMOCRACIA E A GLOBALIZAÇÃO

## THE DIALECTIC INTERFACE BETWEEN DEMOCRACY AND GLOBALIZATION

Recebido: 22/06/2020  
Aprovado: 03/11/2020

Maria Beatriz Espirito Santo Mardegan<sup>1</sup>  
Artur César de Souza<sup>2</sup>  
Walkiria Martinez Heinrich Ferrer<sup>3</sup>

### RESUMO:

A pesquisa intenta deslindar a relação dialética entre a democracia e a globalização, num processo simbiótico que envolve uma série de atores, estatais e não estatais, que se interagem e se influenciam reciprocamente. O ensaio aborda a contextualização histórica do processo democrático, desde a democracia direta da antiguidade grega, ressurgindo após dois mil anos, sob o paradigma de democracia representativa, evoluindo hodiernamente para a democracia semi-indireta. A seguir, o estudo relata as diversas perspectivas ideológicas sobre a democracia, bem como os entraves enfrentados no processo de democratização na sociedade globalizada. Analisa o panorama histórico da globalização, sobretudo a partir da segunda metade da década de 1980, com o surgimento de novas tecnologias de comunicação e informação, com a redução dos custos dos meios de transporte, o desenvolvimento da internet e uma acentuada interdependência econômica mundial. A partir de então, aludido fenômeno passou de uma dimensão restritamente econômica, a uma realidade mais ampla e profunda, a qual inclui a ciência e tecnologia, as relações sociais, políticas e culturais. Destaca a possibilidade da relativização da soberania estatal diante da interdependência multifacetada do processo de globalização, concluindo que o processo da ampliação da democracia deve, necessariamente, estar condicionado à redução das disparidades sociais, uma vez que os princípios democráticos ficam demasiadamente inócuos quando a democracia é reduzida à simples regime político. Outrossim, a história tem demonstrado que extremas desigualdades sociais funcionam como um fator limitativo do processo solidificador da democracia mundial.

**Palavras-chave:** Democracia. Globalização. Contextualização. Antíteses Sociais.

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Mestre em Direito Negocial - área de concentração em Direito Processual Civil, pela Universidade Estadual de Londrina. Pós graduada em Direito Penal e Processual Penal, pela Universidade Estadual de Londrina. Pós graduada em Direito Civil e Processual Civil, pela Universidade Norte do Paraná. email: biamlf@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Pós-doutor pelas seguintes Universidades: Università Statale di Milano - Itália (2007); Universidad de Valência - Espanha (2008); Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) 2008. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal (2013). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2005) Doutorando em Filosofia pela Universidade de Barcelona - UB. Pesquisador da CAPES Possui mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2001). Professor do Curso de Mestrado e Doutorado da Universidade de Marília - UNIMAR Professor em Direito Processual Civil pela UNIFIL Juiz Formador da Escola da Magistratura Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - EMAGIS Juiz Formador da ENFAM no Curso de Ética e Deontologia Atualmente é juiz federal. email: arturcesarsouza@gmail.com

<sup>3</sup> Graduação em Ciências Sociais (1989), Mestrado (1996) e Doutorado (2001) em Educação, Pós-doutorado em Sociologia do Trabalho (2019) pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - Marília-SP. Docente titular do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Marília. Coordenação do Núcleo Integrado de Pesquisa e Extensão - NIPEX/UNIMAR. Coordenação do Programa Institucional de Iniciação Científica- PIIC/UNIMAR, representante institucional do PIBIC/CNPq na Universidade de Marília. email: nipex@unimar.br

## ABSTRACT:

The research attempts to unravel the dialectical relationship between democracy and globalization, in a symbiotic process that involves a series of actors, state and non-state, that interact and influence each other. The essay addresses the historical contextualization of the democratic process, from the direct democracy of Greek antiquity, resurging after two thousand years, under the paradigm of representative democracy, evolving today to semi-indirect democracy. Next, the study reports the diverse ideological perspectives on democracy, as well as the obstacles faced in the process of democratization in the globalized society. It analyzes the historical panorama of globalization, especially from the second half of the 1980s, with the emergence of new communication and information technologies, the reduction of the costs of means of transport, the development of the internet and a marked global economic interdependence, when this phenomenon has gone from a strictly economic dimension to a broader and deeper reality, which includes science and technology, social, political and cultural relations. Highlights the possibility of relativizing state sovereignty in the face of the multifaceted interdependence of the globalization process, concluding that the process of expanding democracy must necessarily be conditioned to the reduction of social disparities, since democratic principles are too innocuous when democracy is reduced to the simple political regime. Furthermore, history has shown that extreme social inequalities work as a limiting factor in the solidifying process of world democracy.

**Keywords:** Democracy. Globalization. Contextualization. Social Antitheses.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo objetiva analisar a relação dialética multifacetada entre democracia e a globalização, a qual é influenciada por uma variedade de atores, que tanto podem constituir num fator de estímulo à sua promoção, como um elemento de pulverização e extenuação de seus caracteres.

Constata-se que as implicações da democracia no processo de globalização têm sido muitas vezes heterogêneas: ora promovem valores democráticos de estabilidade e pacificação mundial; ora sugerem desintegração, com práticas políticas, econômicas ou sociais não alinhadas aos princípios democráticos.

Analisa-se o contexto histórico do processo democrático, desde democracia direta ateniense, passando pela democracia representativa contemporânea, evoluindo para a necessidade de uma democracia semi-indireta, com mecanismos de aprimoramento da representatividade popular.

Analogicamente, o trabalho perquire o desenvolvimento da globalização, como um fenômeno de extraordinária interdependência das relações econômicas em nível mundial, de integração social, cultural e política entre os países, impulsionado pela redução de custos dos meios de transporte e de comunicação entre os países e pelo desenvolvimento da tecnologia e da internet.

Afere-se, ainda, que o êxito deste processo global de democratização pressupõe a somatória de alguns fatores, como o fortalecimento das instituições democráticas e da sociedade civil, o comprometimento das autoridades políticas com os autênticos fundamentos democráticos, a atuação diligente das organizações e comunidades internacionais, a existência de processos eleitorais competitivos e transparentes, a efetiva alternância de poder, o respeito

a direitos e garantias fundamentais, dentre outros coeficientes que atuam como instrumentos de estabilidade democrática e pacificação social a nível global.

Insta ressaltar, por sua vez, que a função dos Estados Democráticos no cenário globalizado consiste também em instrumentalizar a conquista da justiça social e respeito a direitos fundamentais nas suas relações internacionais, minimizando os abismos existentes referentes às antinomias sociais.

A pesquisa utilizará o método histórico dedutivo, correspondente à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis à temática proposta, com a finalidade de apresentar possíveis soluções para a problematização que envolve o tema. O estudo se pautará na ampla pesquisa biográfica, podendo utilizar-se, ainda, da pesquisa informatizada, através da Internet, como meio de facilitação do acervo biográfico sobre a matéria.

## **2 DEMOCRACIA: PANORAMA HISTÓRICO**

### **2.1 Democracia Direta da Grécia Antiga**

Literalmente significando “o governo (kracia) do povo (demos)”, a democracia surgiu no século V a.C. para denotar os sistemas políticos então existentes em Cidades-Estados da Grécia Antiga, como um regime de governo onde todas as decisões fundamentais à vida em comunidade eram tomadas em assembleia popular, reunindo todos os cidadãos, que assim participavam da vida política da polis. É o regime oposto da aristocracia (aristokratia), traduzida literalmente como “o governo dos melhores”, forma de governo na qual o poder político era exercido pelos nobres, pessoas de confiança dos monarcas ou dos regentes iniciados, na perspectiva filosófica e política de Aristóteles (DAHL, 2001).

Denota-se, contudo, que tais regimes embora opostos, pragmaticamente, revelaram um paradoxo. No sistema político da Atenas Clássica, por exemplo, a cidadania democrática abrangia apenas homens livres, filhos de pai e mãe atenienses, e maiores de 21 anos. A maioria da população, representada por estrangeiros, escravos e mulheres era excluída da participação política. Uma forma direta, mas restritiva e elitista de participação popular, que, já na sua origem, surge como contradição ao genuíno ideal democrático (CABRAL NETO, 1997).

Assim, a democracia que, teoricamente deveria assegurar a igualdade política a todos os cidadãos, já em sua gênese evidenciava uma desigualdade substancial, limitando a participação popular nas decisões política.

Insta observar, no entanto, que a democracia grega antiga inaugurou um complexo de instituições que possibilitou consubstanciar, dentro dos limites da época, uma experiência de relevante expressão histórica. Além da participação direta na gestão pública, o sistema democrático ateniense continha instrumentos que permitiam fiscalizar e responsabilizar todos os ocupantes do corpo político.

### **2.2 Democracia Representativa Contemporânea**

Após a derrota da experiência democrática grega, resultante da guerra desencadeada entre os anos 431 e 404 a.C., a democracia antiga desvaneceu do panorama político. Por toda a Idade Média e, sobretudo, a partir do século XV, com o fortalecimento dos ideais absolutistas os quais acabaram por respaldar os governos déspotas da época, houve um hiato histórico da democracia.

Apenas dois mil anos depois, com o constitucionalismo moderno e com o federalismo, é que a democracia renasce no cenário político, não mais como paradigma de democracia direta ateniense, mas sob a modalidade de democracia representativa, contrapondo as convicções prescritas pela antiguidade grega. Madison, Hamilton e Jay expõem minuciosamente, na obra “O federalista”, os fundamentos ideológicos da democracia representativa, como sendo a forma de governo em que o povo não participa diretamente da tomadas de decisões políticas do Estado, mas elegem seus representantes para que governem em seu nome (CABRAL NETO, 1997).

Sendo assim, a democracia indireta ou representativa é entendida como sendo aquela em que o povo, fonte primário de poder, não podendo dirigir diretamente o Estado, em virtude da extensão territorial, da complexidade e dos problemas sociais, econômicos e políticos existentes, outorga a função governamental a seus representantes, eleitos diretamente para um mandato temporário.

Importante ressaltar, contudo, que o grande desenvolvimento do pensamento democrático eclodiu na Europa nos séculos XVII e XVIII, no seio das revoluções burguesas. Essas revoluções engendraram e, ao mesmo tempo, fundamentaram o ideal liberal e a democracia moderna, a qual, no início, era avessa aos direitos democráticos mais abrangentes (SOUZA, 2006).

Como corolário, nos séculos XVII e XVIII, o modelo democrático difundiu-se como uma reação aos abusos de poder num contexto político caracterizado por governos autoritários. De fato, o Estado liberal surgiu no século XVIII em contraposição ao Estado absolutista. O modelo constitucional priorizava a liberdade do indivíduo e ao direito pleno de propriedade, assegurando princípios fundamentais para que a burguesia pudesse efetivar a manutenção do sistema. Caberia ao Estado apenas a manutenção da ordem, a preservação da paz e a proteção à propriedade privada.

Dessa forma, assentada nos princípios individualistas do liberalismo europeu, nas ideias progressistas desenvolvidas por John Locke, Jean Jacques Rousseau e Montesquieu, e consubstanciada nas Revoluções Inglesa (1688-1689), Americana (1776) e Francesa (1789), a democracia vem corroborada por tais ideais a ponto de TOCQUEVILLE (2014, p. 134) defini-la como a conjugação de liberdade e igualdade, como um paradigma político que impõe limites à atuação do Estado e ao mesmo tempo prescreve uma maior participação dos cidadãos no exercício do poder político.

Importante ressaltar que o pensamento liberal que servia de fundamento para a democracia moderna subordina a condição de cidadão à propriedade privada. A conquista da cidadania, nos moldes das formulações do liberalismo clássico, é condicionada à propriedade, sendo, pois considerado cidadão apenas o proprietário, conferindo uma perspectiva restritiva e discriminatória à concepção democrática liberal da época.

Conforme observa CERRONI (1993, p. 63), o escopo do liberalismo clássico não abrangia o sufrágio universal e igualitário entre homens e mulheres, tampouco a igualdade substancial entre os homens. Tais aspectos não faziam partes de suas bandeiras reivindicatórias. Mas foi, contudo, o liberalismo que teve o mérito de proferir o reconhecimento formal do princípio da igualdade, “(...) que abre as portas a todas as ulteriores reivindicações universalistas dos direitos. É por isso que o liberalismo, sem promover esta reivindicação, acaba por torná-la possível e posteriormente o acolhe”.

Como consectário deste silogismo, o reconhecimento formal de que todos os homens são iguais perante a lei representou um significativo avanço histórico em termos de direitos humanos, servindo, posteriormente, como substrato ideológico para a conquista de direitos sociais.

BOBBIO (1993, p. 44) expõe a interface relacional simbiótica entre a democracia e o liberalismo, afirmando que “(...) se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia tornou-se o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade”.

Para a democracia, como espécie de regime político, o liberalismo forneceu subsídios teóricos para sua estruturação, prescrevendo a necessidade da formulação predefinida das regras eleitorais e políticas, com instrumentos legais que garantam a livre e igualitária competição dos indivíduos no processo eleitoral.

Afere-se, portanto, que a democracia moderna, em seu processo embrionário, assume a modalidade de democracia representativa, como a forma de governo na qual o representante eleito deve atuar em prol do bem estar do povo, como mandatário de seus interesses. A participação direta é inexoravelmente rechaçada por seus teóricos. Neste sentido, Montesquieu (1979), um dos seus principais expoentes, defendeu em sua obra “O Espírito das Leis” que: “O povo era excelente para escolher, mas péssimo para governar.”

Partindo de tais premissas, afere-se que a falha da democracia representativa não está no fato de ser um sistema político de representatividade popular, mas sim de não ser representativo o suficiente. Como corolário, o aprimoramento da democracia representativa demandou a ampliação da participação popular, com a criação de mecanismos e condições favoráveis para que o cidadão pudesse intervir e fiscalizar concretamente as decisões políticas de seu Estado.

### 2.3 O Processo Evolutivo da Democracia Representativa para a Democracia Semi-Indireta

ROUSSEAU (1983, p. 27), teorizando a respeito da sociedade francesa do século XVIII, prescreve em “O Contrato Social” a necessidade da adoção de um contrato, baseado na igualdade e na liberdade, como forma de legitimar todas as forças da sociedade, preconizando o brocardo de que os homens nascem livres e iguais, mas acabam escravizados pela modernidade civilizatória.

O teórico político reacende a necessidade da democracia refletir uma participação popular direta, formulando as primeiras críticas à democracia representativa, sob o argumento de que a soberania não poderia ser representada. Para Rousseau, o Estado possui a função soberana de exprimir a vontade geral, concluindo que sua autoridade deve expressar-se diretamente através da promulgação, pelo povo, das leis fundamentais, pois o simples ato de votar não traduz a genuína expressão da vontade popular.

Neste sentido, explana o filósofo:

É nula toda lei que o povo diretamente não ratificar; em absoluto, não é lei. O povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez estes eleitos, ele é escravo, não é nada. Durante os breves momentos de sua liberdade o uso, que dela faz, mostra que merece perdê-la. (ROUSSEAU, 1983, p. 108).

Sob esta perspectiva, na concepção de Rousseau, era mister o ressurgimento de uma democracia direta, na qual o povo fosse capaz de expressar realmente a sua vontade no processo político decisório, conferindo destaque ao caráter educativo da participação popular.

Entretanto, a evolução da sociedade moderna trouxe uma série de transformações reais que tornaram inviável pragmaticamente a democracia direta defendida por Rousseau. Para a concretização da aludida forma de governo, seria necessária a reunião de determinadas condições extremamente dificultosas de serem vivenciadas na prática, como: uma considerável simplicidade de costumes, um Estado extremamente pequeno e um elevado nível de igualdade entre as classes (ROUSSEAU, 1983, p. 86).

O próprio teórico tinha a compreensão da dificuldade de se pôr em prática os genuínos ideais democráticos, afirmando que: “Jamais existiu, jamais existirá uma democracia verdadeira” (ROUSSEAU, 1983, p. 84).

Como corolário de tais premissas, tem-se que a democracia direta não deve ser colocada como uma alternativa excludente à democracia representativa, mas como algo complementar, aprimorando os mecanismos de participação direta da população na conjuntura histórica atual. Uma espécie da democracia semi-indireta, adotada hodiernamente, por grande maioria dos Estados Democráticos, que mescla o modelo democrático da democracia representativa, com alguns institutos de participação popular direta, como o referendo popular e o plebiscito, e outros mecanismos.

Atualmente, a maioria dos Estados Democratas incorporaram em suas Constituições o sufrágio universal, igualitário e gratuito, institucionalizando a pluralidade de partidos políticos, a previsão legal de alternância de poder, bem como a prescrição de métodos procedimentais de aprimoramento da representatividade popular.

### 3 DEMOCRACIA: DIVERSAS ABORDAGENS IDEOLÓGICAS

É importante salientar que a definição de Democracia acaba por permitir inúmeras interpretações conceituais, diferentes valorações conferidas ao próprio entendimento de seu termo. Essa diversidade de conceitos justifica-se, segundo SOUZA (2006), pelas diferentes ideologias existentes, pelas diversas espécies de teorias, bem como pelas mais variadas pretensões dos agentes envolvidos nesta equação. Outrossim, é preciso considerar as gigantescas diferenças entre países e continentes. São diferenças culturais, históricas, geográficas, políticas e econômicas, de construção de processos civilizatórios que influenciam na concepção epistemológica unitária do processo democrático.

Assim, não obstante a divergência de acepções e teorias, esse ensaio ousa definir, hodiernamente, a Democracia como sendo um regime político em que todos os cidadãos elegíveis participam igualmente — diretamente ou através de representantes eleitos — na proposta, no desenvolvimento e na criação de leis, exercendo o poder de governança através do sufrágio universal.

Como corolário, pode-se afirmar que a institucionalização do Estado Democrático de Direito tem por escopo conceber a supressão da arbitrariedade no exercício das políticas públicas, a subordinação do poder ao império da lei, bem como o reconhecimento, em seu ordenamento jurídico, de direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, BOBBIO (2000, p. 185) evidencia que a “(...) democracia é o governo das leis por excelência”, com destaque para os princípios da legalidade, da liberdade e da igualdade, e efetiva tutela de direitos fundamentais.

Destaca-se, outrossim, a concepção de democracia, sob a perspectiva Kelseniana. O jurista austríaco Hans Kelsen explana que a democracia, em seu conceito mais puro, apresenta dois pilares essenciais: a liberdade e a igualdade. Nas palavras do autor, do ideal de que os indivíduos em sociedade são “(...) iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em

ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar” (KELSEN, 2000, p. 27).

Como corolário, a democracia, na concepção de Kelsen, consiste no modelo de organização social que permite à política sintetizar juridicamente esses dois princípios – liberdade e igualdade – concluindo o jurista ser indubitavelmente esta a melhor forma de governo, ao mesmo tempo em que refuta qualquer espécie de ditadura partidária, seja ela de esquerda ou de direita.

Kelsen prescreve a ideia de democracia como uma convivência da maioria e da minoria no parlamento, discorrendo sobre a capacidade da minoria em influenciar nas decisões políticas. Sob esta perspectiva, a democracia outorga a cada convicção política a possibilidade de conciliação, através de ampla discussão, onde o procedimento da assembleia popular ou do parlamento, no processo de condução de governança, é dialético. A decisão política, portanto, seria resultado do consenso da maioria, garantidos os direitos fundamentais da minoria, com igualdade de condições de exposição, discussão e argumentação. Esta proteção da minoria, para Kelsen, é função essencial dos direitos e liberdades fundamentais, também denominados Direitos do Homem e do Cidadão, garantidos por todas as modernas Constituições Democráticas.

Assim, conforme observa DAHL (2001, p. 58), a discussão acerca do “governo de um, de poucos ou de muitos” leva ao inevitável silogismo que conclui ser a democracia a melhor forma de regime político até então existente, pois consoante assevera BOBBIO (2014, p. 39) “(...) se a política não servisse para melhorar a condição humana, seria pura expressão do poder”.

Neste diapasão BOBBIO (2014, p. 39-40) destaca as vantagens da democracia em relação às demais espécies de regime de governo, dentre elas: evitar a tirania, assegurar direitos essenciais aos cidadãos, garantir a autodeterminação e autonomia moral do povo, a isonomia política e a alternância de poder, o desenvolvimento humano, a prosperidade e a paz social.

Pode-se dizer, portanto, que a democracia envolve diversos aspectos, como eleições efetivamente livres, com suas idoneidades reconhecidas internacionalmente, pluripartidarismo político, sufrágio universal, igualdade de votos, alternância de poder, o respeito a direitos e garantias fundamentais, mecanismos institucionalizados de participação popular direta, espécies de fiscalização popular nas contas públicas, descentralização administrativa, acesso à educação, à saúde, a direitos sociais básicos constitucionalmente garantidos, uma imprensa livre e sem censuras, o fortalecimento da sociedade civil organizada, das instituições e das organizações não governamentais.

Outro aspecto a se caracterizar o regime democrático corresponde ao fato de se tratar de um regime de governo no qual as regras do jogo estão predefinidas, assim como os direitos e garantias fundamentais de seus cidadãos são efetivamente respeitados, os quais, conforme assevera SARLET (2009, p. 29), encontram-se “(...) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional” dos Estados Democráticos.

Essencialmente, tais benefícios, advindos de um regime político essencialmente democrático, seriam perfeitos se tal paradigma fosse vivenciado efetivamente em sua plenitude, onde as mais relevantes decisões políticas fossem efetivamente provenientes de uma coletividade de cidadania consciente e participativa.

Contudo, afere-se historicamente a enorme dificuldade dos Estados Democráticos colocarem em prática os atributos que caracterizam tal espécie de regime, suscitando a questionamentos sobre a real representatividade e participação popular, nos mais diversos países intitulados de democratas. Neste contexto, registra-se a célebre máxima do presidente

norte-americano, Abraham Lincoln, em Gettysburg, em 1864, num cenário de guerra civil, defendendo o “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

A partir de então, as propostas de conceituação de democracia foram travestidas de tantas formas, descaracterizando-a de seus reais e genuínos fundamentos.

#### 4 OS ENTRAVES À DEMOCRATIZAÇÃO NO MUNDO GLOBALIZADO

No processo de democratização do mundo globalizado, é importante destacar a relevância da denominada “Teoria da Paz Democrática”, a qual defende o compartilhamento de regras de atuação e organização por parte dos países democráticos, prescrevendo a resolução pacífica de conflitos entre si. Com raízes na tradição kantiana, atualizada na versão universal de Fukuyama, os postulados centrais da teoria referem-se ao compartilhamento de normas e condutas, num contexto de competição política e resolução pacífica de suas diferenças (SOUZA, 2006).

Referida teoria defende a contribuição das organizações internacionais na construção da paz democrática, encarando a democratização como um instrumento pacificador necessário para a expansão da estabilidade a nível global.

Contudo, a história demonstra vários exemplos que questionam esta abordagem, tais como: as intervenções de caráter neoimperialista dos países desenvolvidos a países periféricos, economicamente mais fragilizados; o apoio a regimes autoritários; ou o uso de técnicas consideradas pouco democráticas, em prol de interesses nacionais exclusivamente econômicos das nações consideradas de Primeiro Mundo.

Citam-se, ainda, a maneira como os países democráticos ocidentais têm-se envolvido nos processos de transformação política na África ou na América Latina, conforme sua exclusiva conveniência político-econômica, ou ainda a relação de interesses exclusivamente financeiros entre o Ocidente e o Oriente Médio (SOUZA, 2006).

Outrossim, em alguns dos países considerados formalmente democráticos, a corrupção, as organizações criminosas, na esfera pública e privada, parecem mais fortalecidas que os compromissos democráticos assumidos pelos Estados.

Afere-se, pois, que muitos são os elementos de oposição e resistência ao avanço dos processos de democratização, evidenciando-se o desejo de grande parte dos Estados pela manutenção de privilégios de seletos grupos detentores dos poderes econômicos e políticos. Exemplos concretos que revelam como estruturas centralizadas de poder autoritário violam princípios democráticos, amparadas por governos travestidos de democráticos, sob o pretexto do desenvolvimento econômico e da segurança nacional. Práticas deturpadoras de uma democracia interpretada de maneira ambígua.

Percebe-se que esta “democracia totalitária” tem como *modus operandi* de seus governantes incutir nas grandes massas o ideológico de que apenas um líder carismático e populista pode consubstanciar e articular os verdadeiros interesses de seu povo. Assim, apesar das “democracias totalitárias” constituírem um claro e evidente desvio à lédima acepção de governo democrático, a sua existência demonstra a relação conflituosa entre a real democracia, lastreada no brocardo “governo do povo ou governo pelo povo”, a qual promove a participação popular, com a versão travestida de democracia, a qual sob a falácia de agir em prol da população, sobretudo em períodos de grave crise econômica e social, sustentou os regimes autoritários – fascistas e comunistas – do século XX.

Em relação aos países árabes, de tradição islâmica, os quais se caracterizam, em regra, pela cisão dos sistemas político, legal e espiritual, a centralização do poder é considerada um



atributo imprescindível para a manutenção da lei e ordem, o que os qualifica como “países pouco democráticos”. As liberdades políticas e cívicas são muito limitadas e a participação popular e feminina é extremamente restrita. Os direitos humanos e as liberdades fundamentais também são constantemente violados.

Os líderes árabes, eleitos em processos eleitorais muitas vezes pouco transparentes, têm justificado a ausência de princípios democráticos nas tradições históricas e socioculturais de seu povo, culpando a ingerência ocidental para justificar seu poder autoritário. Entretanto, a real razão de tal conjunção parece ser a recusa por parte dos líderes locais em restringir a amplitude de seus poderes.

Por sua vez, insta ressaltar, ainda, como entrave ao processo de ampliação democrático, os graves problemas enfrentados pela imposição coercitiva do modelo ocidental liberal no processo de globalização, frutos, por vezes, de práticas imperialistas de controle de poder das nações economicamente desenvolvidas em face às mais vulneráveis. Conforme observa SOUZA (2006), o atentado terrorista de 11 de Setembro em Nova Iorque, nos Estados Unidos, a crescente onda de ataques terroristas em vários países ocidentais e o fortalecimento mundial do fundamentalismo islâmico são exemplos concretos desta celeuma de âmbito global.

Verifica-se, portanto, que o desafio de se alcançar pragmaticamente uma autêntica democracia é tarefa árdua e contínua. Tal processo demanda uma série de fatores, tais como: instituições comprometidas com os reais valores e princípios democráticos; o equilíbrio entre a limitação governativa e consentimento popular; e processos eleitorais competitivos e regulares que tutelem a igualdade política e protejam seus cidadãos contra um poder violador de direitos fundamentais. Uma forma de governo que se assenta no consentimento popular, onde a alternância de poder e a competitividade política sejam legalmente asseguradas e o povo tenha todos os seus direitos humanos e cívicos garantidos.

Para tanto, faz-se mister desenvolver e renovar a consciência jurídica e política dos governantes com base nos princípios éticos inerentes à ordem democrática, sob pena de se aferir a corrosão das instituições e a corrupção do corpo político, pela presença de comportamentos descompromissados com a ética e com a justiça social.

## 5 GLOBALIZAÇÃO: PANORAMA HISTÓRICO

Comprar e vender consiste em atividade antiga, iniciada nos primórdios dos tempos, pela prática comum entre os homens, de efetivar a troca de bens desejados por uns e excedentes para outros. Partiu da introdução de bens, com valor de troca, evoluindo para a instituição da circulação e economia monetária.

Aludida atividade teve grande avanço na Idade Média, com as Corporações de Mercadores que corriam cidades e instalavam-se em grandes feiras, sempre com o objetivo de tornar possível a mercancia. O comércio viabilizou a aproximação dos homens, além de possibilitar o crescimento do Estado (CASELA, 1997, p. 2-3). Incentivou as grandes navegações, sobretudo entre os séculos XV e XVII, dando início ao ciclo dos grandes descobrimentos, o que resultou no surgimento de civilizações até então desconhecidas, visando a ampliação do mercado consumidor e o acúmulo de riquezas por parte das nações colonizadoras.

Das feiras europeias da Idade Média, até se chegar aos grandes centros de compras da atualidade, as mutações sempre tiveram por objetivo ampliar a atividade lucrativa do comerciante ou empresário e, simultaneamente, facilitar o trabalho dos consumidores na aquisição de mercadorias e produtos.

Contudo, conforme observa FERNANDES (2010, p. 22), a partir da metade da década de 1980, com o desmoronamento do bloco soviético, com o surgimento de novas tecnologias de comunicação e informação, a redução dos custos dos meios de transporte, e, sobretudo, com o desenvolvimento da internet, o fenômeno da globalização ganhou uma nova roupagem.

Outro aspecto que qualifica a globalização consiste na internacionalização da produção industrial que implica uma nova divisão internacional do trabalho, aliada à interdependência econômica cada vez mais acentuada dos países em relação aos mais diversos produtos – sejam primários, secundários ou terciários – bem como ao aumento dos movimentos migratórios mundiais e à competitividade dos mercados (Cox apud SOUZA, 2006).

Assim, com o passar do tempo, o vocábulo globalização, que inicialmente restringia-se à dimensão econômica, passou a ser entendido como uma realidade mais ampla e profunda, incluindo também a ciência e tecnologia, as relações sociais, políticas e culturais. Assume, deste modo, um significado muito mais abrangente, configurando uma “(...) multiplicidade de ligações e interconexões entre os Estados e as sociedades” (McGraw e Lewis, apud SOUZA, 2006).

Neste contexto, insta observar que historicamente a propriedade sempre foi o mais relevante instrumento do direito econômico. Contudo, em tempos de globalização, os contratos apresentam-se como o mais forte indicador econômico de produção e circulação de riqueza, dinamizando a economia. Com a utilização cada vez maior da rede mundial de computadores e da interdependência econômica cada vez mais acentuada entre os diversos países, surge um novo conceito de mercado, mais célere e dinâmico, que exigiu que o foco da circulação de riquezas saísse definitivamente da propriedade, estática como é, para o contrato, que passou de coadjuvante a personagem principal da economia mundial. Neste sentido, Roppo (apud COSTA, 2002, p. 631) afirma que “(...) o contrato é a veste jurídica das relações econômicas e por isso o instituto central da economia”.

Outrossim, as compras on-line passaram a ser um mecanismo muito utilizado pelos consumidores quando da aquisição de produtos ou serviços, com vantagens tanto para os que consomem, quanto para os que fornecem. Consumidores podem adquirir os mais diversos produtos, das mais diferentes localidades, sem deslocar-se de sua residência, com preços geralmente mais acessíveis. De igual modo, o fornecedor ao enveredar pelo comércio eletrônico acaba também tendo consideráveis vantagens, uma vez que os custos de uma loja virtual são menores do que uma loja física, além de atingirem, significativamente, um número consideravelmente maior de consumidores.

É cediço que o sistema de teleconferências e o avião contribuíram para minimização das barreiras físicas mercadológicas entre os povos. Mas é indiscutível que a internet propiciou uma verdadeira revolução no conceito de mercado e introduziu uma nova *lex mercatoria*, adaptada ao mundo globalizado de natureza supranacional. De fato, a internet transpôs barreira, abriu fronteiras e mercados. Propôs intercâmbio de informações, culturas, mercadorias, capital, tecnologia, investimentos, conhecimento (LUCCA e SIMÃO FILHO, 2000, p. 237).

Nesta conjuntura, incumbe também aos Estados Democráticos somar esforços para que os benefícios advindos da era da informação alcancem a todos indiscriminadamente, promovendo a democratização do amplo acesso aos meios eletrônicos de informação em nível global.

## 6 GLOBALIZAÇÃO – AS DIVERSAS ABORDAGENS SOBRE O TERMO

Viu-se anteriormente que o conceito de globalização surgiu, como um fenômeno de extraordinário desenvolvimento das relações econômicas em nível mundial, sobretudo a partir de meados da década 1980, como um processo de aprofundamento internacional da integração e interdependência econômica, social, cultural e política entre os países, impulsionado pela redução de custos dos meios de transporte e de comunicação entre os países e pelo desenvolvimento da internet.

GIDDENS (1991, p. 70) observa que a globalização refere-se ao processo de conexão mundial entre diferentes regiões e contextos sociais que se interagem. Uma complexa amálgama de processos, que muitas vezes atua de maneira contraditória, conflituosa, suscitando novas formas de estratificação. Nesse sentido, o sociólogo expõe que:

A globalização pode ser assim definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam. A transformação local é tanto uma parte da globalização quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço (GIDDENS, 1991, p. 70).

GIDDENS (2002, p. 23) ressalva que o novo paradigma global contemporâneo é fruto do constante aumento das interdependências sociais e econômicas nas mais diversas esferas, diante de fenômenos que escapam ao controle isolado por parte dos Estados.

BECK (2000, p. 47), por sua vez, notabiliza a globalização como um paradigma de “interdependência transnacional”, abandonando a “lógica dos mundos separados”. Nesse sentido, a ideia de espaços isolados mutuamente delimitados por territórios, é relativizada. O autor qualifica a globalização como uma condição inevitável de intercâmbio humano na contemporaneidade.

Diante desse contexto, a globalização implica, outrossim, num processo no qual os Estados veem a sua identidade, sua soberania, suas relações de poder, suas orientações políticas, culturais e econômicas sofrerem interferências dos mais diversos atores transnacionais, tais como Organizações Internacionais – a Organização das Nações Unidas (ONU), Organização Mundial do Comércio (OMC), Organização Mundial da Saúde (OMS), Organizações Não-Governamentais (ONGs), Empresas Transnacionais (ETNS), Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), Fundo Monetário Internacional (FMI), Organizações Sub-Regionais, como é o caso da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), do Mercado Comum do Sul (Mercosul), do Mercado Comum Europeu, etc.

De fato, a interdependência constitui uma variável crescente e determinante no mundo globalizado. Robertson (apud BECK, 2000, p. 94), um dos principais expoentes da globalização, observa que a globalização não significa apenas “dês-localização, mas, também re-localização”. Como consectário de tais premissas, a globalização compreende o diálogo de culturas diversas, as quais são sistematicamente redefinidas. Um “(...) processo dialético, não linear, e reflexivo que, insofismavelmente, sempre realça um novo significado para o ‘local’” (FERNANDES, 2010, p. 69).

HABERMAS (2003, p. 104), por sua vez, observa a globalização como um processo de dissolução de fronteiras o qual não se restringe a um fenômeno econômico, acrescentando tratar-se de um modo de “(...) intensificação das relações de troca, de comunicação e de trânsito, para além das fronteiras nacionais”. Nesta perspectiva, a grande preocupação

advinda dos processos irrefutáveis de globalização acaba sendo, justamente, a democracia. Nestes termos, explana HABERMAS (2001, p. 78).

O Estado territorial, a nação e uma economia constituída dentro das fronteiras nacionais formaram então uma constelação histórica na qual o processo democrático pôde assumir uma figura institucional mais ou menos convincente. Também só pôde se estabelecer no âmbito do Estado Nacional a idéia segundo a qual uma sociedade composta democraticamente pode atuar reflexivamente sobre si de modo amplo graças à ação de uma de suas partes. Hoje essa constelação é posta em questão pelos desenvolvimentos que se encontram no centro das atenções e que leva o nome de globalização.

Habermas (apud FERNANDES, 2010, p. 76) critica, peremptoriamente, os posicionamentos extremistas da globalização: tanto os radicalmente favoráveis aos imperativos funcionais do livre mercado mundial, como os adeptos a políticas nacionalistas e protecionistas, de um Estado que se “fecha a si mesmo”, contrários a todo processo de interação global.

O autor assevera a prioridade de se fortalecer o processo político na era da globalização, e conferir enfoque apenas na lógica do mercado. Tal processo, na perspectiva de Habermas (apud FERNANDES 2010, p. 76), deriva de uma construção discursiva da opinião e da vontade de todos os participantes nos processos de democratização, com a necessária inclusão de todos os envolvidos, até mesmo os estrangeiros.

Porquanto, consoante pondera o filósofo (2003, p. 112): “Só poderemos enfrentar de modo razoável os desafios da globalização se conseguirmos desenvolver na sociedade novas formas de auto-condução democrática dentro da constelação pós-nacional.” Faz-se, assim, necessário a criação de mecanismos democráticos aptos a sustentar “(...) uma política interna voltada para o mundo”, respaldada por processos democráticos que lhe confirmam legitimidade.

## 7 A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL DIANTE DA GLOBALIZAÇÃO

Um aspecto a se destacar na era da globalização refere-se à relativização e limitação da soberania dos Estados. O paradigma de interdependência mundial intensifica as dinâmicas e os processos de intercâmbio cultural, social, econômico e político, desterritorializando as relações sociais.

Por soberania entende-se como sendo a qualidade máxima de poder, por meio da qual as normas e decisões elaboradas pelo Estado prevalecem sobre as decisões emanadas dentro de seus limites territoriais. Nesse sentido, no âmbito interno, a soberania estatal traduz a superioridade de suas diretrizes na organização da vida comunitária. No âmbito externo, a soberania reflete a ideia de igualdade de todos os Estados na comunidade internacional, associada à sua independência nacional.

Conforme observa DALLARI (2011, p. 83), o conceito de soberania surgiu em 1576, com a obra “Les Six Livres de La République”, de Jean Bodin, definindo-a como um “(...) poder absoluto e perpétuo de uma República”. Prescrevia a tese de que todo o poder do Estado pertencia ao monarca, e não poderia ser partilhado com mais ninguém – clero, nobreza ou povo.

Foi Rousseau quem transferiu o conceito de soberania da pessoa do governante para o povo, entendido como “corpo político ou sociedade de cidadãos”. Nesta concepção, a soberania passa a ser entendida como um poder inalienável e indivisível, o qual deve ser exercido pela vontade geral, denominada soberania popular. Assim, quase dois séculos mais tarde, Rousseau introduz a noção de soberania popular baseando-se em um princípio que,

de certa forma, subverte o conceito inaugural de soberania estabelecido por Bodin: “O povo, submetido às leis, deve ser o autor delas” (DERATHÉ, 2009, p. 87).

Insta ainda observar que as ideias de soberania popular exerceram grande influência na Revolução Francesa, proclamando o povo/nação como o originário detentor de qualquer poder político. Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em seu art. 3º, aduz: “O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”.

Essa ideia, contudo, dissipou-se com as doutrinas que transferiram a soberania do povo/nação para o Estado, como ente dotado de personalidade jurídica, como o poder uno, indivisível e irrefutável.

Desde então, a noção jurídica de soberania orienta as relações entre Estados, na qualidade de potências, e enfatiza a necessidade de legitimação do poder político pela lei.

Contudo, com a internacionalização dos direitos humanos, mormente após a Segunda Guerra Mundial, houve uma delimitação da concepção da soberania nacional absoluta dos Estados, onde a proteção à pessoa humana, e os direitos a ela inerentes, não são mais vistos como uma questão interna de cada Estado, mas como um assunto universal, do qual todos os Estados devem respeitar e fazer cumprir, nas suas relações internas e externas.

Como corolário, a universalização da proteção dos direitos humanos, intensificada pelo processo de globalização, favoreceu, simultaneamente, o compromisso dos Estados perante a comunidade internacional no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais em suas relações, e também à revisão do conceito de soberania que deve ser contextualizada, diante de uma nova perspectiva, muito mais abrangente e complexa do que o arcaico modelo que o caracteriza como poder absoluto, perpétuo e incontestável.

Nesta conjuntura, o princípio da dignidade da pessoa humana foi erigido à categoria de super-princípio, com carga axiológica máxima, a orientar a condução da democracia, na esfera local e global (BOBBIO, 1992, p. 87).

Discorrendo sobre a possibilidade da relativização da soberania estatal frente à violação de direitos humanos, PIOVESAN (2012, p.185) leciona:

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger direitos humanos.

O processo de internacionalização dos direitos humanos – que, por sua vez, pressupõe a delimitação da soberania estatal – passa, assim, a ser uma importante resposta na busca da reconstrução de um novo paradigma, diante do repúdio internacional às atrocidades cometidas no holocausto.

Importante observar que o princípio da soberania estatal continua sendo respeitado e admitido pela sociedade internacional e consagrado pela Carta das Nações Unidas. Os Estados nascem e permanecem iguais em direitos, imperando no Direito Internacional a noção da igualdade soberana entre os povos.

Entretanto, é preciso considerar que a tutela aos direitos humanos representa uma nova dimensão da soberania estatal frente à sociedade internacional globalizada, que não se resume ao silogismo simplista de mera oposição à autoridade dos Estados na gestão de suas decisões internas.

Nesta perspectiva, a ingerência da comunidade internacional surge supletivamente, apenas quando o Estado se abstém de sua obrigação legal, comprometida internacionalmente, de proteger os direitos fundamentais em suas relações. Como um instrumento jurídico,

inserto na lógica da ética e da solidariedade entre as nações, para garantir o cumprimento de direitos formalmente pré-estabelecidos, fazendo com que o Estado cumpra sua função de efetivamente tutelar o direito à vida.

O novo paradigma de soberania estatal demanda o entendimento de um Estado não isolado, mas membro de uma comunidade sistêmica internacional. Deve, pois, respeitar os compromissos e tratados internacionais por ele firmados, bem como o efetivo respeito a direitos humanos, nas suas relações internacionais, passando pela defesa da democracia e pelo fortalecimento das instituições, servindo como diretriz a atuação de políticas públicas e econômicas.

Sendo assim, faz-se mister repensar a soberania no plano do direito internacional, a fim de se conjecturar à ingerência internacional, abandonando em parte, consoante observa BACHELET (1995, p. 22), a ortodoxia da soberania absoluta estatal em proveito de uma nova forma de gestão dos Estados na perspectiva global, com o propósito de se preservar o direito à vida digna.

Constata-se, pois, que a universalização da proteção dos direitos humanos na era globalizada provocou a necessidade da revisão do obsoleto conceito de soberania, o qual precisa ser contextualizado a esta nova perspectiva, muito mais hermética daquela notoriamente difundida, que a caracteriza como um poder absoluto, perpétuo, incontestável.

## 8 OS DESAFIOS DA DEMOCRACIA NA ERA GLOBALIZADA

A democracia no contexto da globalização é empreendida por uma variedade de atores, como um processo dialético multifacetado, o qual compreende forças globais, estatais e não estatais, que se interagem e se influenciam, reciprocamente.

Neste aspecto, a globalização tem consequências visíveis nos processos de consolidação da democracia na esfera mundial, ora constituindo um fator de fomento à sua promoção, ora um elemento de fragmentação de seus caracteres.

Aludida constatação compreende a maneira que os Estados, enquanto entidades singulares no processo global, podem constituir um entrave ou um disseminador para a consolidação mundial da democratização, corroborando o silogismo que a democracia, contextualizada territorialmente num Estado, não consegue permanecer imune aos fluxos multifatoriais transnacionais promovidos pela globalização.

Diante de tais premissas, para que a globalização constitua efetivamente num instrumento de promoção da democracia, os fundamentos democráticos devem ser fomentados e ampliados para além das fronteiras territoriais dos Estados. Na era globalizada, tais fundamentos não podem restringir-se à dualidade Estado versus povo, circunscritos aos limites territoriais de cada país, cabendo aos Estados detentores de uma democracia mais solidificada instrumentalizar a difusão do processo democrático a nível supranacional.

Desse modo, a interdependência entre as nações em âmbito regional e global faz com que as decisões políticas nos mais diversos Estados Democráticos não se limitem a repercussões somente internas. As linhas democráticas entre o interno e o externo tornaram-se mais tênues, assim como as relações internacionais tornaram-se mais complexas. Muitas vezes, as resoluções proferidas por determinados Estados acabam transcendendo seus limites territoriais geográficos, sendo imprescindível, conforme observa HELD (1992, p. 6) “(...) redefinir o significado e o lugar da democracia, em relação a uma série de estruturas e processos locais, regionais e globais”.

Afere-se, entretanto, que o êxito deste processo global de democratização demanda a somatória de alguns fatores, tais como o comprometimento das autoridades políticas nacionais, o fortalecimento das instituições democráticas, a operacionalidade da atividade legislativa, administrativa e judiciária dos Estados, além do engajamento das sociedades civis organizadas.

Também as organizações e comunidades internacionais têm se revelado importantes instrumentos de estabilidade e pacificação social, por meio de atividades de assistência e fiscalização aos processos reformistas legais, conferindo amparo jurídico-legal à democratização dos mais diversos países. Além do mais, o caráter multidimensional das suas abordagens, incluindo aspectos políticos, sociais, sanitários, culturais, jurídicos e econômicos dos Estados envolvidos, contribui para a consolidação deste processo. As sanções econômicas e políticas por elas aplicadas a regimes ditatoriais também constituem um relevante instrumento de fortalecimento da democracia no âmbito global, provocando o enfraquecimento, a instabilidade e a erosão dos regimes ditatoriais.

Importante, outrossim, notar que o fortalecimento das organizações internacionais favoreceu o diálogo entre Estados, além de propiciar um maior equilíbrio nas relações diplomáticas (HELD, 1992, p. 6-7). Além do mais, pelo fato de implicarem regras e objetivos comuns às mais diversas nações, suscitam uma maior interação entre os seus membros, propiciando princípios de cooperação e mútuo auxílio.

## 9 O PAPEL DA DEMOCRACIA NA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS GLOBAIS

No mundo globalizado, existem uma série de mazelas sociais e ambientais que afetam as pessoas numa escala extra fronteiras, porque universais são muitas das consequências advindas do desequilíbrio mundial. O aquecimento global, os graves problemas ambientais relacionados à água, ao lixo, à qualidade do ar, à perda da diversidade biológica, ao crescimento populacional desordenado, ao fluxo migratório irregular, à disseminação de doenças, à miséria, à degradação dos recursos ambientais são alguns exemplos concretos de tal constatação.

Tais questões afetam a qualidade de vida das pessoas dos mais diversos países e não respeitam limites geográficos, atingindo toda comunidade planetária. Extrapolam fronteiras e por isso demandam mobilidade e esforço comum. Como corolário, a comunidade internacional elenca uma série de princípios e obrigações cogentes as quais devem ser respeitadas e efetivamente cumpridas pelos Estados.

Assim, neste processo de fortalecimento global da democracia, é outrossim imprescindível o engajamento e a contribuição de Estados Democráticos mais ricos, auxiliando os países economicamente mais pobres e periféricos a superar seus graves problemas sociais, econômicos e ambientais, em prol do princípio da cooperação e da solidariedade internacional.

A efetivação do princípio da cooperação nas relações internacionais pressupõe o intercâmbio de tecnologias, conhecimento científico e auxílio financeiro por parte das grandes potências econômicas na proteção de danos globais.

Consoante observa OLIVEIRA (2007, p. 4)

E nessa idéia de local/regional se precisa considerar, que apesar de alguns dos 'ritos e imposições globalizantes' seguirem firmes na tentativa de homogeneizar o mundo, as diferenças entre países e continentes se reafirma cotidianamente; são diferenças de história, de construção dos processos civilizatórios, culturais e políticos, e, como não poderia deixar de ser, de posição econômica no cenário mundial.

Afere-se, pois, que com as transformações sociais, econômicas e políticas ocorridas no final do século XX e início de XXI advindas da globalização, a discussão entre o modelo de democracia representativa ou democracia direta perde um pouco a relevância. Ela assume outra feição: como articular os avanços da democracia política com a criação de condições mínimas de bem-estar social no mundo globalizado.

Como observa Bobbio (1987, p. 155-156), o processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não deve ocorrer apenas pela integração da democracia representativa com a democracia direta, mas, sobretudo, pela extensão da democratização a corpos diferentes daqueles propriamente políticos. Neste sentido, assinala o referido autor:

(...) pode-se dizer que, se hoje se deve falar de um desenvolvimento da democracia, ela consiste não tanto na substituição da democracia representativa pela democracia direta, (...) mas na passagem da democracia na esfera política para a democracia na esfera social.

Neste diapasão, a ampliação da democracia deve, pois, necessariamente, estar vinculada com a redução das disparidades sociais. Os princípios democráticos ficam demasiadamente inócuos, esvaziam-se se a democracia for reduzida à simples regime político.

Além do mais, a história tem demonstrado que extremas desigualdades sociais funcionam como um fator limitativo da democracia. A miséria, a acentuada desigualdade econômica ocasiona, irrefutavelmente, a desigualdade política. Nessa perspectiva, deve ser adicionada à ampliação da dimensão política da democracia um outro elemento de não menor relevância: a condição social e econômica dos atores sociais que estão envolvidos no processo democrático.

É imprescindível que a democracia leve em consideração as condições de vida digna de seu eleitorado, seu grau de escolaridade, suas conjunções de participar das decisões políticas e exercer a fiscalização de seus representantes. Por sua vez, as normas do processo democrático, quando forem definidas apenas por uma elite detentora de poder, dificulta não apenas a participação política mais abrangente da sociedade civil, como o efetivo acesso igualitário aos bens materiais e culturais.

Insta, ainda, observar que, nos países de democracia mais solidificada, sobretudo os de capitalismo avançado, as políticas sociais foram fruto das mudanças estruturais ocasionadas pela modernização dos processos de trabalho, impostas pela denominada terceira revolução industrial que resultou na desmercantilização da força laborativa.

Conforme observa Offe (apud CABRAL NETO, 1997, p. 302-304), as políticas sociais apresentaram-se nesta conjuntura como um remédio para premência diante das modificações operacionalizadas no processo produtivo da época, obrigando o Estado a implementá-las, para que aqueles trabalhadores excluídos do mercado formal de trabalho pudessem sobreviver, até se adequarem ao novo paradigma laboral.

CERRONI (1993, p. 155) explana que: “O Estado de Bem-Estar Social cresce sobre a onda de grandes reivindicações e, por isso, também constitui uma resposta cautelar às grandes agitações verificadas após a primeira guerra mundial”.

Constata-se, pois, que a origem das políticas sociais, próprias do Estado Social de Direito, deve ser entendida como resultado da desintegração das formas tradicionais de trabalho, decorrentes das mudanças estruturais aferidas nas sociedades capitalistas da época (Offe apud CABRAL NETO, 1997, p. 304). Uma necessidade da democracia controlar as grandes massas e manter a pacificação, evitando o caos social.

Como corolário deste silogismo, até meados do século XX, todos os Estados Democráticos de Direito incorporaram os direitos de segunda geração em seus textos



constitucionais, exigindo dos Estados uma postura mais ativa em relação a determinadas necessidades socioeconômicas de seus cidadãos.

Neste contexto, a Constituição Brasileira de 1988 celebra, em seus artigos 170 e seguintes, o sistema econômico capitalista, no qual os fatores de produção pertencem aos agentes privados, que deles dispõem e podem valer-se para a obtenção de lucro. Contudo, o modelo de economia capitalista celebrado pela Carta de 1988 não compreende um capitalismo liberal puro, nos moldes da doutrina liberal clássica de Adam Smith, neoclássica de Marshall, ou neoliberal de Stigler e Friedman. Mas um Estado Democrático de Direito que celebra sim a livre iniciativa, o livre mercado, a liberdade de concorrência e a propriedade privada, mas que também é comprometido com os deveres de concretização da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, da justiça social, do pleno emprego e da redução das desigualdades regionais e sociais.

O diálogo da democracia com a economia acentua-se, sobretudo, levando-se em conta o fenômeno da globalização do mercado. Neste sentido, não cabe mais às grandes potências democráticas utilizarem-se do seu poder econômico apenas como instrumento de dominação, de imposição de sua linguagem, de seus interesses. Os genuínos princípios democráticos devem definir e orientar o comércio e as relações internacionais das diferentes nações. Caso contrário, acender-se-ia o notório e arcaico arquétipo intervencionista e colonialista das nações economicamente desenvolvidas, as quais impunham arbitrariamente suas decisões em prol de seus próprios interesses. Conforme ressalta Hall (apud BECKER e MIRANDA, 1997, p. 274):

(...) nos países em desenvolvimento, tais conflitos foram gerados ou exacerbados pelo regime colonial, sob o qual a extração de recursos e os sistemas produtivos estavam direcionados para atender aos interesses das nações colonizadoras às expensas das colonizadas, muitas vezes de forma mais violenta e brutal.

A missão dos Estados Democráticos neste cenário consiste, outrossim, em instrumentalizar a conquista da justiça social e respeito a direitos fundamentais nas suas relações internacionais, reduzindo antíteses sociais.

Isto se torna possível com a devida concretização dos princípios essencialmente democráticos, como a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, cabendo aos Estados a função de salvaguardar, na ordem jurídica interna e nas suas relações transnacionais, tais valores os quais se apresentam como imprescindíveis ao bom ordenamento social, nacional e supranacional.

É cediço que a precária dotação inicial de recursos econômicos desiguala efetivamente as possibilidades dos cidadãos. Isso não quer dizer que o homem seja fruto exclusivamente destas circunstâncias, mas sim que elas muito interferem no desenvolvimento do seu potencial.

Neste diapasão, entra o papel da democracia, no sentido de atuar não apenas na regularização de uma igualdade formal, consagrada no liberalismo clássico, mas, sobretudo, na efetivação de uma igualdade material, inspirada na lição secular aristotélica, a qual preconiza que a lei deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Isto porque num Estado Democrático de Direito ativo, efetivador de direitos humanos, busca-se uma igualdade real, concreta entre os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante as leis, devendo os Estados colocarem seus instrumentos jurídicos e legais a favor destes grupos marginalizados, com o objetivo de viabilizar as mesmas possibilidades econômicas asseguradas aos demais membros da população.

Por isso, é necessária uma ação conjunta das nações em favor da defesa da dignidade humana no âmbito da globalização da economia, incumbindo aos Estados Democráticos a indispensável função de fomentar suas relações comerciais, mas também domesticar o uso desenfreado do poder econômico, impedindo que ele sirva apenas como instrumento de dominação de poder.

## 10 CONCLUSÃO

Afere-se, portanto, que a relação entre a globalização e democracia consiste num processo dialético, que envolve uma série de atores, estatais e não estatais, que se interatuam e se inspiram, mutuamente, pressupondo uma constante e mútua cooperação e fiscalização. Tal silogismo suscita o desfecho que a construção democrática não deve restringir-se aos limites territoriais de determinado Estado, devendo, pois, ultrapassar suas fronteiras geográficas.

O ensaio demonstrou inexistir um conceito unificado de democracia, do mesmo modo que o modelo democrático não deve ser entendido como um modelo perfeito e acabado. As diferentes concepções do termo e as disparidades pragmáticas encontradas na sua materialização são frutos das diversas expectativas políticas, sociais e econômicas, das várias teorias existentes, dos diferentes processos históricos civilizatórios, somadas às conjunturas nacional e global.

Constatou-se, na sociedade globalizada, as consideráveis adversidades enfrentadas pelos Estados Democráticos na efetivação de princípios e fundamentos democráticos, inculcando sobre a real legitimidade popular de muitos dos Estados formalmente intitulados de democratas.

Neste contexto, denota-se que inúmeros são os percalços enfrentados no processo de democratização no contexto global. As intervenções de caráter neoimperialista dos países desenvolvidos nos países periféricos; o apoio a regimes autoritários em prol de interesses nacionais exclusivamente econômicos; a corrupção enraizada nas instituições públicas e privadas; as políticas autoritárias ainda existentes em Estados islâmicos; a democracia fragilizada de alguns países africanos e sul americanos; as novas formas de fundamentalismo; o terrorismo; os graves problemas sociais advindos da crescente imigração ilegal nos países europeus; as gigantescas desigualdades econômicas existentes no mundo são exemplos concretos de entraves ao processo de democratização a nível mundial. Práticas de uma exegese democrática, interpretada adulteradamente, que minam as bases de um entendimento comum de democracia enquanto ética global.

Institucionalizar uma sociedade democrática é, inquestionavelmente, um mister árduo e constante. Demanda mudança de arcaicos e perversos hábitos, impõe planejamento por parte do poder público, ao mesmo tempo que pressupõe comprometimento conjunto dos Estados e da sociedade.

Contudo, tal tarefa quando alcançada opera uma mudança paradigmática nas relações sociais, pois representa um governo comprometido com a concretização do bem comum, com a construção de uma sociedade consciente de seus deveres e direitos, e com a concretização de genuínos valores e fundamentos éticos democráticos.

Aferiu-se, por sua vez, que a democratização da globalização pode ser instrumentalizada e fomentada por diversos meios, como: o engajamento e o esforço maior dos Estados em assuntos de interesses universais; a valorização das instituições e das sociedades civis organizadas; o auxílio das organizações internacionais na promoção da expansão democrática;

e uma representatividade mais relevante dos países periféricos nas decisões de organismos internacionais.

Pois, consoante ressalva DAHL (2001, p. 73), a democracia não consegue garantir que os indivíduos em sociedade “(...) sejam felizes, prósperos, saudáveis, sábios, pacíficos ou justos. Atingir esses fins está além da capacidade de qualquer governo – incluindo-se um governo democrático”

Contudo, apesar de todas as suas limitações, imprecisões e paradoxos, a democracia continua sendo o melhor regime de governo até então existente. Uma forma política respaldada no consentimento popular, que permite a alternância de poder, a participação e a fiscalização popular nas decisões de governança, salvaguardando os direitos fundamentais, com vistas à concretização de uma ordem social mais justa e igualitária.

Outrossim, existem questões e interesses que extrapolam as fronteiras territoriais de determinados Estados, como o respeito a direitos humanos, questões de segurança e saúde pública mundial – como armas nucleares, químicas e bacteriológicas – a defesa do meio ambiente, da paz mundial, dos direitos das mulheres, das minorias, etc. Exemplos concretos de interesses considerados universais, de consciência comum de uma comunidade global, os quais necessitam do engajamento e da mobilidade dos Estados, na esfera local, regional e mundial.

Neste diapasão, em tempos de globalização, devem os Estados Democráticos de Direito atuarem também enquanto transformador das gigantescas disparidades sociais e econômicas existentes entre as diversas nações, com a instrumentalização de uma globalização mais altruísta e solidária, diante da evidente impossibilidade da coexistência de igualdade política com extrema desigualdade econômica e social.

Como consectário, é imprescindível que as relações econômicas, necessárias à subsistência e bem-estar dos homens, sejam reguladas por Estados Democráticos comprometidos com a justiça social e a igualdade material, remetendo sempre o homem como o protagonista, tendo por referência normativa maior o princípio da dignidade da pessoa humana.

E, neste sentido, a democracia enfrenta também o desafio de contribuir na construção de uma “sociedade global” mais ordenada e equilibrada, com base em princípios de justiça e bem estar social, impedindo que o poder econômico elimine as possibilidades de aflorar valores exclusivamente financeiros, e auxiliando na construção de um mundo mais humanizado e menos desigual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHELET, Michel. Ingerência ecológica: direito ambiental em questão. Tradução de Fernanda Oliveira. Rio de Janeiro: Instituto Piaget, 1995.

BECKER, Bertha K. e MIRANDA, Mariana. A Geografia política do desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1997.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. Estado governo sociedade; para uma teoria geral da política. 2. ed.. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1987.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. 4. ed. São Paulo: Brasiliense. 1993.

CABRAL NETO, Antônio. Democracia: velhas e novas controvérsias. Estudos de Psicologia. 1997, 2(2), p. 287-312. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-294X1997000200005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X1997000200005). Acesso em: 21 dez 2019.

CASELA, Paulo Borba. Globalização, direito e estado: introdução. Artigo publicado em obra coletiva sob o título Globalização. São Paulo: Aduaneiras, 1997.

COSTA, Judith Martins. Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Táxis: A boa-fé nas relações de consumo in: A Reconstrução do Direito Privado: Reflexões dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CERRONI, Umberto. Política: métodos, teorias, processos, sujeitos, instituições, categorias. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1993.

DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DERATHÉ, Robert. Jean-Jacques Rousseau e a ciência política de seu tempo. Tradução de Natalia Maruyama. São Paulo: Barcarolla, 2009.

FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Globalização, Direito Constitucional, Democracia e Sociedade: uma “breve reflexão” no “pano de fundo” da modernidade ou da pós-modernidade? Do estado nacional ou pós-nacional? In: Revista da Faculdade de Direito UFMG. n. 56, jan./jun. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, 2010. p. 63-100. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/112/104>. Acesso em: 28 dez 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Direito Constitucional e Democracia: entre a globalização e o risco. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FRANÇA, Assembleia Nacional. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Acesso em: 05 dezembro 2019.

GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2002.

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

HABERMAS, Jürgen. *A Era das Transições*. Tradução de Flávio Benno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação pós-nacional*. Tradução de Mario Seligmann. São Paulo. Lmundi, 2001.

HELD, David. *Democracia e Globalização*. In: *Revista Novos Rumos*. Tradução de Edsel Brito – *Revista Leviatán*. Madri. Ano 9, n. 23. p. 5-8. São Paulo: UNESP, 1992.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. In *Os Pensadores*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural. 1979.

OLIVEIRA, Carla Montefusco de. *Desenvolvimento Sustentável: uma discussão ambiental e social*. III Jornada Internacional de Políticas Públicas. Maranhão, 28 a 30 de agosto 2007. Disponível em: [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoI/b181e2fe3f9b7a09d90e\\_Carla%20Montefusco%20de%20Oliveira.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoI/b181e2fe3f9b7a09d90e_Carla%20Montefusco%20de%20Oliveira.pdf), Acesso em: 05 nov 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 1983. In *Os pensadores*. 3. ed., p. 15-145. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *A Globalização e as Consequências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Fernando de. *A democracia, face política da globalização?* 2006. *Rev. bras. polít. int.* v.49 n.1 Brasília jan./jun. 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73292006000100001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292006000100001). Acesso em: 07 dez 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: leis e costumes - Livro I*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O FATO JURÍDICO DO INCISO III DO ARTIGO 135 DO  
CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL: A DELIMITAÇÃO DA  
RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ADMINISTRADOR

DANYELLE RODRIGUES DE MELO NUNES  
FILIPE LÔBO GOMES  
NATALIE CRISTYNE DE SANTANA BARBOSA FARIAS

# O FATO JURÍDICO DO INCISO III DO ARTIGO 135 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL: A DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ADMINISTRADOR

## THE LEGAL FACT OF ARTICLE 135 OF THE NATIONAL TAX CODE: THE DELIMITATION OF THE TAX RESPONSIBILITY OF THE ADMINISTRATOR

Recebido: 01/07/2020  
Aprovado: 01/12/2020

Danyelle Rodrigues de Melo Nunes<sup>1</sup>  
Filipe Lôbo Gomes<sup>2</sup>  
Natalie Cristyne de Santana Barbosa Farias<sup>3</sup>

### RESUMO:

O fato jurídico do inciso III do artigo 135 do Código Tributário Nacional é o resultado da incidência da norma jurídica de responsabilidade tributária sobre o suporte fático praticado pelo administrador. A partir de então, surge a relação jurídica, a obrigação tributária e todos os encargos dela decorrentes. Por esse motivo, é preciso analisar com bastante atenção a norma jurídica que define o fato jurídico tributário. Com base nessas premissas, esse artigo tem como objetivo aplicar a Teoria do Fato Jurídico na análise da responsabilidade tributária para delimitar a sua eficácia. Em linhas gerais, o referencial teórico da pesquisa é o de Pontes de Miranda. Por sua vez, o método de estudo utilizado é o dedutivo, partindo da pesquisa bibliográfica, com base na Teoria do Fato Jurídico de Marcos Bernardes de Mello. Ao final, o trabalho chegou a algumas conclusões bastante elucidativas: 1) o inciso III do artigo 135 do CTN corresponde a um fato jurídico *lato sensu*, ilícito, relativo, da categoria ato ilícito civil e indenizativo; 2) esse fato jurídico tem como efeito a relação jurídica entre o Estado, a empresa e o administrador; e 3) a responsabilidade tributária do administrador é do tipo solidária, pois a norma jurídica estabelece um comando para garantir o crédito tributário sob um viés arrecadatório e sancionador.

**Palavras-chave:** Fato Jurídico. Responsabilidade Tributária. Administrador.

### ABSTRACT:

The legal fact of item III of article 135 of the National Tax Code is the result of the incidence of the legal rule of tax liability on the factual support practiced by the administrator. From then on,

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Público (PPGDP) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL); Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET); Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Alagoas (FDA) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL); Supervisora Judiciária no Tribunal de Justiça de Alagoas (TJAL). email: danyellenunes1@gmail.com

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2003), especialização em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau (2006), mestrado em Fundamentos Constitucionais dos Direitos pela Universidade Federal de Alagoas (2006) e Doutorado em Estado, regulação e tributação indutora na UFPE (2015). Atualmente é Diretor-Geral do TRE-AL. Foi Procurador Geral e Assessor-Chefe de Planejamento do TJ-AL e Coordenador Técnico do Gabinete Civil do Governo do Estado de Alagoas. email: filipelobo@uol.com.br

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Público (PPGDP) na Universidade Federal de Alagoas (UFAL); Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho, com formação em Magistério Superior, pela Universidade Anhanguera (UNIDERP), em 2010; Bacharel em Direito pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió (CESMAC), em 2008. Assessora Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. email: nataliecsbarbosa@hotmail.com

the legal relationship, the tax obligation and all the related charges arise. For this reason, it is necessary to analyze very carefully the legal norm that defines the tax legal fact. Based on these assumptions, this article aims to apply the Theory of Legal Fact in the analysis of tax liability to define its effectiveness. In general terms, the theoretical reference of the research is that of Pontes de Miranda. On the other hand, the method of study used is the deductive one, starting from the bibliographical research, based on the Theory of the Legal Fact of Marcos Bernardes de Mello. In the end, the work came to some quite elucidative conclusions: 1) item III of article 135 of the CTN corresponds to a legal fact in a broad sense, illicit, relative, as a illicit civil act and compensative; 2) this legal fact has as an effect the legal relationship between the State, the company and the administrator; and 3) the tax liability of the administrator is of the solidarity type, since the legal norm establishes a command to guarantee the tax credit under a collection and sanctioning bias.

**Keywords:** Legal Fact. Tax Responsibility. Administrator.

## 1 INTRODUÇÃO

O Fato Jurídico é um dos temas mais importantes da Teoria Geral do Direito, se não o mais importante. Essa assertiva se justifica em razão de o fato jurídico ser o elemento basilar, a viga mestra e o sustentáculo de todas as áreas da Ciência Jurídica. Seja no Direito Civil, no Direito Penal, no Direito Administrativo, onde houver incidência de norma jurídica haverá fato jurídico.

Talvez a melhor forma de visualizar essa conexão seja pela concepção ampla do mundo dos fatos, no qual pessoas nascem, envelhecem, morrem; o dia amanhece, entardece, anoitece; são realizadas tratativas, negociações, acordos; fatos sociais atingem os interesses das mais diversas pessoas; o tempo passa; e o mundo do direito está em meio a todos esses acontecimentos, no qual se encontram os fatos discriminados axiologicamente. O mundo dos fatos e o mundo do direito se imiscuem, de maneira que os fatos podem ou não ser qualificados pela alcunha de jurídicos. O fato pode ser biológico, físico, químico, astrológico e passará a ser também jurídico caso seja objeto de incidência da norma jurídica.

Esquematizando esse raciocínio, o passo inicial da jornada no mundo do direito é a qualificação do fato como jurídico. Isoladamente, a norma jurídica e o suporte fático são fontes mediatas do mundo do direito. Por sua vez, o fato jurídico é fonte imediata do mundo do direito.

O momento em que a norma jurídica incide sobre o suporte fático é pré-jurídico, ele se dá no mundo dos fatos. Quando a norma jurídica incide sobre o suporte fático é que surge o fato jurídico, adentrando ao mundo do direito e seguindo um caminho que lhe é próprio. Uma vez existente, poderá percorrer os planos da validade e da eficácia sob as seguintes variações: 1) existente, válido e eficaz; 2) existente, válido e ineficaz; 3) existente, inválido e eficaz; 4) existente, inválido e ineficaz; 5) existente e eficaz; e 6) existente e ineficaz; mas sempre partindo da premissa de que é existente, pois se for inexistente não há sequer que se falar em fato jurídico.

Em síntese, pode-se dizer tranquilamente que a norma jurídica define o fato jurídico. Lícito ou ilícito; absoluto ou relativo; civil ou penal; só quem produz eficácia jurídica é o fato jurídico. Sob essas premissas, a Teoria do Fato Jurídico se revela uma Teoria Geral do Direito.

Nesse cenário, sobressai a necessidade de se analisar o fato jurídico do inciso III do artigo 135 do Código Tributário Nacional a fim de se delimitar a responsabilidade tributária do



administrador. Isso porque esse diploma legal deu ensejo a controvérsias, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Divergências quanto à interpretação do texto, à identificação do fato, à aplicação da norma jurídica, à constatação da incidência e aos efeitos do fato jurídico tributário precisam ser debatidas para aprimorar o instituto e promover segurança jurídica.

Do ponto de vista dogmático, a norma jurídica não é um *dever ser*, ela é um *ser*, ela nunca falha; já do ponto de vista sociológico, a aplicação da norma jurídica está suscetível a erros. É por isso que norma jurídica não é interpretação, é um preceito socialmente determinado, um comando pela autoridade competente, que define o fato jurídico; tal qual a aplicação da norma jurídica não pode se pautar apenas sob o critério linguístico, ela deve ser sistemática, utilizando métodos para suprir omissões, obscuridades, ou ambiguidades, pois a linguagem normalmente é falha. Como o redirecionamento da obrigação tributária da pessoa jurídica para a pessoa física que a representa tem grande repercussão na esfera patrimonial do indivíduo, perguntas como quando a imputação dessa responsabilidade pode ocorrer (se apenas diante da prática de atos ilícitos ou se também é possível diante da prática de atos lícitos); e como se dará essa responsabilidade (se ela se dará de forma solidária, de forma subsidiária ou de forma pessoal) precisam ser respondidas, a fim de esclarecer a descrição do suporte fático e especificar os efeitos do fato jurídico.

## **2 TEORIA DO FATO JURÍDICO: NORMA JURÍDICA, SUPORTE FÁTICO, INCIDÊNCIA, FATO JURÍDICO E RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA**

O direito é um processo de adaptação social, assim como a religião, a moral, a etiqueta, a moda, dentre tantos outros que impõem valores à personalidade do indivíduo e direcionam seu comportamento. O diferencial do direito perante esses outros processos de adaptação social é a sua obrigatoriedade, tendo em vista que nos demais a adesão é espontânea. E essa obrigatoriedade não se expressa necessariamente pela sanção em caso de descumprimento, mas sim pela incidência: o fato social passa a ser também um fato jurídico; as condutas sociais passam a se subordinar ao sistema normativo jurídico; a subordinação exige obediência pois se trata de uma imposição incondicional, cuja aplicação não depende da adesão das pessoas (MELLO, 2017, pp. 37-40).

Lourival Vilanova explica que os fatos sociais podem ser classificados em eventos ou em condutas: os eventos são os fatos da natureza, decorrentes de uma condição natural; já as condutas são os fatos do homem, decorrentes de uma atuação humana. Os fatos sociais que têm relevância para o relacionamento inter-humano são objetos de normas jurídicas, sejam eles correspondentes a eventos ou condutas. Daí que os fatos jurídicos podem decorrer tanto de eventos quanto de condutas, inserindo-se em um sistema de normas jurídicas (VILANOVA, 1989, p. 23).

Pontes de Miranda descreve o mundo como o conjunto dos fatos que aconteceram, que acontecem e que ainda irão acontecer. O mundo é a totalidade dos fatos, dentro dessa realidade há os fatos jurídicos. Assim, os fatos do mundo interessam ou não interessam ao direito: se interessam, são objeto da incidência das normas jurídicas, tornam-se fatos jurídicos e entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico; se não interessam, são considerados irrelevantes e permanecem sem normatização (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 65).

Marcos Bernardes de Mello assevera que a distinção entre o mundo fático e o mundo jurídico tem uma importância fundamental na análise científica do direito. Seria preciso discriminar o que entra e o que não entra no mundo jurídico. É a norma jurídica quem define o fato jurídico; é a incidência que possui eficácia juridicizante, imputando caráter jurídico

aos simples fatos da vida; e somente o fato jurídico possui eficácia jurídica, produz direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções, sanções, ônus e prêmios, de modo que o fenômeno jurídico é marcado pelos seguintes momentos:

(a) a definição pela norma jurídica da hipótese fática considerada relevante para a convivência humana (definição normativa hipotética do fato jurídico); (b) a concreção dessa hipótese no mundo dos fatos; (c) a sua conseqüente juridicização por força da incidência da norma e sua entrada como fato jurídico no plano da existência do mundo do direito; (d) a passagem dos fatos jurídicos lícitos, fundados na vontade humana (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico), pelo plano da validade, onde se verificará se são válidos, nulos ou anuláveis; (e) a chegada do fato jurídico ao plano da eficácia, onde nascem as situações jurídicas, simples ou complexas (relações jurídicas), os direitos ↔ deveres, pretensões ↔ obrigações, ações ↔ situações de acionado, exceções ↔ situações de exceptuados, as sanções, os ônus e demais conseqüências que constituem o conteúdo eficaz específico (MELLO, 2017, p. 46).

Nesse contexto, o fenômeno jurídico percorreria um trajeto que iria desde a juridicização do suporte fático até a eficácia do fato jurídico. O primeiro passo é o estabelecimento da norma jurídica, a qual corresponde a uma proposição: descreve a hipótese de ocorrência do suporte fático do qual resultará o fato jurídico e prescreve os seus efeitos. O segundo passo é a composição do suporte fático suficiente, quando a hipótese prevista na norma jurídica se concretiza no mundo dos fatos. O terceiro momento é a incidência, que corresponde ao efeito da norma jurídica de qualificar o suporte fático como fato jurídico. Uma vez existente, o fato jurídico tem aptidão para produzir efeitos e criar relações jurídicas.

Em meio a uma Teoria Geral do Direito, diversos autores passaram a retratar a fenomenologia jurídica. Savigny, Hans Kelsen, Pontes de Miranda, Geraldo Ataliba, Lourival Vilanova, Marcos Bernardes de Mello, Paulo de Barros Carvalho, dentre tantos outros que vêm contribuindo sobremaneira para o aprimoramento dos estudos do direito. Independentemente do referencial teórico adotado, há alguns pontos em que as linhas se interseccionam.

Clarice von Oertzen de Araújo desenvolveu um célebre estudo acerca da incidência jurídica, dispendo-se a explicar o porquê de as teorias contemporâneas tratarem de aspectos ontológicos, autopoieticos e retóricos da ordem jurídica positiva. Explica que o desenvolvimento da matemática, da geometria, da física, da astronomia e da ciência como um todo promoveu uma mudança radical na concepção de mundo durante os séculos XVI e XVII, cujos pilares foram a teoria matemática de Isaac Newton, a filosofia de René Descartes e a metodologia científica de Francis Bacon. A partir de então, a concepção de um universo orgânico, vivo e espiritual teria sido substituída pela visão de mundo como uma máquina, com predominância dos métodos mecânicos, do conceito de causalidade e de um rigoroso determinismo que atingiu inclusive a ciência jurídica:

Desde que se configure o suporte fático suficiente e conforme a formulação da regra jurídica vigente, a incidência ocorre. Reiteradas vezes, a menção de uma alegoria que compara a incidência à ação de uma prancha de impressão revela-nos a adoção do paradigma mecanicista na formulação da teoria ponteana. A máquina como metáfora do universo é uma característica típica da influência que a física clássica exerceu, transcendendo os domínios das ciências naturais e conquistando também as ciências humanas, inclusive a sociológica. O determinismo jurídico ocorre por conta dos efeitos que estão implicados na incidência das regras jurídicas. Os efeitos emanados da incidência e constituição dos fatos jurídicos são tratados como a sua eficácia e são determinados pela implicação lógica que encadeia as proposições que se articulam sob a forma de regras jurídicas gerais (ARAÚJO, 2011, p. 101).

Com isso, reforça-se a importância que a linguagem tem para o direito. É necessário que o comando seja exprimido com a máxima exatidão possível, a fim de que possa ser obedecido pela sociedade. A clareza do texto legal, a precisão linguística, o cuidado com a terminologia, a elaboração de paradigmas, a utilização de enunciados conotativos, o método lógico, tudo convergindo para o fato de que “a regra jurídica supõe pensamento, vontade e solução” (PONTES DE MIRANDA, 2000, pp. 387-388).

A título de exemplo, Maria Rita Ferragut é uma jurista contemporânea que teorizou sobre responsabilidade tributária e percorreu temas como construtivismo lógico-semântico, linguagem, norma jurídica, incidência normativa e relação jurídica. Segundo a autora, relação jurídica é o vínculo abstrato que se instaura entre dois ou mais sujeitos de direito em razão da ocorrência de determinado fato jurídico: por força da imputação normativa, uma pessoa teria o direito subjetivo de exigir de outra o cumprimento de determinada prestação. Em interessante trocadilho, ela retrata que a relação jurídica surge em decorrência do fato jurídico; que o fato é jurídico em virtude da norma jurídica; e que a norma é jurídica em razão do direito positivo (FERRAGUT, 2005, p. 26).

De acordo com a Teoria do Fato Jurídico, a relação jurídica é consequente da norma jurídica; é efeito do fato jurídico; é a mais importante das categorias eficaciais. Daí que todo direito resulta de uma relação jurídica, quer seja no Direito Privado, quer seja no Direito Público, até mesmo nos Direitos Fundamentais, sempre há relação jurídica com o Estado ou com o particular. Toda relação jurídica decorre do fato jurídico que lhe é correspondente, o que no âmbito do Direito Tributário não poderia ser diferente:

Denomina-se *relação jurídica tributária* toda relação jurídica que resulta de *fato jurídico tributário*, assim conceituado o fato jurídico criado por força da incidência de normas jurídicas regentes da atividade tributária do Estado, cuja eficácia consiste em imposições financeiras destinadas a financiar atividade pública, mesmo que não sejam tributos em sentido próprio (*stricto sensu*), ainda quando desenvolvida por entes privados, até a imposição de exigências instrumentais e formais que se destinem a tornar possível a operatividade da instituição tributária (MELLO, 2017, p. 244).

Com base nessas premissas, a relação jurídica tributária teria algumas características principais: i) é sempre de direito público, em razão de resultar de fato jurídico tributário e de se tratar de atividade de natureza pública; ii) é sempre de direito relativo, na medida em que os seus sujeitos são determinados ou determináveis; e iii) é sempre de direito de crédito, pois tem cunho essencialmente patrimonial. No que diz respeito à sua estrutura, há pelo menos dois sujeitos e um objeto. O sujeito ativo é definido como elemento subjetivo do suporte fático, o titular do direito, que na relação jurídica tributária corresponde àquele que tem atribuição para efetuar o lançamento, a arrecadação e a fiscalização dos tributos; o sujeito passivo é aquele que tem o dever de cumprir com as ditas obrigações principal e acessória; já o objeto é uma promessa de prestação, por se tratar de uma relação jurídica de direito pessoal e cuja compulsoriedade legal não dispensa o ato de vontade (MELLO, 2017, pp. 245-249).

Considerando que a norma jurídica é uma proposição hipotética, ela prevê um antecedente/hipótese/descrição do suporte fático e um consequente/tese/preceito. No antecedente, pode haver tanto fatos lícitos quanto fatos ilícitos; no consequente, consolida-se a relação jurídica tributária. Fatos conformes ao direito ou fatos contrários ao direito concretizam-se no mundo; recebem a incidência das normas jurídicas que os preveem; passam a integrar o mundo jurídico; e têm consequências específicas sobre as relações jurídicas (MELLO, 2017, pp. 72-179).

A responsabilidade tributária presume uma norma jurídica com todos esses elementos. O suporte fático que lhe antecede e o preceito que a caracteriza precisam ser bem

delimitados. Isso porque seu diploma vem demandando uma análise não apenas coerente, mas também consistente.

### 3 NORMA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ADMINISTRADOR: RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS

O Direito é um sistema. Quando se fala em sistema, não se quer tratar apenas de um conjunto de elementos que apresentam características comuns. A ideia de sistema implica uma estrutura em que todos os elementos se relacionam entre si em razão de um referencial comum (VILANOVA, 2005, p. 173).

No universo do sistema jurídico, diversas normas podem vir a regular a mesma relação jurídica. Esse conjunto de normas que regula determinada relação jurídica corresponde a uma instituição jurídica. O casamento, a propriedade e o contrato são exemplos de instituições jurídicas, com a ressalva de que:

Nessas espécies, por uma questão de técnica redacional, com o objetivo de evitar repetições inúteis (e deselegantes para a linguagem), as proposições jurídicas são formalizadas de modo que umas pressupõem as outras, o que permite, em decorrência da ordenação, que aquelas normas cujo suporte fático não esteja expresso no seu texto, sejam relacionadas ao suporte fático de outra norma que lhes corresponder. [...] Há também normas jurídicas que apenas complementam outras, ampliando ou restringindo os efeitos nelas definidos, ou modificando, parcialmente, a situação de fato prevista [...]. A integração das normas tem como pressuposto o sistema jurídico como um todo, não apenas a sua topologia nos textos legais. Assim, não importa que as normas jurídicas que se integram estejam colocadas em textos legais diferentes; o que importa, realmente, é que compoñham um mesmo sistema jurídico (MELLO, 2017, pp. 57-59).

Pode-se dizer que a responsabilidade não é propriamente uma instituição jurídica, equiparando-se mais à eficácia de um ilícito danoso. De toda forma, há um conjunto de normas que regulam a responsabilidade tributária e a relação jurídica estabelecida entre o Estado, a empresa e o administrador. Daí a necessidade de se promover uma análise sistemática dos diplomas legais para só então compreender a relação existente entre as normas pertencentes a uma mesma instituição jurídica e que venham a regular determinada relação jurídica.

No âmbito do Sistema Tributário Nacional, há normas compreendidas na Constituição da República, no Código Tributário Nacional, em leis complementares, em resoluções do Senado Federal, em leis federais, em leis estaduais, em leis municipais, dentre tantos outros instrumentos que têm como referencial comum a chamada relação jurídica tributária. Nela, sempre é possível identificar um sujeito ativo, um sujeito passivo, um objeto, um direito subjetivo e um dever jurídico. É por isso que se fala em um vínculo abstrato, no qual o sujeito ativo tem o direito subjetivo de exigir do sujeito passivo o cumprimento de certa prestação e este tem o dever subjetivo de cumpri-la (CARVALHO, 2014, p. 610).

Especialmente em meio aos princípios da segurança jurídica, legalidade, tipicidade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, é que a Regra Matriz de Incidência Tributária vem estabelecer os critérios que auxiliam a aplicação da norma jurídica tributária. A partir desse método, elencam-se os critérios material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo, que auxiliam na interpretação do texto, na identificação do fato, na aplicação da norma jurídica, na constatação da incidência e dos efeitos do fato jurídico tributário. Assim, respondem-se às perguntas sobre “o que”, “quando”, “onde”, “quem” e “quanto” inerentes às obrigações jurídicas tributárias (CARVALHO, 2007, pp. 252-253).

Ao tratar do sujeito passivo da relação jurídica tributária, convém registrar que contribuinte é o sujeito que realiza o suporte fático tributário e que ao mesmo tempo ocupa o polo passivo da relação jurídica tributária. Esse sujeito não será tido como contribuinte se uma dessas duas condições estiver ausente, ou ele será apenas realizador do suporte fático ou ele será apenas responsável. Nesse sentido: caso o sujeito realize o suporte fático tributário e se encontre no polo passivo da relação jurídica tributária obrigacional, ele será qualificado como contribuinte; caso o sujeito apenas realize o suporte fático tributário, sem se encontrar no polo passivo da relação jurídica tributária obrigacional, ele será qualificado apenas como realizador do suporte fático; e, caso ele não realize o suporte fático tributário, mas mesmo assim se encontre no polo passivo da relação jurídica tributária obrigacional, ele será qualificado apenas como responsável (FERRAGUT, 2005, p. 34).

No que diz respeito à responsabilidade tributária do administrador, um diploma que gerou inúmeras discussões é o disposto no Código Tributário Nacional, em seu artigo 135, inciso III. Esse dispositivo determina que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos. É exatamente o que se pode observar no texto abaixo transcrito:

**Art. 135.** São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

**III** - Os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Da leitura desse dispositivo, muitos autores entendem que o que se chama de suporte fático seria a prática de atos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto que resulte em obrigações tributárias; e o que se chama de efeito jurídico seria a responsabilização pessoal dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Nesse sentido, a norma jurídica de responsabilidade tributária do administrador só incidiria quando ele praticasse atos ilícitos e deles resultassem obrigações tributárias; por via de consequência, o administrador responderia pessoalmente pelo crédito tributário e a pessoa jurídica que ele representa seria afastada de qualquer responsabilização. A título de exemplo, tem-se a doutrina de Luciano Amaro, Sacha Calmon e Kiyoshi Harada.

Luciano Amaro aduz que o artigo 135 do Código Tributário Nacional fala expressamente de personalidade na responsabilidade do terceiro. Defende que esse dispositivo exclui a pessoa jurídica do polo passivo da obrigação tributária, em cujo nome e por cuja conta agiria o terceiro. E arremata que o termo pessoalmente significa que a responsabilidade não é compartilhada com o devedor original, natural ou primário, razão pela qual não haveria sequer que se cogitar sobre responsabilidade subsidiária ou solidária (AMARO, 2004, pp. 318-319).

Sacha Calmon Navarro Coelho assevera que o artigo 135 do Código Tributário Nacional transfere a responsabilidade tributária inteiramente para o terceiro e libera o representado. Sustenta que a responsabilidade passaria a ser pessoal, plena e exclusiva do terceiro. Assim, estaria afastada a subsidiariedade ou a solidariedade (COELHO, 2009, p. 668).

Kiyoshi Harada afirma que o artigo 135 do Código Tributário Nacional traz um caso de responsabilidade por substituição. Responsabilizar-se-ia apenas e tão somente o substituto, afastando o substituído. Assim, o terceiro deveria ser responsabilizado independentemente da impossibilidade do cumprimento da obrigação principal pelo representado (HARADA, 2010, pp. 490-491).

Embora corroborem com a interpretação do que se chama de suporte fático, outros autores divergem quanto ao efeito jurídico. Entendem que a responsabilidade seria solidária, de modo que o administrador responderia solidariamente pelo crédito tributário em conjunto com a pessoa jurídica que ele representa. A título de exemplo, tem-se a doutrina de Hugo de Britto Machado:

*Em síntese, os atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, aos quais se reporta o art. 135, III, do CTN, são aqueles atos em virtude dos quais a pessoa jurídica tornou-se insolvente. No 5º Simpósio Nacional de Direito Tributário, realizado em São Paulo em outubro/1980, prevaleceu, contra nosso voto, a tese de que o art. 135 cuida de hipótese de substituição, e por isto a responsabilidade de qualquer das pessoas no mesmo referidas implica a exoneração da pessoa jurídica. Parece-nos inteiramente inaceitável tal entendimento. A lei diz que são pessoalmente responsáveis, mas não diz que sejam os únicos. A exclusão da responsabilidade, a nosso ver, teria de ser expressa (MACHADO, 2015, p. 166).*

A problemática repercutiu na jurisprudência dos Tribunais de Justiça. Uma análise jurisprudencial mais ampla permite constatar divergências tanto na identificação do suporte fático quanto na do efeito jurídico. São exemplos: os Enunciados nº 430 e 435 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça; a Apelação Cível nº 0003733-84.2016.4.03.6113, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região; a Apelação Cível nº 0000287-35.2013.4.05.8502, julgada pelo Tribunal Regional Federal da Quinta Região; o Agravo de Instrumento nº 5012272-69.2012.4.04.0000, julgado pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região; e o Recurso Especial nº 1455490/PR, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

No que diz respeito à delimitação do suporte fático, adveio o Enunciado da Súmula nº 430 do Superior Tribunal de Justiça. Esse dispositivo se propôs a pacificar a discussão inicial acerca do fato de o mero inadimplemento ou atraso no pagamento do tributo caracterizar a responsabilidade tributária do sócio prevista no inciso III do artigo 135 do Código Tributário Nacional. Foi consignado que “o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente” (BRASIL, 2010).

O Enunciado da Súmula nº 435 do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu como suporte fático suficiente à incidência da norma jurídica de responsabilidade tributária do administrador o mero fato de a empresa deixar de funcionar no seu domicílio fiscal. Reforçou que isso se daria sem a necessidade de se demonstrar a presença de dolo ou fraude. Assim, “presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente” (BRASIL, 2010).

Em sede de julgamento da Apelação Cível nº 0003733-84.2016.4.03.6113, o Tribunal Regional Federal da Terceira Região acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva e reformou a Sentença que havia redirecionado a execução fiscal para os sócios. Na origem, o juízo *a quo* entendeu que o redirecionamento era legítimo porque a empresa não havia sido encontrada no endereço informado ao fisco e a tentativa de citação por Aviso de Recebimento restou frustrada. Contudo, o juízo *ad quem* assegurou que “houve somente uma tentativa de citação da empresa executada Alaíde Automóveis LTDA, via postal, o que não se mostra suficiente para comprovar a dissolução irregular da sociedade e responsabilização dos sócios” (BRASIL, 2019).

Quando do julgamento da Apelação Cível nº 0000287-35.2013.4.05.8502, o Tribunal Regional Federal da Quinta Região se pronunciou no sentido de que para a composição do suporte fático do artigo 135 do Código Tributário Nacional basta a prova da insolvência da pessoa jurídica. Nesse sentido, a norma jurídica da responsabilidade tributária do administrador

incidiria independentemente da demonstração de abuso. Tratando-se de dívida tributária, aplicou “a teoria menor da desconsideração da pessoa jurídica, que para espargir seus efeitos aos responsáveis administradores prescinde de demonstração de abuso, bastando apenas a prova da insolvência, como previsto no art. 135, inc. III, do Código Tributário Nacional” (BRASIL, 2018).

Ao julgar o Agravo de Instrumento nº 5012272-69.2012.4.04.0000, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região se posicionou no sentido de que o referido diploma legal exclui a empresa do polo passivo da obrigação tributária. Conseqüentemente, o executor do ato deve responder pessoalmente. Assim, arrematou que “a execução fiscal volta-se exclusivamente contra o patrimônio do representante legal da Pessoa Jurídica, a qual deixa de responder pelos créditos tributários” (BRASIL, 2012).

Já no julgamento do Recurso Especial nº 1455490/PR, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou de forma contrária. Foi bastante contundente ao afirmar que já havia consolidado entendimento no sentido de que o sócio administrador responde solidariamente pelo crédito tributário, o que não exclui a responsabilidade tributária da Pessoa Jurídica. É exatamente o que se pode verificar na transcrição abaixo:

É possível constatar que o *decisum* interpretou exclusivamente pelo método gramatical/literal a norma do art. 135, III, do CTN, o que, segundo a boa doutrina especializada na hermenêutica, pode levar a resultados aberrantes, como é o caso em análise. Com efeito, a exegese conduzida pelo e. Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti é insustentável por razões de ordem lógica, ética e jurídica (BRASIL, 2014).

Ocorre que a norma jurídica não pode ser aplicada apenas com base na literalidade do texto. As dimensões axiológica/política, dogmática/normativa e sociológica do fenômeno jurídico deixam bastante claro esse processo de revelação das normas jurídicas, pautando-se em uma análise sistemática, muitas vezes teleológica, em busca do sentido que integra os valores sociais. É por isso que a análise do fato jurídico traz consigo uma premissa muito importante:

não se pode considerar norma jurídica cada dispositivo de uma lei, mas, sim, o conjunto de proposições que no seu todo, sistematicamente, constituam uma norma completa, com descrição de uma situação fática (=suporte fático) e a prescrição de uma consequência (=preceito), portanto, uma proposição com sentido lógico-jurídico. Por isso, podemos dizer que as normas jurídicas não existem sem conexão entre si, mas se encadeiam de modo a concluir a unidade do sistema jurídico que, afinal, integrado por normas e princípios, torna-se pleno e abrange todo o direito de uma comunidade. Qualquer atitude de análise científica do direito, portanto, tem de dar a ênfase devida a essa conexão e harmonia internas do sistema, sem maiores considerações ao exame preocupado apenas com as regras vistas isoladamente (MELLO, 2017, p. 65).

A norma jurídica não se confunde com o texto do diploma legal, pois a norma é uma proposição, um preceito socialmente determinado, um comando pela autoridade competente, que define o fato jurídico; já o texto precisa ser interpretado para que se possa constatar se houve a incidência e aplicar a norma jurídica, não podendo se pautar apenas sob o critério linguístico, pois a linguagem normalmente é falha. Daí que é necessário analisar com bastante cautela o conteúdo normativo da responsabilidade tributária do administrador, a fim de se apurar a proposição jurídica completa. Para tanto, é imprescindível identificar o que se descreve como suporte fático; e o que se prescreve como efeito jurídico.

O Código Tributário Nacional dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Em seu Capítulo

V, trata acerca da responsabilidade tributária. Na Seção I, traz uma disposição geral: artigo 128; na Seção II, trata acerca da responsabilidade dos sucessores: artigos 129 a 133; na Seção III, trata acerca da responsabilidade de terceiros: artigos 134 e 135; e na Seção IV, trata acerca da responsabilidade por infrações: artigos 136 a 138; o que pode ser explanado no quadro reproduzido abaixo:

<b>ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTAS NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL</b>	
<b>Art. 128</b>	Determina que a responsabilidade pelo crédito tributário pode ser atribuída a terceira pessoa, desde que esteja vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação
<b>Responsabilidade dos Sucessores</b>	
<b>Art. 129</b>	Determina que a responsabilidade dos sucessores se aplica i) aos créditos tributários definitivamente constituídos; ii) aos em curso de constituição; e iii) aos constituídos posteriormente, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a data dos atos referidos na seção
<b>Art. 130</b>	Determina que os adquirentes de bens imóveis assumem os créditos tributários relativos aos respectivos bens, salvo quando conste do título a prova de sua quitação
<b>Art. 131</b>	Determina quem são os sucessores e delimita os tributos pelos quais são pessoalmente responsáveis
<b>Art. 132</b>	Determina que a pessoa jurídica de direito privado é responsável pelos tributos devidos até a data da fusão, transformação ou incorporação
<b>Art. 133</b>	Determina que a pessoa natural ou jurídica de direito privado é responsável pelos tributos relativos ao fundo de comércio ou ao estabelecimento adquirido, caso continue a exploração da respectiva atividade
<b>Responsabilidade de Terceiros</b>	
<b>Art. 134</b>	Determina quem são os terceiros responsáveis pelos atos em que intervierem e pelas omissões de que forem responsáveis, nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte
<b>Art. 135</b>	Determina quem são os terceiros responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos
<b>Responsabilidade por Infrações</b>	
<b>Art. 136</b>	Determina que a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato
<b>Art. 137</b>	Determina quais são as infrações pelas quais os agentes são pessoalmente responsáveis, pautando-se na apuração do dolo genérico ou específico
<b>Art. 138</b>	Determina que a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração

**Fonte:** elaborado pelos próprios autores.



Diante desse quadro, é imperioso transcrever na íntegra dois artigos a fim de auxiliar a compreensão desse sistema:

#### SEÇÃO II - RESPONSABILIDADE DOS SUCESSORES

**Art. 131.** São pessoalmente responsáveis:

- I - O adquirente ou remetente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos;
- II - O sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação;
- III - O espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão.

#### SEÇÃO III - RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS

**Art. 134.** Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

- I - Os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
  - II - Os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
  - III - Os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
  - IV - O inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
  - V - O síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
  - VI - Os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;
  - VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.
- Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Esses dispositivos merecem destaque porque estão classificados em categorias distintas e ainda assim revelam o mesmo propósito na indicação do responsável: apesar de o artigo 131 do CTN tratar da responsabilidade dos sucessores e o artigo 134 do CTN tratar da responsabilidade de terceiros, ambos se propõem a garantir a efetiva arrecadação do crédito tributário. Independentemente de o critério para a escolha do responsável levar em consideração ou não a prática de um ilícito, o propósito do instituto da responsabilidade tributária não pode ser apenas o de punir o responsável. A sanção para o sujeito que prejudicou o interesse do Fisco e de eventuais terceiros deve se dar nas vias próprias, seja pela Ação Penal, pela Ação Regressiva, pela Ação Indenizatória Comum ou até mesmo pela instituição de Multa Fiscal com nítido caráter punitivo.<sup>4</sup>

Muitos refutam a ideia de que a responsabilidade tributária prevista no artigo 135 do CTN seja da espécie solidária ou subsidiária na medida em que o próprio texto legal prevê expressamente que a responsabilidade tributária é pessoal. Nesse passo, afastam a premissa de que o termo “pessoalmente” tenha sido utilizado pelo legislador apenas para incluir a pessoa do diretor, gerente ou representante de pessoa jurídica de direito privado, acrescentando a pessoa física, sem excluir a responsabilidade da pessoa jurídica. Alegam que, se fosse esse o caso, o legislador teria utilizado o termo “solidariamente”, tal qual o fez no artigo que lhe é imediatamente anterior, o 134 do CTN, de forma delimitada aos casos em que houver intervenção ou responsabilidade por omissão de terceiros.

Apesar de o texto legal prever expressamente que a responsabilidade tributária é pessoal e utilizar os mesmos termos do artigo 131 do CTN no sentido de que “são pessoalmente

<sup>4</sup> Inclusive, convém destacar que o artigo 158 da Lei das Sociedades por ações prevê justamente a possibilidade de o administrador responder civilmente caso aja de forma ilícita: “Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto” in BRASIL, Lei das Sociedades por Ações. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Brasília, 15 de dezembro de 1976, publicada no DOU de 17.12.1976. Acesso em: 04 maio 2019.

responsáveis”, a exclusão da pessoa jurídica com real possibilidade de garantir o crédito tributário nesse caso do artigo 135 do CTN vai na contramão da sistemática do Código Tributário Nacional. Para efeitos de comparação, os responsáveis pessoais previstos no artigo 131 do CTN são justamente aqueles que têm a real possibilidade de garantir o crédito tributário; se a empresa mantém real possibilidade de garantir o crédito tributário, ela não deve ser excluída da relação jurídica tributária. Diferentemente de uma norma penal, a finalidade da norma tributária que estabelece a responsabilidade não é a de punir o responsável, mas sim a de garantir o crédito tributário – o que nesse caso se perfaz com a manutenção da empresa e a inclusão do administrador.

Hélio Silvio Ourém Campos e Dóris de Souza Castelo Branco fizeram um estudo acerca da responsabilidade tributária, no qual esclareceram as hipóteses de responsabilização entre empresas integrantes de um grupo econômico de fato. Nessa oportunidade, os autores caracterizaram a personalidade jurídica como um vetor da responsabilidade tributária; expuseram a regra da independência patrimonial e as exceções consignadas na Teoria de Desconsideração da Personalidade Jurídica, bem como nos artigos 50 do Código Civil de 2002, 30 da Lei 8.212 de 1991, 124 e 135 do Código Tributário Nacional de 1966; e defenderam que só deve haver incidência da responsabilidade tributária solidária nos casos em que a pessoa jurídica possui um poder decisório concreto sobre os atos de outra sociedade, e não nos casos em que a pessoa jurídica apenas pertence a um grupo de sociedades sem participar direta ou indiretamente do fato jurídico que gerou a obrigação tributária. Ademais, posicionaram-se no sentido de que o artigo 135 do Código Tributário Nacional corresponderia a uma hipótese legal de autorização da desconsideração da responsabilidade jurídica, de redirecionamento do débito e de solidariedade decorrente de expressa previsão legal atinente às pessoas físicas que tenham agido de forma ilegal ao gerir a sociedade, legitimando a medida comumente requerida pela Fazenda Pública e deferida pelo Poder Judiciário (CAMPOS e BRANCO; 2016, p. 249).

Ao analisar o inciso III do artigo 135 do CTN, o Supremo Tribunal Federal elucidou a existência de um dever formal implícito do sócio administrador de agir com zelo, de cumprir a lei e de não extrapolar os poderes contratuais de gestão. Nesse passo, o suporte fático que daria ensejo à incidência da norma jurídica de responsabilidade seria justamente o cometimento de ilícitos que resultassem em obrigações tributárias. Assim, asseverou que:

O pressuposto de fato ou hipótese de incidência da norma de responsabilidade, no art. 135, III, do CTN, é a prática de atos, por quem esteja na gestão ou representação da sociedade, com excesso de poder ou a infração à lei, contrato social ou estatutos e que tenham implicado, se não o surgimento, ao menos o inadimplemento de obrigações tributárias (BRASIL, 2011, p. 431).

Na interpretação do Supremo Tribunal Federal, a norma prevista no inciso III do artigo 135 do CTN descreve como suporte fático a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos que impliquem o surgimento ou ao menos o inadimplemento de obrigações tributárias. A partir de então, o efeito jurídico seria a responsabilidade solidária. Isso porque se estaria trabalhando com duas normas autônomas, uma que vincularia a pessoa jurídica (na qualidade de realizadora do fato jurídico tributário) e outra que atrairia a pessoa física (na qualidade de responsável):

A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (*dritter Personne, terzo ou tercero*) evidencia que não participa da relação contributiva,

mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. O “terceiro” só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a contrário sensu, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte (BRASIL, 2011, pp. 428-442).

Diante desse apanhado, pondera-se sobre a composição da norma jurídica de responsabilidade tributária do administrador. Não seria razoável responsabilizar o administrador pessoal, individual e exclusivamente pelo ilícito, concentrando todo o ônus da obrigação sobre ele e afastando a pessoa jurídica que efetivamente realizou o fato jurídico tributário e possivelmente auferiu vantagens com ele. A proposição jurídica pressupõe ainda a própria estrutura do Estado brasileiro sob a técnica administrativa do Federalismo Fiscal, com níveis de governo distintos, pautado na repartição de receitas, assim como na repartição dos encargos, cujo desígnio não é a aplicação de sanções; o núcleo é a arrecadação; e o objetivo primordial é a efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles prestacionais ou de defesa, pois todos demandam custos do Estado enquanto gestor da sociedade.

#### 4 FATO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ADMINISTRADOR: ATO ILÍCITO

Quando a norma jurídica de responsabilidade tributária do administrador incide, surge o fato jurídico e os efeitos a ele inerentes. Uma vez delimitados o antecedente e o consequente dessa norma jurídica, cumpre analisar as características desse fato jurídico a fim de que se obtenha uma melhor compreensão da posição que ele ocupa e das origens que o definem. Afinal, a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos corresponde nada a mais nada a menos do que um ato ilícito: espécie ilícita do gênero fato ilícito *lato sensu*.

Inicialmente, é oportuno tratar dos elementos da estrutura da norma jurídica. Para ser completa, a proposição jurídica precisa ter ao menos dois elementos: descrição do suporte fático e a prescrição dos efeitos jurídicos. Ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos, a ele são atribuídas certas consequências intersubjetivas (MELLO, 2017, p. 54).

No ponto, é essencial que se considere o suporte fático. Ele tem pelo menos dois elementos que o distinguem do fato bruto: 1) o conhecimento do fato; e, 2) a sua relação com o ser humano. Assim, trabalham-se com três conceitos completamente diferentes: fato bruto; suporte fático; e fato jurídico.

O suporte fático é composto por elementos nucleares, complementares e integrativos. Os nucleares são essenciais à incidência da norma jurídica; são pressupostos de existência do fato jurídico; abrangem o cerne, que determina a configuração final e concreção do suporte fático; e abrangem também os elementos completantes, que completam o núcleo do suporte fático. Já os complementares apenas complementam o suporte fático, não o completam; são pressupostos de validade ou de eficácia do fato jurídico; e dizem respeito somente a atos jurídicos lícitos *lato sensu*. Por fim, os integrativos apenas integram o suporte fático, sem fazer parte da sua composição; atuam no sentido de se adicionar certo efeito à eficácia normal do negócio jurídico; e agem apenas no plano da eficácia (MELLO, 2017, pp. 83, 95, 98 e 99).

De acordo com a Teoria do Fato Jurídico, os elementos cerne que compõem o núcleo do suporte fático desempenham um papel fundamental na discriminação das espécies do gênero fato jurídico *lato sensu*. De imediato, definem-se duas grandes categorias: fatos jurídicos

conformes ao direito e fatos jurídicos contrários ao direito. Na sequência, dividem-se as suas classes:

- (i) os elementos cerne (a) *conformidade* e (b) *não conformidade a direito + imputabilidade* caracterizam as categorias dos fatos jurídicos lícitos e ilícitos, respectivamente;
- (ii) os elementos cerne (a) *conduta com* vontade relevante, (b) *conduta sem* vontade ou com vontade *irrelevante* e (c) *sem conduta* alguma configuram os (a) atos jurídicos *lato sensu*, (b) os atos-fatos jurídicos e (c) os fatos jurídicos *stricto sensu*, respectivamente;
- (iii) os elementos cerne (a) manifestação consciente de vontade *com poder de autorregramento* (= poder de escolha da categoria jurídica e, dentro de limites prescritos pelo ordenamento, de estruturação do conteúdo da relação jurídica correspondente) e (b) manifestação consciente de vontade, *sem poder de autorregramento* (= não há poder de escolha da categoria jurídica nem de estruturação do conteúdo da relação jurídica, que são predispostos pelas normas jurídicas), estabelecem a diferença entre (a) os negócios jurídicos e (b) os atos jurídicos *stricto sensu* (MELLO, 2017, pp. 96-97).

A ilicitude corresponde a fato contrário ao direito. Na verdade, a melhor definição de ilicitude é a de fatos que são contrários aos fins da ordem jurídica. Independentemente de se tratar de um ilícito civil, penal, administrativo, todos têm o mesmo cerne da contrariedade aos fins do direito:

No caso do fato ilícito *lato sensu*, o cerne do seu suporte fático é constituído por dois dados: (a) um objetivo (porque relacionado ao fato), a contrariedade a direito, e (b) outro subjetivo (por dizer respeito à qualidade do sujeito), a imputabilidade (= capacidade de praticar ato ilícito ou delitual. Assim, para que se possa considerar *ilícito* um fato, seja evento, seja conduta, é necessário que implique violação da ordem jurídica, negando os fins do direito, e seja praticado ou esteja vinculado a alguém imputável. Sem que concorram esses dois elementos, não há ilicitude (MELLO, 2017, pp. 289 e 290).

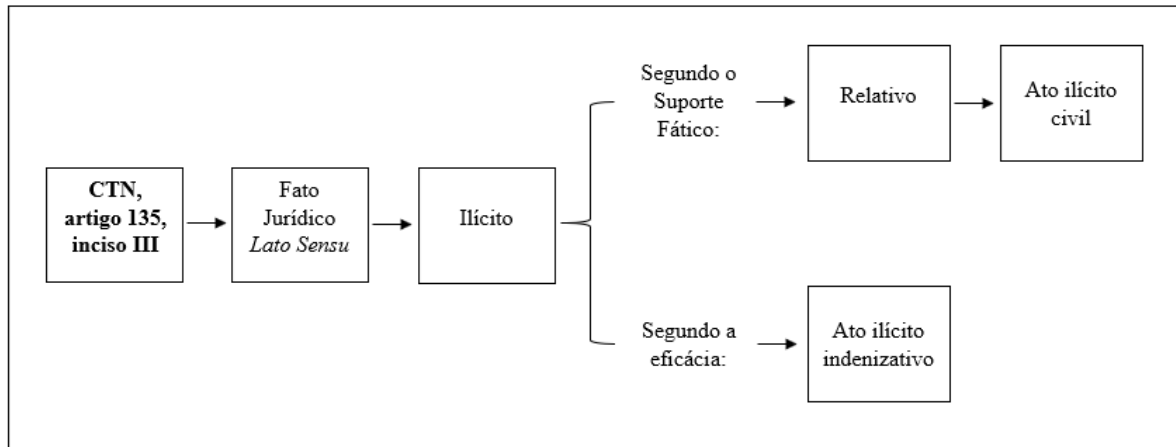
Importa aferir a natureza do direito violado ou do dever descumprido. Tem-se o que se chama de ilícito absoluto quando viola um direito absoluto: direito cujo sujeito passivo é indeterminado, a exemplo dos direitos reais e direitos da personalidade. E tem-se o que se chama de ilícito relativo quando viola um direito relativo: direito cujo sujeito passivo é determinado, a exemplo dos direitos obrigacionais (MELLO, 2017, p. 90).

Marcos Bernardes de Melo propõe uma classificação bastante precisa. O fato ilícito *lato sensu* é gênero; o ilícito absoluto e o ilícito relativo são espécies; o fato ilícito *stricto sensu*, o ato-fato ilícito e o ato ilícito *lato sensu* são classes dos ilícitos absoluto ou relativo; e os seus efeitos ainda podem ser indenizativos, caducificantes ou invalidantes. O fato ilícito *lato sensu* é aquele em que há contrariedade ao direito e imputabilidade; no ilícito absoluto, o sujeito passivo é indeterminado; no ilícito relativo, o sujeito passivo é determinado; no fato ilícito *stricto sensu*, inexistente vontade determinante da conduta; no ato-fato ilícito, é irrelevante a vontade determinante da conduta; no ato ilícito *lato sensu*, há relevância da vontade determinante da conduta; o ato ilícito indenizativo tem o efeito de reparar o dano causado; o ato ilícito caducificante tem o efeito de gerar a perda do exercício de um direito; e o ato ilícito invalidante tem o efeito de gerar a nulidade ou anulabilidade do ato praticado (MELLO, 2017, pp. 303-304, 309 e 316-318).

O inciso III do artigo 135 do Código Tributário Nacional prevê um fato ilícito *lato sensu*, mais precisamente um ilícito relativo, da espécie ato ilícito *lato sensu* e de eficácia indenizativa. Isso porque (i) prevê um fato contrário ao direito e que presume imputabilidade; (ii) não implica transgressão direta de uma norma legal ou violação a um dever genérico de conduta, mas sim o descumprimento de um dever obrigacional previsto em lei, contrato social ou estatutos; (iii) trata de uma ação ou omissão em que há relevância da vontade

determinante da conduta; e (iv) seus efeitos consistem na reparação dos danos causados. Em síntese, pode-se dizer que se trata de um fato jurídico *lato sensu*, ilícito, relativo, da categoria ato ilícito civil e indenizativo.

Com base nessas premissas, o inciso III do artigo 135 do Código Tributário Nacional pode ser situado da seguinte maneira:



Fonte: elaborado pelos próprios autores.

Aqui, é imperioso destacar que o ato ilícito relativo não se restringe aos chamados ilícitos contratuais. O ato ilícito cometido pelo administrador na gestão de um negócio iniciada regularmente ilustra muito bem essa situação. Nesse sentido, tem-se que:

Diferentemente do ato ilícito *stricto sensu*, ou absoluto, o ato ilícito relativo se configura pela violação de deveres resultantes de relações jurídicas de direito relativo, nascidas, portanto, de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*. A essa espécie, costuma-se denominar *ato ilícito contratual*, ou simplesmente *ilícito contratual*, incorretamente, porém, se considerarmos que não somente a relações contratuais eles se referem. O tutor que pratica ilícito no exercício da tutela comete um ato ilícito relativo; na gestão de negócio iniciada regularmente (Código Civil, art. 861), se o gestor comete ilícito no desempenho de sua atividade, há um ato ilícito relativo que não é contratual (a gestão de negócio é ato jurídico *stricto sensu*) (MELLO, 2017, p. 315).

A norma jurídica tributária que vincula o responsável decorre da prática de um ato ilícito civil e que paralelamente implica o surgimento de obrigações tributárias. A responsabilidade do administrador da pessoa jurídica é atraída pelo agir com excesso de poderes, violação à lei, contrato social ou estatutos – decorre diretamente da prática de um fato jurídico *lato sensu*, ilícito, relativo, da categoria ato ilícito civil e indenizativo. Já a obrigação tributária se justifica pela composição do suporte fático suficiente objeto de tributação – o que se dá independentemente da licitude ou ilicitude da atividade desenvolvida pelo sujeito passivo.

Naturalmente, a incidência diverge da aplicação do direito: a incidência ocorre primeiro, a aplicação ocorre depois; enquanto a incidência se passa no mundo da psique, a aplicação se passa no mundo sensível; a incidência ocorre de forma automática, já aplicação pode ser cumprida ou descumprida. O ideal na realização do direito é o de que a incidência e a aplicação sempre coincidam, senão a norma terá eficácia e não terá efetividade. Ocorre que a falibilidade humana faz com que nem sempre a incidência seja atendida pela aplicação

da norma jurídica: a incidência se passa na dimensão dogmática; a aplicabilidade se passa na dimensão sociológica do direito.

Com base nessas teses, cabe ao aplicador do direito constatar se houve ou não a incidência da norma jurídica. Pela subsunção, a autoridade administrativa ou o juiz identificará os fatos para referi-los à norma jurídica e aplicar o direito. Esse é o papel fundamental do intérprete, não o de criar a norma jurídica, ou o suporte fático, ou o fato jurídico, muito menos o de fazer incidir, mas apenas o de aferir, por isso a importância de se discutir a Teoria do Fato Jurídico na delimitação do suporte fático e dos efeitos jurídicos que são inerentes a uma adequada aplicação do direito.

## 5 CONCLUSÃO

A Teoria do Fato Jurídico é uma Teoria Geral do Direito. Caracterizada pela sua precisão, ela promoveu uma verdadeira revolução na interpretação e análise do direito. Uma vez compreendida a sua sistemática, é possível aplicá-la para solucionar os problemas que vão surgindo no cotidiano.

Ao longo da história, o direito vem sendo abordado em uma linguagem mais simples. A simplicidade da linguagem não elimina a complexidade do direito, mas o aproxima do seu ideal de realização. A lógica-jurídica aumenta as chances de a incidência e a aplicação da norma jurídica coincidirem.

A norma jurídica tem uma estrutura propositiva hipotética: antecedente/hipótese/descrição do suporte fático e consequente/tese/preceito. Esse suporte fático, ou também suporte de fato, ou ainda suporte legal onde vai haver a incidência é a descrição do fato jurídico. Por sua vez, a dinâmica é uma só: deu-se o suporte fático, dá-se a incidência, obrigatoriamente; deu-se a incidência, dá-se o fato jurídico, obrigatoriamente; e deu-se o fato jurídico, pode ou não se dar a eficácia jurídica, ainda que mínima, pela vinculação à situação jurídica básica.

No caso da responsabilidade tributária prevista no inciso III do artigo 135 do Código Tributário Nacional, indicam-se como possíveis sujeitos passivos da relação jurídica tributária obrigacional os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Essa previsão está alocada na Seção III do CTN como Responsabilidade de Terceiros. A condição de “Terceiro” se caracteriza justamente por exigir o cumprimento da obrigação tributária não daqueles que têm uma relação pessoal e direta com o que o CTN chama de fato gerador, mas sim daqueles a quem a lei atribui a qualificação de responsável tributário.

Justamente por tratar de responsabilidade de terceiro, da figura do responsável tributário e exigir o cumprimento da obrigação tributária daqueles que não têm uma relação pessoal e direta com o chamado fato gerador, é que se faz necessário delimitar o suporte fático e os efeitos jurídicos. Isso porque o cumprimento da obrigação tributária está sendo imputado a alguém que ordinariamente não teria qualquer dever de fazê-lo, por não incorrer em relação pessoal e direta com o dito fato gerador, mas sim por meio de uma imposição legal. Logo, é preciso especificar as hipóteses de ocorrência do suporte fático e a espécie de responsabilidade a ser imputada para evitar a perpetuação de arbitrariedades, surpresas ou injustiças, mediante redirecionamentos de execução equivocados ou cobranças excessivas ao administrador.

A norma jurídica de responsabilização tributária do administrador descreve como suporte fático a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos que impliquem o surgimento de obrigações tributárias; e tem como efeito jurídico a responsabilidade solidária pelo crédito tributário. As normas jurídicas pressupõem umas às

outras e a integração das normas tem como pressuposto o sistema jurídico como um todo, não apenas a sua topologia nos textos legais. Mais do que pelos métodos clássicos de interpretação constitucional, ou pela existência de duas normas autônomas na responsabilidade tributária, ou ainda pela conexão com outras normas jurídicas, a solidariedade se justifica porque pressupõe e integra o propósito arrecadatório do Sistema Tributário Nacional na estrutura do Estado Brasileiro.

Se o objetivo do instituto da responsabilidade é o de garantir o crédito tributário, a pessoa física é trazida para a relação tributária sem afastar a pessoa jurídica do polo passivo. Nesse sentido, a defesa da sua responsabilidade pessoal mediante a exclusão da pessoa jurídica que representa não se sustenta. Caso contrário, estar-se-ia a tratar de uma obrigação própria do administrador e não haveria o que se garantir de outrem.

Nessa toada, podem ser elencadas algumas conclusões bastante elucidativas: 1) o inciso III do artigo 135 do CTN corresponde a um fato jurídico *lato sensu*, ilícito, relativo, da categoria ato ilícito civil e indenizativo; 2) esse fato jurídico tem como efeito a relação jurídica entre o Estado, a empresa e o administrador; e 3) a responsabilidade tributária do administrador é do tipo solidária, pois a norma jurídica estabelece um comando para garantir o crédito tributário sob um viés não apenas sancionador, mas essencialmente arrecadatório.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível nº 2016.61.13.003733-0/SP**, Processo Originário nº 0003733-84.2016.4.03.6113/SP, Relator: Desembargador Federal Wilson Zauhy, Primeira Turma. Julgado em:26/03/2019, Publicado no D.E. em 05/04/2019.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da Quinta Região. **Apelação Cível nº 576713**, Processo Originário nº 0000287-35.2013.4.05.8502, Relator: Desembargador Federal Vladimir Carvalho, Segunda Turma. Publicado no DJE em 28/06/2018, página 46.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Agravo de Instrumento nº 5012272-69.2012.4.04.0000**, Processo Originário nº 5038716-28.2011.4.04.7000, Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, Segunda Turma. Julgado em 26/07/2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1455490/PR**, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 26/08/2014 e publicado no DJe em 25/09/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 430**. Primeira Seção, Julgado em 24/03/2010, DJe 13/05/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 435**. Primeira Seção, Julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 562.276**, Repercussão Geral, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno. Julgado em 03/11/2010, divulgado no DJe-027 em 09/02/2011 e publicado em 10/02/2011, RDDT n. 187, 2011, pp. 186-193 e RT v. 100, n. 907, 2011, p. 431.

CAMPOS, Hélio Silvio Ourém; BRANCO, Dóris de Souza Castelo. Responsabilidade Tributária e Grupo Econômico de Fato. *In. Direito e Desenvolvimento*, v. 7, n. 2, pp. 248-266, João Pessoa: UNIPE, 2016.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: O Construtivismo Lógico-Semântico**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Noeses, 2005.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia – 1ª Parte**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo 3. Campinas: Bookseller, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2005.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.



ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE  
ECONÔMICA E O PODER MUNICIPAL: IMPACTOS DA LEI  
13.874/19 NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

GIOVANI DA SILVA CORRALO

VOLUME 11 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2020

# A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA E O PODER MUNICIPAL: IMPACTOS DA LEI 13.874/19 NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

## THE DECLARATION OF ECONOMIC FREEDOM RIGHTS AND MUNICIPAL POWER: IMPACTS OF LAW 13.874/19 ON BRAZILIAN MUNICIPALITIES

Recebido: 21/07/2020  
Aprovado: 01/12/2020

Giovani da Silva Corralo<sup>1</sup>

### RESUMO:

A pesquisa objetiva o estudo da eficácia jurídica do impacto da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica – Lei 13.874/19 – nos municípios brasileiros. Trata-se de marco legal que entrou em vigor em setembro de 2019 a fim de desburocratizar e liberalizar as atividades econômicas. Para tanto, é compreendida as competências e a autonomia municipal para normatizar e induzir a atividade econômica local e, na sequência, os impactos da Lei 13.874/19 nos municípios brasileiros, mais especificamente as normas que vinculam a atuação municipal. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo e a hipótese resta confirmada com a demonstração do elevado impacto e eficácia jurídica de normas da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica em nível local.

**Palavras-chave:** Autonomia municipal. Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Poder municipal.

### ABSTRACT:

The research aims to study the legal effectiveness of the impact of the Declaration on the Rights of Economic Freedom - Law 13.874 / 19 - in Brazilian municipalities. This is a legal framework that came into force in september 2019 in order to reduce bureaucracy and liberalize economic activities. To this end, municipal competences and autonomy to regulate and induce local economic activity are understood and, as a result, the impacts of Law 13,874 / 19 on Brazilian municipalities, more specifically the rules that link municipal action. The hypothetical-deductive method is used and the hypothesis remains confirmed with the demonstration of the high impact and legal effectiveness of rules of the Declaration of Rights of Economic Freedom at the local level.

**Keywords:** Declaration of Rights of Economic Freedom. Municipal autonomy. Municipal power.

---

<sup>1</sup> Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (1995), especialização em advocacia municipal pela UFRGS (2001), mestrado (2004) e doutorado (2006) em Direito pela Universidade Federal do Paraná. É advogado, professor em tempo integral da graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo; professor convidado da Escola de Gestão Pública da Federação das Associações de Municípios do Estado do Rio Grande do Sul e dos programas de mestrado da Universidade Agostinho Neto e Universidade 11 de Novembro - Angola. email: gcorralo@upf.br

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por foco o estudo da eficácia jurídica do impacto da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica nos municípios brasileiros, que entrou em vigor no dia 20 de setembro de 2019. Trata-se de novo marco legal que busca uma maior deregulamentação estatal e consequente liberalização das atividades econômicas.

A Lei 13.874/19 - Declaração de Direitos de Liberdade Econômica – possui normas de vigência nacional, a vincular as pessoas políticas em todos os níveis, e normas federais, incidentes para a Administração Federal. Em razão do importantíssimo papel que as municipalidades desempenham no impulso ao desenvolvimento local, é crucial o entendimento das normas que possuem eficácia em nível local e que vinculam o poder municipal, foco dessa pesquisa.

Para tanto, no primeiro capítulo será compreendido o poder municipal na Federação brasileira, as competências constitucionais e o papel dos municípios no desenvolvimento local. O segundo capítulo, por sua vez, analisa minuciosamente os princípios e regras da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica que possuem eficácia jurídica às municipalidades. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, a perscrutar a hipótese de um considerável impacto nas atividades econômicas de competência local.

A Federação brasileira, pautada por um federalismo cooperativo, faticamente assimétrica, empodera as pessoas políticas, no âmbito das suas competências, a disciplinarem as atividades econômicas, o que remete – com exceção do Distrito Federal – a três instâncias regulatórias e de intervenção concomitantes. Como aos municípios competem o que diz respeito ao interesse local, é de grande relevo a compreensão dos impactos da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica na atividade econômica municipal. É o que se busca.

## 2 O PODER MUNICIPAL E O DESENVOLVIMENTO LOCAL: COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

Desde a Constituição de 1988 – na esteira das Constituições de 1934 e 1946 – o município brasileiro afirma a sua posição de importante ente impulsionador do desenvolvimento local, posição que nas demais constituições não deixava de existir, não obstante com um menor ímpeto (CORRALO, 2014, p. 59-97).

Nesse diapasão importa reafirmar a conformação da Federação pátria, a única do mundo a consignar os municípios como entes integrantes do pacto federativo, juntamente com os Estados, o que não ocasiona maiores polêmicas na atualidade.<sup>2</sup> O poder municipal se constitui em instância imprescindível para a compreensão do Estado brasileiro. Supera-se a utilização da categoria poder local<sup>3</sup> para abarcar o fenômeno municipal em sua amplitude máxima no constitucionalismo brasileiro, razão pela qual a categoria poder municipal é a mais adequada. Entrelaçam-se as dimensões jurídica, política, administrativa, econômica, geográfica e sociológica sob o amálgama da ordem constitucional.

É através do estudo da repartição de competências que é possível delinear os contornos do poder municipal, que na Constituição de 1988 seguiu a lógica da predominância

<sup>2</sup> Poucos são os publicistas que questionam este *status* das municipalidades, como é o caso de José Afonso da Silva (2014), José Nilo de Castro (2001), Roque Antonio Carazza (1999) e Raul Machado Horta (1993). A favor da posição do município brasileiro como integrante do pacto federativo destacam-se Alexandre de Moraes (2018), Hely Lopes Meirelles (2017), Nelson Nery Costa (2005), Augusto Zimmermann (1999), Dircêo Torrecillas Ramos (2000), Enrique Lewandowski (1994), Alexandre Mariotti (1999), Janice Helena Ferreri (1995), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997), Giovanni da Silva Corralo (2014).

<sup>3</sup> Para Janaína Rigo Santin (2010, p. 419-434): "(...) o Poder Local, analisado a partir de noções democráticas, apresenta-se como uma alternativa pela qual os próprios indivíduos, mediante a participação política ativa dentro do seu município ou comunidade, participam da definição da aplicação dos recursos públicos."

de interesse, ou seja, as matérias de abrangência nacional competem à União; regional aos Estados; e local aos municípios. Ao Distrito Federal compete uma mescla das competências dos Estados e Municípios (MORAES, 2018; SILVA, 2014, p. 481-486; CORRALO, 2014, p. 175-187).

Nesse sentido, a superação do federalismo dual para um federalismo cooperativo, associada ao *status* do município como ente integrante do pacto federativo e com a experiência de avanços e retrocessos em mais de 100 anos de federação, fez com que um sistema complexo de repartição de competência fosse definido, sob a luz da predominância de interesse. Por mais que em quase todo o texto constitucional ocorra a adjudicação de competências, é possível afirmar que a coluna vertebral se encontra delineada nos art. 21 a 30 da Constituição: à União restam as competências expressas dos art. 21 a 22; também expressas são as competências municipais dos art. 29 e 30; aos Estados a competência residual do art. 25; à União, Estados e Distrito Federal a competência concorrente do art. 24; e para todos os entes as competências comuns do art. 23.

Importa, para a presente pesquisa, o estudo das competências municipais, que têm como amálgama o interesse local,<sup>4</sup> expressão que denota o cerne da autonomia municipal, a consignar um conceito legal indeterminado, logo, variável diante das circunstâncias concretas (SUNDFELD, 1993, p. 272-273). É o que fundamenta a autonomia legislativa para complementar a legislação federal e estadual, até mesmo no caso de leis municipais sobre as matérias da competência concorrente.<sup>5</sup>

É nesse diapasão que se sobressai o poder de propulsão dos municípios que, a observar o interesse local, estimula e incentiva as mais diversas atividades econômicas e sociais.<sup>6</sup> É o poder municipal a alavancar o desenvolvimento econômico, previsto desde os tempos do Brasil Império na famosa lei de 1º de outubro de 1828 (CORRALO, 2014b, p. 70-78), contudo, com muito mais ênfase no constitucionalismo brasileiro atual.

Para um melhor entendimento da atuação econômica do município também é preciso compreender a articulação da ordem econômica na Constituição Federal, disposta nos art. 170 e seguintes, a consignar a valorização do trabalho e a livre iniciativa, a persecução da justiça social e a existência digna das pessoas. Encontra-se cimentada nos princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, defesa do consumidor, livre concorrência, meio ambiente, pleno emprego, redução das desigualdades e tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras.<sup>7</sup>

Nesse contexto, o município pode intervir diretamente e indiretamente nas atividades econômicas. A intervenção direta requer a criação de uma pessoa jurídica de direito privado a integrar a administração indireta (empresa pública ou sociedade de economia mista) nos casos em que exista relevante interesse coletivo previsto em lei municipal,<sup>8</sup> a abranger tanto a atividade econômica em sentido mais amplo – usualmente em regime de concorrência para

4 Art. 30, I da Constituição Federal.

5 É o que a doutrina afirma, a salientar a obra de Fernanda Dias Menezes de Almeida (2013, p. 140-141). O Supremo Tribunal Federal assim tem se manifestado, por exemplo, em questões afetas aos direitos do consumidor, como a constitucionalidade de leis municipais a determinar o tempo máximo de espera em fila (ARE 809489 AgR/SP, rel. Min. Rosa Weber, j. 28.05.2019); também no caso da proteção ao meio ambiente a constitucionalidade de lei municipal a fixar multas decorrente da emissão de fumaça por veículos automotores no perímetro urbano (RE 194704/MG, rel. Min. Carlos Velloso, red. Min. Edson Fachin, j. em 29.06.2019).

6 “*Poder de propulsão* é a faculdade de que dispõe o Município para impulsionar o desenvolvimento local, através de medidas governamentais de sua alçada. É, pois, toda ação incentivadora de atividades particulares lícitas e convenientes à coletividade. Fomentar o desenvolvimento econômico, cultural e social dos municípios é missão tão relevante quanto a contenção de atividades nocivas à coletividade.” (MEIRELLES, 2017, p. 541-544).

7 Art. 170 da Constituição Federal.

8 Constituição Federal: “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. “; Lei 13.303/16, Art. 2º, “§ 1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal .”

suplementar a iniciativa privada ou para o abastecimento do mercado local, dentre outras-, quanto a prestação de serviços públicos locais – água, esgoto, transporte coletivo, dentre outros<sup>9</sup> (CLARCK, 2001, p. 143-147).

A intervenção indireta denota a regulação das atividades econômicas e sociais e (...) consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2005, p. 664). Consubstancia-se em ato, no caso municipal, que condiciona ou restringe a iniciativa privada, podendo até suprimi-la (GASPARINI, 2005, p. 683), logo, intervém no mercado, com fundamento na lei, através de atos de autoridade (SUNDFELD, 2006, p. 223). O fundamento constitucional repousa no art. 174 da Constituição,<sup>10</sup> especialmente mediante o planejamento, fiscalização e o incentivo:

A atividade de fiscalização está muito atrelada ao exercício da polícia administrativa, uma vez que tem por base o licenciamento das mais diversas atividades econômicas (licença de localização e funcionamento, licença sanitária, licença ambiental, dentre outras). Após a expedição da licença é crucial a respectiva fiscalização da atividade, a fim de evitar desvios inaceitáveis pelo ordenamento jurídico, o que pode remeter às sanções legais. O incentivo está englobado na atividade de fomento da administração municipal, que pode estimular certos setores da economia em prol do desenvolvimento e da geração de emprego, seja com a doação de áreas com a respectiva infraestrutura, seja com estímulos fiscais. Por fim, há o planejamento, essencial e imprescindível à dimensão pública local, vinculando-a, nos termos do art. 174 da Constituição Federal, a abranger a dimensão orçamentária e a sua respectiva legislação (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual), bem como a ordenação do território urbano e rural, usualmente feita pelos planos diretores ou legislações urbanísticas que o substituam no caso dos municípios com menos de 20.000 habitantes. (CORRALO, 2014b, p. 80).

Em nível local é possível que o próprio município desempenhe as atividades regulatórias, como também é possível que parcela destas sejam de competência de agência regulatória municipal. Não obstante esta possibilidade, não se trata de fenômeno que tenha vingado nas municipalidades, porém, se trata de uma viabilidade jurídica e de gestão.

Assim, os municípios brasileiros desfrutam de competência para intervir diretamente e indiretamente na atividade econômica local. No primeiro caso, repete-se, mediante a criação de ente empresarial integrante da administração indireta – empresa pública ou sociedade de economia mista –, seja para a exploração de atividade econômica propriamente dita, seja para a prestação de serviços públicos. No segundo caso ocorre pela regulação, diretamente pelo município e/ou pela criação de agência reguladora local, com foco na fiscalização, incentivo e planejamento governamental das mais diversas atividades econômicas locais, a remeter, também, ao exercício da polícia administrativa.<sup>11</sup>

Por conseguinte, múltiplas são as políticas locais que podem ser desempenhadas pela intervenção municipal na ordem econômica, a depender da confluência da vontade política dos integrantes do governo local. Na intervenção indireta, mais relevante para o foco desta pesquisa, há municípios centrados basicamente no exercício da polícia administrativa mediante os múltiplos licenciamentos das atividades econômicas; também têm os que criaram agências

9 Constituição Federal: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

10 Constituição Federal: “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.”

11 Polícia administrativa é “a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (non facere) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.” (MELLO 2005, p. 787).

reguladoras municipais;<sup>12</sup> no mesmo sentido as mais diversificadas políticas de incentivo ao desenvolvimento industrial e à instalação de centros logísticos – isenções fiscais e doação de infraestrutura; como também as normas urbanística que induzem ao desenvolvimento econômico. As possibilidades teóricas são muito variadas.

Nesse contexto se faz necessário pensar a administração municipal diante da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica – Lei 13.874/19, a salientar que em meados da déc. de 90 o Brasil sofreu a sua última reforma administrativa, a reforma gerencial, que buscou uma administração menos burocrática e mais gerencial, menos interventora e mais reguladora (PLANO DIRETOR DE REFORMA DO APARELHO DO ESTADO, 1995). Mesmo em perspectivas ideológicas distintas,<sup>13</sup> a reforma gerencial, que não conseguiu se enraizar na administração pública brasileira e, menos ainda, nos Estados e municípios, vai ao encontro dos princípios da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, mormente quando se tem por foco desburocratizar o Estado e avançar na liberação das atividades econômicas. Contudo, a lei em comento avança com diversas normas que impactam o empreendedorismo, em todos os níveis da federação. Entretanto, é com os seus efeitos em nível municipal o foco desta pesquisa.

### 3 IMPACTOS DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA – LEI 13.874/19 – NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

A chamada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica foi instituída pela Lei 13.874/19 enquanto um marco regulatório de cunho liberal, uma marca do atual Ministro da Economia, Paulo Guedes. Sua vigência iniciou em 13 de setembro de 2019, entretanto, observa-se que o Decreto regulamentar 10.178/19 entra em vigor no dia 1º de setembro de 2020, a mitigar os efeitos imediatos da respectiva lei.

Tratam-se de normas que buscam proteger a livre iniciativa e o livre exercício das atividades econômicas a fim de limitar o papel regulador e normativo do Estado. Com abrangência distinta, atinge todos os entes partícipes do pacto federativo: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A referida lei condensa seus dispositivos normativos em cinco capítulos: I – disposições gerais; II – da declaração de direitos de liberdade econômica; III – das garantias de livre iniciativa; IV – da análise de impacto regulatório; e V – das alterações legislativas e disposições finais. Importa, naturalmente, discorrer sobre as alterações que impactam as atividades administrativas municipais.<sup>14</sup>

De caráter hermenêutico às normas de direito público o §2º do Art. 1º traz que “interpretam-se em favor da liberdade, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”, a se configurar enquanto norma geral de direito econômico.<sup>15</sup> Talvez o mais adequado fosse a inclusão desses dispositivos na LIND – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,

12 Exemplificativamente: Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de São Gabriel – RS; Agência Reguladora e Fiscalizadora DAEA – Araçatuba/SP; Agência Municipal de Regulação de Serviços Públicos de Teresina – PI; Agência Municipal de Regulação de Serviços Delegados de Maceió, dentre outras.

13 A Reforma Gerencial foi protagonizada pelo Ministro do MARE - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Bresser Pereira, num governo socialdemocrata, enquanto que a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica tem o protagonismo do Ministro da Economia, Paulo Guedes, ultraliberal.

14 Os dispositivos que não alteram a vida municipal não serão objeto de reflexões.

15 Lei 13.874/19, Art. 1º: “(...) § 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas. (...) § 4º O disposto nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º desta Lei constitui norma geral de direito econômico, conforme o disposto no inciso I do caput e nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 24 da Constituição Federal, e será observado para todos os atos públicos de liberação da atividade econômica executados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, nos termos do § 2º deste artigo.”

alterada, aliás, recentemente pela Lei 13.655/18 e que incluiu 11 artigos a fim de trazer regras gerais de interpretação e aplicação de normas de direito público. Entretanto, é o que temos, e tais disposições se incorporam à hermenêutica do direito público brasileiro.

Essas disposições impactam diretamente as normas municipais – leis, decretos e outros – nas suas relações com os particulares nas mais diversas atividades administrativas, mais especificamente no exercício da polícia administrativa, regulação e fomento.<sup>16</sup> A explicar. A polícia administrativa também é exercida numa dimensão preventiva (MELLO, 2005, p. 787), no ciclo de polícia compreendida como consentimento (MOREIRA NETO, 2009, p. 444), que traduz a expedição dos chamados atos negociais (MEIRELLES, 2016, p. 211-213) – autorizações e licenças – para o exercício das mais diversas atividades econômicas pelos particulares. *Prima facie* é possível afirmar a necessidade de manifestação prévia do poder público municipal para que uma atividade seja desenvolvida por particular – será visto como isto sofreu alterações quando de baixo risco –, o que se dá com a expedição de um alvará – autorização ou licença.<sup>17</sup> O fomento se dá nas diversas relações do poder municipal, mais especificamente com ações de estímulo ao desenvolvimento, como é o caso dos protocolos de intenções para a concessão de incentivos fiscais ou estruturais para implementação ou ampliação de empreendimentos econômicos (CORRALO, 2015, p. 85). A regulação decorre de toda atuação municipal, com ou sem agência reguladoras, que imponha regras aos atores econômicos. Em todas essas situações as referidas normas gerais de direito econômico do §2º do art. 1º se impõe às 5.570 municipalidades brasileiras nas suas relações com os particulares, a incidir também na responsabilidade estatal.

Ainda nas disposições gerais, apresentam-se os princípios norteadores da lei em comento no seu artigo segundo: liberdade econômica, boa-fé do particular, intervenção subsidiária do Estado e reconhecimento da vulnerabilidade do particular. Importa destacar a subsidiariedade, princípio informador do direito público brasileiro (BARACHO, 2000, p. 86; CORRALO, 2014, p. 191; HERMANY, CAMARGO, 2019, p. 286-289),<sup>18</sup> que, consoante o caput do art. 173 da Constituição Federal e o Estatuto das Empresas Estatais – Lei 13.303/16,<sup>19</sup> considera a intervenção direta do Estado na atividade econômica como excepcionalidade: ou nos casos previstos na ordem constitucional ou para atender os imperativos da segurança nacional ou quando existente relevante interesse coletivo previsto em lei. Tais dispositivos, em conjunto, limitam ainda mais a possibilidade de criação de empresas públicas e sociedades de economia mista em todos os níveis da federação. Em nível municipal somente possibilita a intervenção direta a existir relevante interesse coletivo demonstrado em lei local.

Os princípios da liberdade, boa-fé e vulnerabilidade do particular – esta última não reconhecida diante de má-fé, hipersuficiência e reincidência – também impactam a atuação administrativa, pois, se não observadas e diante de ato comissivo ou omissão de agente que

16 Segundo Maria Zylvia Zanella Dei Pietro (....) são atividades administrativas, a denotar a administração pública em sentido objetivo: serviços públicos, polícia administrativa, fomento, intervenção indireta (regulação) e intervenção direta nas atividades econômicas.

17 Os atos públicos de liberação de atividade econômicas encontram-se aqui compreendidos, nos termos do §6º do art. 1º da Lei 13.874/19: “§6º Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.”

18 Sabe-se de críticas ao caráter principal da subsidiariedade no direito público brasileiro, como é o caso de Êmerson Gabardo (2009), mas esta pesquisa filia-se ao entendimento da sua conformação enquanto princípio.

19 Constituição Federal: “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.”; Lei 13.303/16, Art. 2º, “§1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal.”

vier a ocasionar danos, pode conduzir à responsabilização estatal, guiada pela teoria objetiva do risco administrativo esposada no §6º do art. 37 da Constituição Federal.<sup>20</sup>

Essas normas gerais não somente vinculam a hermenêutica das normas de direito público locais, como também incidem no processo legislativo municipal, uma vez que toda a restrição às liberdades econômicas defendidas pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica poderão ser submetidas ao crivo da proporcionalidade, sob pena de inconstitucionalidade.

O capítulo II – da declaração de direitos de liberdade econômica – também impacta o poder municipal. De início, garante o direito a todo o particular de desempenhar atividade econômica de baixo risco sem a necessidade de expedição de alvará.<sup>21</sup> Em razão da posição aferida pelos municípios no pacto federativo e por se tratar do exercício da polícia administrativa local, há duas alternativas: a) a edição de lei municipal para definir as atividades econômicas de baixo risco, para o qual deve notificar o Ministério da Economia;<sup>22</sup> b) silêncio da legislação local, que remeterá à observância do Decreto 10.178/19 e da Resolução 51/19 do CGSIM – Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios.<sup>23</sup>

Tais dispositivos consideram a posição dos municípios enquanto entes que integram o pacto federativo e que possuem autonomia para a regulação e o exercício da polícia administrativa nas atividades econômicas. Se assim não fosse, padeceria de inconstitucionalidade, por interferir em matérias do interesse local. Tal liberdade possibilita aos entes locais disciplinarem os critérios para a classificação dessas atividades e a determinação da que sejam atividades de baixo risco, que podem ser em número menor ou maior daqueles previsto na Resolução 51/19, o que deve ser feito através de lei municipal.<sup>24</sup> Não é razoável simplesmente replicar o disposto na Resolução 51/19 e Decreto 10.179/19, especialmente as 287 atividades de risco baixo, sob pena de se incorrer no chamado desvio do poder de legislar – fenômeno também estudado por Gilmar Ferreira Mendes (1993, p. 255-271) –, pois o silêncio do município já remete a este efeito. Deve-se manter a dispensa da necessidade de alvará para essas atividades, o que não possibilita a imposição de quaisquer empecilhos legais, nem de forma maquiada para fins tributários.<sup>25</sup>

De toda a sorte, mesmo sem poder impor empecilhos prévios, o empreendimento classificado de baixo risco deve observar as obrigações e limitações legais, o que possibilita e obriga a fiscalização do poder público municipal, posteriormente.<sup>26</sup>

Grande polêmica é direito de “desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobrança ou encargos adicionais”, observadas as normas ambientais, contratuais e trabalhistas.<sup>27</sup> Isso porque o STF, na Súmula Vinculante 38,<sup>28</sup> consigna a competência do município para fixar o horário de funcionamento do comércio. A Lei 11.603/07, ao autorizar o funcionamento do comércio

20 Constituição Federal. Art. 37: “§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

21 Art. 3º, I da Lei 13.874/19.

22 Art. 3º, §1º, III da Lei 13.874/19.

23 O Decreto 10.178/19 traz critérios para a Administração Federal proceder à classificação do nível de risco da atividade econômica. A Resolução 51/19 (<http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-51-de-11-de-junho-de-2019-163114755>) elenca 287 atividades consideradas de baixo risco ou baixo risco A. Também dispõe que as atividades de baixo risco B possibilitam a emissão imediata de alvará provisório e a vistoria posterior – requer assinatura de termo de compromisso – e as de alto risco vistoria prévia ao funcionamento. Os critérios para a consideração de atividade de baixo risco é a prevenção contra incêndio e pânico e a segurança sanitária, ambiental (inclui o ambiente do trabalho) e econômica.

24 Pode ocorrer o acréscimo de atividades, como o caso de escritórios de advocacia, não incluídos na Resolução 51/19.

25 Art. 4º, IX da Lei 13.874/19.

26 Art. 3º, §2º.

27 Art. 3º, II da Lei 13.874/19.

28 Fundamentação da súmula vinculante 38 disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV\\_38\\_PSV\\_89.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_38_PSV_89.pdf)



aos domingos, desde que um dos repousos remunerados a cada três semanas coincida com o domingo, requer a observância da legislação municipal e, aos feriados, além do cumprimento da legislação municipal, se requer a autorização em convenção coletiva do trabalho.

A Lei 13.874/19 revoga tacitamente a necessidade de autorização em convenção coletiva do trabalho para que atividades econômicas possam ser desenvolvidas em feriados, previstas na Lei 11.603/07. Entretanto, não tem força para superar o Art. 30, I da Constituição e o consolidado entendimento da Corte Constitucional, devidamente sumulado – mesmo que anterior, a tratar o horário de comércio como assunto do interesse local, logo, de competência municipal.<sup>29</sup> Por óbvio, se o município não disciplinar a matéria, vale a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

O direito a um tratamento isonômico nos atos de liberação de atividade econômica,<sup>30</sup> especialmente da *ratio* esposada em casos similares, reafirma as alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro promovidas pela lei 13.655/18 em prol da segurança jurídica, especialmente o art. 30.<sup>31</sup> A presunção de boa-fé para preservar a autonomia privada<sup>32</sup> reforça os princípios do art. 2º e a hermenêutica prevista no art. 1º, já explicados.

Novidade para a administração federal é a aprovação tácita dos atos públicos de liberação da atividade econômica quando transcorrido o prazo de análise, desde que todos os documentos necessários tenham sido juntados, cujo prazo deve ser comunicado expressamente ao requerente. Não se aplica às atividades com impacto significativo ao meio ambiente. Aos municípios somente se aplicará se o ato de liberação for derivado ou delegado pela legislação federal ou se o município se vincular, expressamente, ao previsto.<sup>33</sup>

Trata-se da aferição de efeitos legais ao silêncio da administração pública, o que poderá ser feito por lei municipal para as atividades devidamente especificadas. Pode-se apresentar requisitos especiais, o que a lei poderá prever. Importa frisar que mesmo antes da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica já podiam os municípios assim proceder, com anteparo na legislação local.<sup>34</sup> O aspecto positivo são os efeitos na administração federal, o que pode conduzir a importantes mudanças na cultura administrativa brasileira em todos os níveis. Assim, sempre a observar o princípio da juridicidade administrativa (BINENBOJM, 2014, p. 131-206), pode o município silenciar a respeito, e não haverá efeitos sobre o silêncio administrativo, ou pode o município seguir a disciplina federal,<sup>35</sup> a absorver a totalidade das suas disposições, ou pode, ainda, o município reger, com disposições próprias, o assunto.

O arquivamento digital ou por microfilme a fim de equipará-los aos documentos físicos,<sup>36</sup> para as pessoas de direito público ou de direito privado, deve obedecer ao regulamento do Decreto 10.278/20,<sup>37</sup> a valer em todos os níveis da Federação.

A vedação de medida ou prestação compensatória abusiva em liberação de atividade econômica no direito urbanístico, inclusive nos diversos estudos de impacto, atinge diretamente o poder municipal.<sup>38</sup> Não pode o poder público requerer medidas: a) já planejadas

29 O interesse local é o amálgama das competências municipais, a fundamentar a própria competência de os municípios suplementarem a legislação estadual e federal. É o interesse predominante do município sobre os demais entes políticos. (CORRALO, 2014, 180-183).

30 Lei 13.874/19, art. 3º, IV.

31 Decreto-Lei 4.657/42: “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.”

32 Lei 13.874/19, Art. 3º, V.

33 Art. 3º, IX e §12.

34 Sobre o assunto ver artigo *Silêncio, eficiência e eficácia nas administrações municipais brasileiras* de Giovani da Silva Corralo (2019).

35 Veda-se a aplicação da aprovação tácita em questões tributárias, em compromissos financeiros da administração pública e quando infringir tratado em vigor no Brasil (§6º do art. 3º). Também não se aplica quando a titularidade da solicitação for de agente público ou de parente até o 3 grau – consanguíneo ou afinidade – das autoridades competentes (§7º do art. 3º).

36 Lei 13.874/19, Art. 3º, X.

37 Ressalvam-se as regras gerais de digitalização e os requisitos que envolva entidades públicas, especificados no referido decreto.

38 Não se aplica aos acordos de ilicitude (§10 do art. 3º da Lei 13.874/19).

e que não tenham sofrido alterações de demanda com o empreendimento; b) compensatórias de impactos existentes independentemente do empreendimento; c) além das diretamente impactadas pela atividade; e e) irrazoáveis ou desproporcionais.<sup>39</sup> Também aqui é possível uma conexão teleológica com as alterações à LINDB trazidas pela Lei 13.655/18, especialmente o art. 27,<sup>40</sup> que busca estimular a compensação de danos sofridos pelo particular decorrente da atuação administrativa. Aliás, danos oriundos das condutas vedadas descritas neste parágrafo podem levar à compensação dos prejuízos pelo particular nos termos do referido art. 27.

O último inciso do art. 3º veda a exigência de certidão, pelo poder público em todos os poderes e níveis da federação, sem expressa previsão em lei, o que em muito auxilia no processo de desburocratização. Veda, também, a estipulação de prazo para certidão que tenha como fundamento fato imutável, como é o caso das certidões de óbito.<sup>41</sup>

O Capítulo III remete ao dever de a administração pública evitar o abuso do poder regulatório, o que pode se dar diretamente pelo município enquanto pessoa jurídica de direito público interno ou agência reguladora constituída em nível local. Eis as vedações em nível municipal:

a) criar reserva de mercado ou impor restrições à entrada de novos competidores,<sup>42</sup> o que reitera a inconstitucionalidade de leis que impeçam a instalação de empreendimentos econômicos do mesmo ramo em determinada área, o que já está sumulado pelo STF.<sup>43</sup> No mesmo sentido leis municipais que vedem a instalação de hipermercados em razão da metragem.<sup>44</sup> A vedação deve ser contextualizada, pois questões de segurança pode levar a limitações, como é o caso de distância mínima entre postos de combustíveis,<sup>45</sup> como também a escolha de um modelo de desenvolvimento local a vetar, exemplificativamente, todo e qualquer grande hipermercado em município que ainda não os possua.

b) Não é possível exigir especificação técnica desproporcionalmente; impedir ou dificultar a inovação tecnológica; elevar custos sem benefícios demonstrados; criar demanda compulsória de produto, serviço ou atividade, como é o exemplo de cartórios e registros; limitar a formação de entidades empresariais; restringir a publicidade fora das limitações em lei federal.<sup>46</sup> Tais regras visam evitar a indevida atuação do poder estatal, em todos os níveis da federação, na imposição de limitações às atividades econômicas e também atingem, em menor grau, os municípios.

39 Lei 13.874/19, Art. 3º, XI.

40 Decreto-Lei 4.657/42: "Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. § 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos."

41 Lei 13.874/19, Art. 3º, XII e §11.

42 Art. 4º, I e II da Lei 13.874/19.

43 Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 49 - Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área. O precedente representativo é lei municipal que impunha distância mínima entre farmácias e drogarias - RE 193.749, rel. min. Carlos Velloso, red. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, P, j. 4-6-1998, DJ de 4-5-2001.

44 No município de Passo Fundo - RS a Lei 3.784/01, alteada pela Lei 4.210/06, proibiu a instalação de hipermercados com área superior a 1.500 metros quadrados. A vedação vigorou de 2001 a 2011 e foi considerada constitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS, ADI 70016528374, rel. Arno Werlang, j. 04.09.07, Tribunal Pleno). Entende-se que as referidas leis sempre foram inconstitucionais. Tais dispositivos somente poderiam ser legais em municípios que não possuam qualquer hipermercado, o que não era o caso de Passo Fundo.

45 "As razões recursais não conseguem infirmar esses fundamentos. Conforme consignado, a jurisprudência pacífica da CORTE é no sentido de que lei municipal que fixa distância mínima para a instalações de novos postos de combustíveis, por motivo de segurança, não ofende os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência (RE 199101, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 30/9/2005; RE 204.187, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJ 2/4/2004). Por esse motivo, não há estrita aderência entre o ato impugnado e a SV 49." [Rcl 30.986 AgR, voto do rel. min. Alexandre de Moraes, 1ª T, j. 21-9-2018, DJE 205 de 27-9-2018].

46 Art. 4º, III a VIII da Lei 13.874/19.

O Capítulo IV traz a necessidade de impacto regulatório para a edição e alteração de atos normativos de interesse dos atores econômicos ou de usuários dos serviços prestados, entretanto, voltados à Administração Federal direta e indireta, o que também já fora determinado pela Lei 13.848/19, que alterou profundamente o marco geral das agências reguladoras. Por mais que ambas as leis não façam menção expressa aos municípios, é possível tê-las como uma importante referência a ser implementada em nível local a fim de qualificar a atuação regulatória local.

O capítulo V, por sua vez, ao fazer alterações legislativas e trazer as disposições finais, não alcançam diretamente os entes municipais, razão pela qual não remeterá a comentários, a seguir o delineado na pesquisa.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Federação brasileira é singular. Elevou os municípios à condição de ente integrante do pacto federativo, o que não encontra similar em nenhum outro contexto federal. Por conseguinte, o município brasileiro desfruta, com fulcro na repartição constitucional de competências, de um plexo de autonomias: auto-organizatória, política, administrativa, financeira e legislativa.

As municipalidades desempenham um importante papel no desenvolvimento local, o que pode se dar pelo fomento, pela intervenção direta nas atividades econômicas e pela intervenção indireta – regulação. O fomento possibilita a concretização de diversos estímulos ao empreendedorismo local, sejam fiscais, sejam estruturais. Nesses casos, além do albergue legal para a concessão dos benefícios, há a necessidade de pactuação específica entre o município e as empresas.

A intervenção direta depende de relevante interesse econômico definido em lei municipal, a possibilitar a criação de empresa pública ou sociedade de economia mista. Já a intervenção indireta, mais relevante para a presente pesquisa, se encontra a atuação regulatória municipal, que pode se dar pela criação de agência reguladora – algo mais raro – ou através do próprio poder municipal.

A atuação regulatória imbrica-se diretamente com as mais diversas atividades econômicas, mormente com o exercício da polícia administrativa, uma vez que estas são dependentes dos denominados alvarás – licenças e autorizações. É o que se chama de consentimento no clico de polícia.

A Lei 13.874/19 - Declaração de Direitos de Liberdade Econômica – impacta as atividades econômicas no sentido de desburocratizar e liberalizar maximamente essas atividades. Como se trata de uma lei nacional e federal, importa compreender as normas que possuem eficácia em nível local, dos quais destaca-se:

I – A orientação hermenêutica para que se interprete as diversas normas incidentes às atividades econômicas a favor da liberdade, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade, com base, também, nos princípios da liberdade econômica, boa-fé do particular, intervenção subsidiária do Estado e reconhecimento da vulnerabilidade do particular (não reconhecida no caso de má-fé, hipersuficiência e reincidência).

II – As atividades econômicas de baixo risco passam a não requerer qualquer ato de liberação estatal – como é o caso dos alvarás. Os municípios podem silenciar e seguir os critérios e as 278 atividades econômicas elencadas no Decreto 10.178/19 e na Resolução 51/19 do CGSIM – Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios. Outra alternativa é o exercício da autonomia municipal para definir as

atividades de risco e os critérios para a sua classificação, que poderá ser em número menor ou maior dos previstos no Decreto 10.178/19 e Resolução 51/19 do CGSIM.

III – O município resta competente para definir limitações ao funcionamento do comércio local, pois se trata de matéria de interesse local. O que não se requer mais é a necessidade, para a abertura em feriados, de anteparo de convenção coletiva do trabalho.

IV – A aprovação tácita dos atos públicos de liberação da atividade econômica quando transcorrido o prazo de análise – aferição de efeitos ao silêncio da Administração Pública, desde que todos os documentos necessários tenham sido juntados, é norma de imitação, que pode ser absorvida na legislação municipal. Não se aplica às atividades com impacto significativo ao meio ambiente, o que em muito facilita a atuação municipal, pois a competência de licenciamento ambiental é para as atividades de impacto local. Salienta-se este ponto em razão da sua importância para que as municipalidades sejam mais eficientes e eficazes.

V – O arquivamento digital ou por microfilme de documento a fim de equipará-los aos documentos físicos.

VI – Não pode o poder público requerer medidas já planejadas e que não tenham sofrido alterações de demanda com o empreendimento; compensatórias de impactos existentes independentemente do empreendimento; além das diretamente impactadas pela atividade; e irrazoáveis ou desproporcionais. O descumprimento pode conduzir à responsabilização do município.

VII – Veda-se a exigência de certidão sem expressa previsão em lei, como também a estipulação de prazo para certidão que tenha como fundamento fato imutável, como é o caso exemplificativo das certidões de óbito.

VIII – O abuso do poder regulatório é proibido, especialmente a criação de reserva de mercado ou a imposição de restrições à entrada de novos competidores por normas locais; a especificação técnica desproporcional; o impedimento ou a imposição de dificuldades à inovação tecnológica; a elevação de custos sem benefícios demonstrados; a criação de demanda compulsória de produto, serviço ou atividade; e a limitação de formação de entidades empresariais. As normas municipais não podem avançar no sentido vedado pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

IX – A análise de impacto regulatório não possui eficácia em nível municipal, mas se trata de uma boa prática a ser adotada aos municípios quando da adoção de normas gerais que impactem atividades econômicas. Pode ser adotado em nível local.

Desta forma, confirma-se a hipótese esposada, ou seja, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica impacta fortemente o poder municipal em toda a atuação pertinente às mais diversas atividades econômicas, com elevada eficácia jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6ª Ed. Grupo GEN, 2013. [Minha Biblioteca].

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. 5ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CLARK, Giovani. **O Município em face do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COSTA, Nelson Nery. **Direito Municipal Brasileiro**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na Federação**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2014.

CORRALO, Giovani da Silva. A boa governança local e a atividade econômica: o poder municipal como indutor do desenvolvimento sustentável e da justiça social. **Argumentum (UNIMAR)**, v. 15, p. 73-97, 2014b.

CORRALO, Giovani da Silva. Silêncio, eficiência e eficácia nas administrações municipais brasileiras. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional** (impresso), v. 19, p. 253-269, 2019.

CORRALO, Giovani da Silva. Planejamento, Desenvolvimento e Governança: desafios do poder municipal. **Direito e Desenvolvimento**, v. 6, n. 11, p. 79 - 93, 8 jun. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRERI, Janice Helena. A Federação. In: BASTOS, Celso (Org.). **Por uma nova federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 15-38.

GABARDO, Émerson. **O Jardim e a Praça para Além do Bem e do Mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado Social**. Tese de Doutorado, UFPR, 2009. Disponível em: < [https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19053/TESE\\_Emerson\\_Gabardo\\_Correta.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em 03 fev 2020.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HERMANY, Ricardo; CAMARGO, Daniela Aguilar. A subsidiariedade como princípio de organização estatal e os reflexos no espaço local: análise do Brasil e da Alemanha. **Opinião Jurídica**, 18(36), 2019, p. 279-296. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v18n36/1692-2530-ojum-18-36-279.pdf>>. Acesso em 05 mai 2020.

HORTA, Raul Machado. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 02, p. 5-20, 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARIOTTI, Alexandre. **Teoria do Estado**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro** (atualizada por Giovani da Silva Corralo). 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. **Revista Trimestral de Direito Público**, vol. 01. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 255-271.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34ª Ed. Atlas: São Paulo, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANTIN, Janaína Rigo. Poder local e gestão democrática municipal: uma análise a partir da teoria do discurso em Jürgen Habermas. In: **Empoderamento Social Local**. HERMANY, Ricardo (Org.). Santa Cruz: Editora IPR, 2010, p. 419-434.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

**PLANO DIRETOR DE REFORMA DO APARELHO DO ESTADO**. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, 1995. Disponível em: < <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em 10 jul 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional das Competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, nº01, p. 272-281, 1993.

SUNDEFLED, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: **Direito Administrativo Econômico**. SUNDFELD, Carlos Ari (org.). São Paulo: Malheiros, 2006.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

LEVANTAMENTO DA PROTEÇÃO JURÍDICA  
CONTRA A CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL

JHEYCON ANTÔNIO MATOS SOUSA  
JOSÉ MACHADO MOITA NETO

VOLUME 11 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2020

# LEVANTAMENTO DA PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA A CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL

## SURVEY OF LEGAL PROTECTION AGAINST ENVIRONMENTAL CONTAMINATION

Recebido: 21/07/2020  
Aprovado: 01/12/2020

Jheycon Antônio Matos Sousa<sup>1</sup>  
José Machado Moita Neto<sup>2</sup>

### RESUMO:

O Brasil tem uma legislação ambiental rica e capaz de responder aos maiores desafios da atualidade para a consecução dos seus objetivos do desenvolvimento sustentável. O objetivo deste trabalho é focar em um problema ambiental específico de contaminação ambiental e discuti-lo de modo científico, técnico e jurídico demonstrando como esta proteção é feita dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia descrita neste trabalho tem consistência e permite aplicação para outras temáticas. A grande deficiência encontrada não foi propriamente na legislação e sim na aplicação dentro da realidade brasileira. Somente quando os instrumentos legais forem efetivamente acionados podemos avaliar melhor se temos a proteção jurídica suficiente e efetiva.

**Palavras-chave:** Proteção jurídica. Legislação ambiental. Contaminação ambiental.

### ABSTRACT:

Brazil has a rich environmental legislation capable of responding to today's biggest challenges in achieving its sustainable development goals. The objective of this work is to focus on a specific environmental problem of environmental contamination and to discuss it in a scientific, technical, and legal way demonstrating how this protection is made within the Brazilian legal system. The methodology described in this work is consistent and allows application to other topics. The great deficiency found was not exactly in the legislation, but in the application within the Brazilian reality. Only when the legal instruments are effectively activated can we better assess whether we have sufficient and effective legal protection.

**Keywords:** Legal protection. Environmental legislation. Environmental contamination.

Classificação: K32 Lei de Energia, Meio ambiente, Saúde e Segurança

<sup>1</sup> Possui graduação em Licenciatura Plena em Matemática pela Universidade Federal do Piauí (2014), especialização em Matemática Financeira pelo Instituto Superior de Educação São Judas Tadeu (2015), graduação em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Piauí (2019). Tem experiência em docência e administração, com curso técnico em Administração (IFPI - 2011) e técnico em Logística (IFPR - 2013), atuando como professor de cursos como: auxiliar de logística, administração, contabilidade, matemática comercial e financeira. Atualmente é Professor de matemática - Secretaria de Estado da Educação - PI - Secretaria Municipal de União - PI. Mestrando em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Piauí. email: jheycon\_e.m@hotmail.com

<sup>2</sup> Possui graduação em Licenciatura Plena em Ciências - Hab. em Química pela Universidade Federal do Piauí (1982), graduação em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Piauí (1989), graduação em Licenciatura em Filosofia pela Universidade Federal do Piauí (2004), graduação em Direito pela Universidade Federal do Piauí (2017), mestrado em Química pela Universidade Estadual de Campinas (1987) e doutorado em Química pela Universidade Estadual de Campinas (1994). Aposentou-se como professor titular da Universidade Federal do Piauí em 2016 mas continuou pesquisando e orientando teses e dissertações no programa de Pós-graduação em Desenvolvimento e Meio Ambiente como professor voluntário. email: jmoita@ufpi.edu.br



## 1 INTRODUÇÃO

O tema “meio ambiente” está consolidado no ordenamento jurídico brasileiro. Foi um longo percurso para chegar ao que, hoje, chamamos de estado de direito à proteção ao meio ambiente. As questões ambientais emergiram em atos governamentais na década de 60, com a redação de algumas leis para normatizar atividades com potencial de provocar danos ao meio ambiente, das quais se pode mencionar o Estatuto da Terra (1964), Novo Código Florestal (1965), a Política Nacional de Saneamento (1965 a 1969) e a Constituição de 1967.

A preocupação com a tutela do meio ambiente surgiu, principalmente pela pressão internacional, em meados das décadas de 70 e 80 com a participação do Brasil na Conferência de Estocolmo (1972) e com a edição da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) e cria o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), abordando a sistemática necessária para a aplicação da política ambiental, como conceitos básicos, objeto, princípios, objetivos, diretrizes, instrumentos, órgãos, responsabilidades objetiva etc. (GOMES; CEOLIN; COLVERO, 2020).

Com a promulgação da Constituição de 1988 (CF/88), a proteção do meio ambiente foi então considerada um direito fundamental, com a designação de um capítulo específico para tratar das questões ambientais, impõe ao poder público e à sociedade em geral, conforme descrito em seu artigo 225, o dever de defender e preservar o meio ambiente para as futuras e presentes gerações, garantindo-lhes o direito de usufruí-lo da melhor forma possível (BRASIL, 1988).

Contudo, como afirma Farias (2017) a Constituição de 1988 não estabeleceu o conteúdo do conceito de meio ambiente, deixando essa tarefa a cargo da doutrina, da jurisprudência e da legislação infraconstitucional. Antes do advento da Constituição, a Política Nacional do Meio Ambiente, já definia o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

A Carta Magna de 1988 redimensionou a compreensão sobre o meio ambiente ao classificá-lo como direito de todos e bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, engloba o conceito já concebido na Lei 6.938/81 e o amplia ao tratá-lo como direito fundamental da pessoa humana e por isso sua proteção deve ser o mais efetivo possível.

Segundo Silva (2003) meio ambiente é a “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”, abordando um conceito jurídico mais condizente com a ordem constitucional de 1988, abarcando a questão social e concretizando a aspiração constitucional de efetividade e imprescindibilidade, considerando mesmo que indiretamente o ser humano como centro da questão ambiental.

Dessa maneira é que, após a promulgação da CF/88, vários outros instrumentos normativos foram criados com o intuito de alcançar a proteção do meio ambiente de modo abrangente e efetivo. Contudo, a prática demonstra-se muito desafiadora, pois a compatibilização do desenvolvimento econômico com a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra inúmeros obstáculos, como a contaminação ambiental.

Contaminação é a presença, num ambiente, de agentes ou substâncias patogênicas, que provocam doenças, em concentração nociva ao ser humano, sem necessariamente alterar, ao longo do tempo, as relações ecológicas existentes, se tratando neste último caso do conceito de poluição (NASS, 2013). É importante destacar neste conceito de contaminação que as questões ambientais são bem mais amplas que as questões ecológicas. Neste sentido,

a expressão constitucional “meio ambiente ecologicamente equilibrado” é um mantra de uma determinada época que antecede o paradigma do desenvolvimento sustentável.

A interação de atividades econômicas e sociais com o ambiente natural é responsável por provocar a contaminação dos principais elementos da biosfera, das quais se pode mencionar a contaminação do solo pela remoção da cobertura vegetal, disposição de resíduos, vazamento de óleos, lubrificantes e combustíveis; a contaminação do ar pelo lançamento de material particulado e gases, geração de ruídos e vibrações, queima de combustíveis fósseis e; a contaminação da água pela geração e carreamento de sedimentos, disposição inadequada de resíduos, lançamento de efluentes, intensificação de processos erosivos, entre outros.

Em busca de compreender como a legislação brasileira avançou em termos de evitar a contaminação ambiental, este artigo objetivou fazer um levantamento da legislação nacional que trate sobre a questão, portanto, o objetivo principal desta pesquisa é identificar como o ordenamento jurídico brasileiro tem avançado na efetiva proteção do meio ambiente tomando como questão ambiental de estudo a contaminação ambiental.

## 2 REFLEXÕES TEÓRICAS

Os termos poluição e contaminação são frequentemente usados como sinônimos. Contudo, há diferenças entre eles, especificadas a seguir.

A poluição é qualquer fator que modifica o aspecto do sistema original, seja água, ar ou solo, deixando-o visualmente modificado ou sujo, apresentando características diferentes daquelas em condições normais, por exemplo, a cor, o cheiro e a temperatura alterados. A contaminação acontece quando existem fatores patógenos ou químicos que modificam estas características. Por exemplo: a água de um rio pode estar poluída por sólidos em suspensão (suja, barrenta) podendo não estar contaminada. Estará contaminada se tiver algum micro-organismo patogênico (como bactérias), ou algum contaminante químico (como o mercúrio) (SALEMI, 2015).

A ideia de “poluição” foi assimilada aos problemas ambientais, desde que o conceito de ambiente foi sendo associado à ideia de qualidade de vida, e não mais somente como recurso natural (SÁNCHEZ, 2013).

A Lei Federal nº 6.938 de 31 de agosto de 1981 que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, define poluição como a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Sánchez (2013) conceitua poluição como qualquer forma de matéria ou energia, introduzida no meio ambiente, que possa afetar negativamente o homem ou outros organismo, em outras palavras, poluição deve ser entendida como uma condição do entorno dos seres vivos (ar, água, solo) que lhes possam ser danosa.

Nota-se que os termos contaminação e poluição são, por vezes, utilizados sem distinção, mesmo na doutrina, isto porque o termo contaminação é definido, mesmo que indiretamente como uma forma de poluição.

O termo contaminação, também, pode ser empregado para designar que uma determinada concentração está acima de algum nível permitido por lei. Assim, se o nível de

uma substância está acima do que é previsto em normas e legislações, pode-se dizer que tal local se encontra contaminado.

Para o estudo da contaminação, visando eliminar ou reduzir os impactos ambientais decorrentes, é fundamental que haja o reconhecimento da contaminação, a avaliação dos seus riscos ao homem e ao meio ambiente, e, finalmente, o controle da situação, através da remediação e monitoramento. Esses procedimentos devem ser tomados a fim de sanar o problema, pois quanto mais cedo forem tomadas as devidas providências, maiores as chances de recuperação do ambiente (LIMA, 2015).

A questão da poluição passou a ter mais destaque a partir de 1975, em virtude da intensificação do controle sobre a poluição provocada por atividades industriais no Brasil. Por meio do Decreto-Lei 1.413, de 1975, obrigou que as empresas adotassem medidas de proteção ao meio ambiente e, em caso de danos, estão obrigadas a promover a reparação, por meio de ações corretivas. Dois anos depois, foi promulgada a Lei 6.453 de 1977, que instituiu a responsabilidade civil em caso de danos provenientes de atividades nucleares (GARVÃO; BAIA, 2018).

Com o advento da Política Nacional do Meio Ambiente, estabelecida na Lei 6.938/81 o meio ambiente passou a ser objeto específico de proteção e nesse mesmo sentido, a lei 7.347, de 1985 foi editada para disciplinar a ação civil pública como instrumento processual específico para a defesa do meio ambiente.

Através da elucidação de que cabe ao Estado, juntamente com a sociedade, a tutela do meio ambiente, proferida na CF/88, passou-se a discutir um novo modelo de Estado, pautado em uma maior preocupação com o ambiente natural frente à mercantilização através da sensibilização do indivíduo e da coletividade, denominada de Estado de Direito Ambiental. Porém, a concretização dessa construção teórica constitui-se no grande desafio da atualidade, na medida em que são postos a frente os recursos naturais esgotáveis e o desenvolvimento econômico (GOMES; CEOLIN; COLVERO, 2020).

### 3 METODOLOGIA

O estudo foi realizado a partir de uma pesquisa documental que consistiu no levantamento e análise dos mecanismos legais que tratassem sobre a matéria de contaminação ambiental, como também pela busca de informações, dados e conhecimentos acerca do tema.

Para realizar o levantamento das legislações que abordassem o tema contaminação ambiental, se utilizou do aplicativo Planalto Legis, que permite o acesso a normas federais assinadas por Presidentes da República, como Leis Ordinárias, Leis Complementares, Leis Delegadas, Medidas Provisórias e Decretos.

O aplicativo (*App*) está disponível desde 2018 para dispositivos móveis *Android* e *iOS* e foi desenvolvido pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) para a Presidência da República. O *App* propõe facilitar o acesso à Legislação Federal brasileira, pois apresenta toda a base da legislação disposta no Portal da Legislação do Planalto (<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>), que é gerido pelo Centro de Estudos da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República.

A pesquisa da legislação no aplicativo pode ser realizada por termo (palavra-chave), por ano, por número, por tipo e por situação dos atos. Também possui acesso rápido aos principais Códigos, Estatutos e à Constituição através de um *menu* específico. Além disso, a plataforma possibilita que o usuário salve os atos de seu interesse em uma pasta intitulada “favoritos” para a visualização desse conteúdo, também, em modo *off-line*, essa funcionalidade

apresenta um lembrete de atualização toda vez que os atos sofrerem algum tipo de alteração no seu conteúdo.

A “resenha” é outra funcionalidade disponível no aplicativo, que traz uma lista com todos os atos publicados na data da pesquisa, sempre que houver.

A investigação da legislação discutida neste artigo, foi feita pela busca de termos utilizando as seguintes palavras chaves: “contaminação”, “poluição”, “contaminação ambiental”, “poluição ambiental” e a junção dos termos “contaminação” “poluição”. Como resultado o aplicativo resgatou um total de 325 atos normativos federais.

A partir disso, filtrou-se quais dos regramentos recuperados tratavam sobre o tema de contaminação ambiental em quaisquer de suas formas, ao escolher um dos resultados filtrados o aplicativo redirecionou a pesquisa para o acesso à legislação no site do Portal da Legislação do Planalto, onde foi possível explorar todo o conteúdo de que tratava a norma escolhida.

Para dialogar sobre a legislação resgatada pelo *App*, se realizou uma pesquisa bibliográfica acerca do conhecimento do conteúdo de contaminação ambiental, bem como o levantamento de informações e dados em sites de organizações e entidades, como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Organização das Nações Unidas (ONU), Organização Mundial de Saúde (ONU), *Global Carbon Project*, Ministério do Meio Ambiente (MMA), Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), entre outros.

#### 4 RESULTADO E DISCUSSÃO

A busca da legislação realizada no aplicativo Planalto Legis, culminou no levantamento de diversos mecanismos legais contidos na base de dados Federal que tratassem sobre o tema, como já discutido neste artigo, os termos poluição e contaminação são por vezes, utilizados como sinônimos mesmo na doutrina. Desse modo, os dispositivos legais recuperados no aplicativo tratam a matéria de contaminação, também, como uma forma de poluição ambiental. A Tabela 1 elenca o resultado da busca da legislação, bem como seu referido conteúdo.

**Tabela 1** – Legislação sobre contaminação ambiental

LEGISLAÇÃO	CONTEÚDO
Lei nº 5.318, de 26 de setembro de 1967	Institui a Política Nacional de Saneamento e cria o Conselho Nacional de Saneamento.
Decreto-Lei nº 1.413, de 31 de julho de 1975	Dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais.
Lei nº 6.803, de 2 de julho de 1980	Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências.
Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981	Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.
Resolução Conama nº 18, de 06 de maio de 1986	Dispõe sobre a criação do Programa de Controle de Poluição do Ar por Veículos Automotores (Proconve).

LEGISLAÇÃO	CONTEÚDO
Resolução Conama nº 5, de 15 de junho de 1989	Dispõe sobre o Programa Nacional de Controle da Poluição do Ar (Pronar).
Lei nº 8.723, de 28 de outubro de 1993	Dispõe sobre a redução de emissão de poluentes por veículos automotores e dá outras providências.
Resolução Conama nº 237, de 19 de dezembro de 1997	Ordena o processo de licenciamento ambiental das atividades potencialmente poluidoras, estabelecendo responsabilidades, formas e prazos de licenciamento.
Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998	Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000	Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências.
Lei nº 10.203, de 22 de fevereiro de 2001	Dá nova redação aos artigos 9º e 12 da Lei 8.723, de 28 de outubro de 1993, que dispõe sobre a redução de emissão de poluentes por veículos automotores, e dá outras providências.
Decreto nº 4.136, de 20 de fevereiro de 2002	Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às infrações às regras de prevenção, controle e fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional, prevista na Lei 9.966, de 28 de abril de 2000, e dá outras providências.
Resolução Conama nº 382, de 26 de dezembro de 2006	Estabelece os limites máximos de emissão de poluentes atmosféricos para fontes fixas.
Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007	Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico.
Resolução Conama nº 398, de 11 de junho de 2008	Dispõe sobre o conteúdo mínimo do Plano de Emergência Individual para incidentes de poluição por óleo em águas sob jurisdição nacional, originados em portos organizados, instalações portuárias, terminais, dutos, sondas terrestres, plataformas e suas instalações de apoio, refinarias, estaleiros, marinas, clubes náuticos e instalações similares, e orienta a sua elaboração.
Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010	Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências.

LEGISLAÇÃO	CONTEÚDO
Lei complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011	Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981.
Resolução Conama nº 436, de 22 de dezembro de 2011	Complementa as Resoluções Conama nº 05/1989 e nº 382/2006. Estabelece os limites máximos de emissão de poluentes atmosféricos para fontes fixas instaladas ou com pedido de licença de instalação anteriores a 02 de janeiro de 2007.
Decreto nº 8.127, de 22 de outubro de 2013	Institui o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional, altera o Decreto nº 4.871, de 6 de novembro de 2003, e o Decreto nº 4.136, de 20 de fevereiro de 2002, e dá outras providências.
Resolução nº 491, de 19 de novembro de 2018	Dispõe sobre padrões de qualidade do ar.

**Fonte:** Base de dados da Casa Civil (2020).

A Política Nacional de Saneamento, instituída em 1967, foi o primeiro instrumento a tratar sobre a contaminação ambiental, ao especificar sua abrangência ao controle da poluição ambiental, inclusive do lixo, os esgotos pluviais e a destinação de dejetos. Entretanto, a discussão sobre a regulamentação dos serviços básicos de saneamento percorreu um longo caminho até a concretização da Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que redigiu uma “nova” Política Nacional de Saneamento, que prevê uma complexidade maior do que a trazida no regramento de 1967, pois integra uma abordagem mais sistêmica com políticas de relevante interesse social.

Contudo, os problemas de ordem sanitária no Brasil caminham a passos lentos para sua redução, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2020) através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) de 2019, o país tem 48 milhões de residências sem acesso à rede de esgoto, 8 milhões sem água encanada e 11 milhões sem coleta de lixo.

Este agravo evidencia, também, o problema da desigualdade regional presente no país, sendo o Norte e o Nordeste as regiões mais deficientes em matéria de saneamento básico. Em termos de abastecimento de água, 69% dos domicílios da região Nordeste tem acesso a água diariamente, no Norte apenas 27,7% possuem rede de esgoto ligadas a uma rede geral de escoamento, a coleta de lixo no Norte é realizada em 72,4% dos domicílios e no Nordeste este número ainda é menor, sendo 70,8% de domicílios que possuem coleta direta por serviços de limpeza (IBGE, 2020).

Esta carência de saneamento básico no país tem impacto direto na saúde das pessoas, que se contaminam por conta das condições sanitárias inadequadas. De acordo com o site

painel de saneamento, o número de internações de homens e mulheres no Brasil, no ano de 2018, provocadas pela carência de saneamento básico foi de 233 mil, sendo o Nordeste responsável por 109 mil dessas internações, isto é equivalente a 46,8% do total de internações, expressando a baixa condição sanitária da região. Em decorrência destes dados, percebemos que o país tem muito a melhorar para sanar a contaminação proveniente da deficiência do sistema de saneamento básico.

Em 1975 o Brasil redigiu o segundo ato normativo no combate a contaminação do meio ambiente, em especial a contaminação do ar, através do Decreto-Lei nº 1.413, que determina a obrigatoriedade das indústrias de prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da poluição e da contaminação ambiental provocadas por suas atividades.

A indústria é responsável pelas principais causas da poluição atmosférica, por conta da emissão de gases poluentes através da queima de combustíveis e óleos que liberam diversos gases tóxicos quando não são tratados e filtrados adequadamente. Além de prejudicar a qualidade do ar, os poluentes contribuem para o aumento do efeito estufa favorecendo o aquecimento global e podem também, contaminar o solo.

De acordo com o relatório global de carbono da *Global Carbon Project*, no ano de 2018, foram despejados 37 bilhões de toneladas de gás carbônico na atmosfera e a indústria é responsável por grande parte deste número, ainda segundo o relatório houve um aumento de 2,1% em relação ao ano anterior. Estima-se que o impacto nas emissões de 2020 terá uma redução de 4% se as condições pré-pandêmicas retornarem em meados de junho e uma redução estimada de 7% se algumas restrições permanecerem em todo o mundo até o final deste ano (QUÉRÉ *et al.*, 2020).

A contaminação atmosférica também afeta a saúde e o bem-estar da população, pois o ar contaminado com a disposição de minúsculas partículas penetram nos pulmões e no sistema cardiovascular, ocasionando doenças potencialmente mortíferas, como derrames cerebrais, ataques de coração, obstruções pulmonares e infecções respiratórias. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), todos os anos morrem sete milhões de pessoas por causas diretamente relacionadas com a poluição e os níveis de contaminação do ar (OMS, 2018).

Segundo o relatório divulgado pela OMS na primeira Conferência Global sobre Poluição do Ar e Saúde, em Genebra (2018), a poluição atmosférica se transformou no maior fator de risco ambiental para a saúde no mundo, principalmente para crianças. Estimou-se que 600 mil crianças morreram de infecções respiratórias agudas causadas pela poluição do ar em 2016 e que nove em cada 10 jovens respiram ar poluído. Além disso, os dados indicam que o ar sujo pode desencadear asma e câncer infantil, além de prejudicar o neurodesenvolvimento das crianças (OMS, 2018).

Nesse sentido, se torna necessário uma série de medidas para reduzir o risco à saúde provocada pela contaminação do ar, como a geração de energia de baixa emissão de poluentes, tecnologias industriais mais limpas e seguras e a formulação de políticas públicas para gerenciar a qualidade do ar.

No Brasil, após o Decreto-Lei nº 1.413, foram formulados alguns mecanismos nas últimas décadas neste sentido. A Lei nº 6.803 de 1980 estabelece as zonas destinadas à instalação de indústrias em um esquema de zoneamento urbano com o intuito de compatibilizar as atividades industriais com a proteção ambiental, após isso o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), estabeleceu em suas Resoluções nº 18/1986 e nº 05/1989 o Programa de Controle da Poluição por Veículos Automotores (Proconve) e o Programa Nacional de Controle da Poluição do Ar (Pronar).

O CONAMA é o órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) criado pela Lei 6.938/81, que tem por finalidade assessorar, estudar e propor ao governo, as direções que devem tomar as políticas governamentais para a exploração e preservação do meio ambiente e dos recursos naturais, assim como dentro de sua competência, criar normas e determinar padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial a sadia qualidade de vida (BRASIL, 1981).

Em 1993 foi sancionada a Lei nº 8.723 que obriga os fabricantes de motores, veículos automotores e os fabricantes de combustíveis a se enquadrarem aos limites fixados no regramento para reduzir os níveis da emissão de poluentes. Contudo em 2001, a Lei nº 10.203 deu nova redação aos artigos 9º e 12 da Lei 8.723, alterando o percentual da adição de álcool etílico à gasolina e autorizando os governos estaduais e municipais estabelecer planos, normas e medidas de controle da poluição do ar em consonância com as exigências do Proconve.

No ano de 2006 o CONAMA redigiu a Resolução nº 382 que determina os limites máximos de emissão de poluentes atmosféricos fixadas por poluente e por tipologia da fonte de emissão, conforme indicado em anexo da referida Resolução. Entretanto, em 2011 o Conselho vigorou a Resolução nº 346 para complementar a supracitada Resolução, bem como a Resolução nº 05/1989 que como já mencionado anteriormente, estabelece o Pronar. A redação do novo regramento indica os limites da emissão de poluentes para fontes fixas instaladas ou com pedido de licença de instalação anteriores a 02 de janeiro de 2007.

O Brasil participou em 2014 da 19ª Reunião do Fórum de Ministros do Meio Ambiente da América Latina e Caribe, na oportunidade foi assinado o Plano de Ação Regional de Cooperação Intergovernamental sobre Poluição Atmosférica para América Latina e Caribe, que tem como principais objetivos a formulação de diretrizes comuns para a redução da contaminação atmosférica na região e a mitigação da emissão dos contaminantes mais nocivos. Esta ação possibilitou que os profissionais brasileiros do setor conhecessem as diretrizes, normas e estratégias adotadas pela Comissão Europeia e pelos estados-membros para a manutenção da qualidade do ar em níveis ambientalmente adequados (MMA, 2015).

O ato mais recente que dispõe sobre o gerenciamento da qualidade do ar se refere a redação da Resolução do CONAMA nº 491, do ano de 2018 que estabelece padrões de qualidade do ar como parte estratégica e como instrumentos complementares ao Pronar, tendo como referência, valores guia de qualidade do ar recomendados pela OMS em 2005, que segundo a entidade os padrões de excelência do ar, variam de acordo com a abordagem adotada para balancear riscos à saúde, viabilidade técnica, considerações econômicas e vários outros fatores políticos e sociais, que por sua vez dependem, entre outras coisas, do nível de desenvolvimento e da capacidade nacional de gerenciar a qualidade do ar (MMA, 2020).

As diretrizes recomendadas pela OMS levam em conta a heterogeneidade citada anteriormente e, em particular, reconhecem que, ao formularem políticas de qualidade do ar, os governos devem considerar cuidadosamente suas circunstâncias locais antes de adotarem os valores propostos como padrões nacionais.

Retornando a discussão sobre os dispositivos legais nacionais que regulamentam a contaminação do meio ambiente, a Lei 6.938 de 1981 é o marco legal mais importante em termos da proteção ambiental, pois estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) que tem como finalidade regulamentar as várias atividades que envolvam o meio ambiente, de modo que haja a conservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, tornando favorável a vida, assegurando à população condições propícias para seu desenvolvimento social e econômico (BRASIL, 1981).

Esta Lei define em seu artigo terceiro a poluição como, a degradação do meio ambiente resultante de atividades que prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população,



afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente, lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos, entre outros.

Portanto, esta definição está diretamente relacionada ao conceito do que é contaminação, e assim sendo este dispositivo constitucional, regulador do meio ambiente, determina o não uso indiscriminado do meio ambiente, quando sua utilização colocar em risco a contaminação ambiental.

Em consonância com o que determina a PNMA, para gerenciar a contaminação provocada por diferentes atividades econômicas, o CONAMA redigiu em 1997 a Resolução nº 237, que especifica o licenciamento ambiental que é um instrumento necessário para empreendimentos e atividades com potencial risco de provocar a poluição do meio ambiente.

O objetivo do licenciamento é promover medidas de controle e conservação do meio ambiente e em se tratando de um instrumento de caráter preventivo, torna-se uma forma de intervenção prévia das ações que possam causar qualquer forma de contaminação.

Nesse sentido, os estudos ambientais que compõem o processo de licenciamento ambiental dispostos na supracitada Resolução são importantes para identificar, prever e interpretar, bem como prevenir, as consequências/efeitos que quaisquer atividades/empreendimentos possam causar pela contaminação do ambiente natural.

Contudo, é recorrente que os estudos ambientais exigidos no processo de licenciamento, para a concessão das licenças ambientais, apresentem deficiências que comprometem as informações repassadas e a qualidade do estudo, o que influencia na má condução do prognóstico ambiental e consequentemente nos riscos futuros de contaminação provenientes do empreendimento ou atividade a ser licenciada.

Desse modo, é importante a adoção de ferramentas de análise dos estudos ambientais que contribuam para uma avaliação da qualidade ambiental mais objetiva dos projetos propostos, munindo os responsáveis e órgãos ambientais com recursos que possibilitem a distinção entre as lacunas e incertezas sobre conhecimento ambiental e as omissões intencionais motivadas por objetivos espúrios (GASPAR; SANTOS; SOUZA, 2020).

Se tratando de mecanismos legais que normatizam a contaminação da água, dispomos no ordenamento legislativo brasileiro da Lei 9.966, de 2000, que determina a prevenção, controle e a fiscalização da poluição provocada por lançamento de óleo ou outras substâncias nocivas e perigosas em águas sob jurisdição nacional, de modo que as instalações portuárias, portos e plataformas ficam obrigadas a dispor de instalações para o recebimento e tratamento de resíduos.

A lei tem como principal matéria um conjunto de ações que as empresas devem tomar para o descarte de poluentes, além disso determina a confecção dos planos de emergência e de contingência. O primeiro se refere ao documento que deve conter as informações e descrições detalhadas de todos os procedimentos que devem ser realizados caso ocorra um incidente, e o segundo se trata do complexo de ações que objetivam a integração dos diversos planos de emergências setoriais. Portanto, ambos devem conter a definição dos equipamentos, recursos humanos e materiais necessários para evitar a poluição das águas (BRASIL, 2000).

Neste seguimento, o CONAMA editou a Resolução nº 398 de 2008, que revogou a Resolução nº 293 de 2001 para normatizar o conteúdo mínimo do Plano de Emergência Individual para incidentes de poluição por óleo, do qual a Lei 9.966 trata. Semelhante a isto, em 2013 foi redigido o Decreto 8.127 que institui o Plano Nacional de Contingência que trata a Lei 9.966 e define diretrizes, procedimentos e ações, com o objetivo de permitir a atuação coordenada de entes federativos para ampliar a capacidade de respostas em incidentes de poluição por óleo em águas, minimizar danos ambientais e evitar prejuízos para a saúde pública (BRASIL, 2013).

É importante salientar que as sanções aplicáveis ao descumprimento das regras contidas na Lei 9.966, estão dispostas no Decreto 4.136 de 2002, posteriormente sendo alterado seus artigos 14-A, 14-B e 14-C, vigorando o que é disposto no artigo 31 do Decreto 8.127/2003, citado anteriormente.

A contaminação ambiental também pode ocorrer pelo manejo inadequado de resíduos ou rejeitos sólidos. Desse modo, o estabelecimento da Política Nacional de Resíduos Sólidos instituída na Lei 12.305 de 2010 foi um grande marco legal para normatização desta questão.

A referida lei dispõe sobre os princípios, objetivos e instrumentos relativos ao gerenciamento dos resíduos sólidos, bem como quais às responsabilidades dos geradores e do poder público na coleta e disposição final deste material, definindo entre outras coisas o conceito de área contaminada, como sendo o local onde há contaminação provocada pela disposição, regular ou irregular, de quaisquer substâncias ou resíduos (BRASIL, 2010).

Dentre os objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, contidos no artigo sétimo da lei supramencionada, está a proteção da saúde pública e da qualidade ambiental que se correlacionam diretamente com os problemas ocasionados pela contaminação do ambiente natural, pois como já discutido sobre a deficiência do sistema de saneamento básico do Brasil, a saúde está diretamente interligada com a conservação da qualidade ambiental, pois a inalação de gases tóxicos, resultantes dos processos de contaminação, provocam graves problemas respiratórios. Da mesma maneira, o não tratamento do esgoto e seu despejo inadequado em mares ou rios, pode contaminar peixes e frutos do mar que servirão de alimento para muitas famílias.

Os lixões também são responsáveis por provocar diferentes contaminações, dentre as quais se pode mencionar a contaminação do solo provocada pelo chorume (líquido tóxico de coloração escura proveniente da decomposição da matéria orgânica); contaminação da água subterrânea, pela penetração do chorume no solo; geração de doenças pela proliferação de vetores contaminados (moscas, mosquitos, baratas, ratos etc.); contaminação atmosférica pela emissão de gases tóxicos e pela queima irregular dos rejeitos descartados. Ademais, os lixões são frequentemente visitados pela população carente que buscam alguma renda, pelo reaproveitamento de materiais descartados, ou por algum alimento despejado, se sujeitando ao risco de acidentes e aquisições de doenças.

No entanto, a Política Nacional de Resíduos Sólidos prevê a prevenção e a redução da geração de resíduos, tendo como proposta a prática de hábitos de consumo sustentável e um conjunto de instrumentos para propiciar o aumento da reciclagem e da reutilização dos resíduos, bem como a destinação ambientalmente adequada dos rejeitos, isso tudo para conservar e melhorar as condições ambientais para uma sadia qualidade de vida, como determina a CF/88, refletindo diretamente na prevenção, combate e controle da contaminação ambiental.

Acrescentando a discussão a questão da tutela ambiental em termos de contaminação do meio ambiente, a CF/88 impôs ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como também prevê a competência comum em matéria ambiental da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em seu artigo 23. Desse modo, a redação da Lei complementar 140 de 2011 é um marco regulamentário importante no regramento da prevenção a contaminação, pois estabelece, entre outras coisas, normas de cooperação entre os entes federativos supramencionados para combater à poluição em qualquer de suas formas.

Em termos práticos, nesta lei foram lançadas bases mais sólidas para a repartição da competência entre todos os entes federados, cujas atribuições diz respeito ao cumprimento

da competência ambiental administrativa comum, notadamente quanto à prioridade de harmonização de uma atuação administrativa eficiente, para evitar a sobreposição de atuação.

Aponta-se que a grande contribuição trazida pela lei é no que tange ao licenciamento ambiental, cuja regulamentação era feita com primazia pela Resolução 237 do CONAMA. A nova redação determina que os empreendimentos e atividades potencialmente poluidores, serão submetidos à aprovação de um único órgão competente, o qual terá competência para fiscalizar e lavrar auto de infração correlatados à atividade ou empreendimento licenciado (BRASIL, 2011).

Esta descentralização e cooperação dos entes federativos é importante, pois promove maior celeridade e transparência nos processos de proteção ambiental, reduzindo a burocracia e a demora injustificadas dos diversos órgãos responsáveis, além de resultar em uma simplificação nos procedimentos para licenciamento de empreendimentos, que é um importante documento de prevenção da contaminação.

Por fim, mas não menos importante, a Lei de Crimes Ambientais 9.605 de 1998 discorre sobre as sanções penais e administrativas oriundas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, especificamente em sua seção três, que versa sobre as penas aplicáveis quando comprovado danos resultantes da poluição ambiental em qualquer de suas formas.

O advento da Lei de Crimes Ambientais é um importante marco para a legislação ambiental visto que discorre sobre a proteção do meio ambiente, ao considerar crime todo e qualquer dano ou prejuízo causado a flora, fauna, recursos naturais e o patrimônio cultural. Portanto, toda e qualquer violação ao meio ambiente é passível de penalização, regulada por lei.

Sendo assim, a lei predita estipula a aplicação de sanções quando existir a prática ilícita de contaminação contra o meio ambiente, portanto um mecanismo legal de suma importância para a conservação ambiental no que tange a manutenção de um ambiente ecologicamente equilibrado.

Mesmo assim, existem entraves à punição de crimes ambientais que se refere a lentidão do Judiciário brasileiro e os infundáveis recursos movidos pelos infratores que contribuem para uma sensação de impunidade (LIMA, 2020). Além disso, existe a deficiência de verba e pessoal qualificado nos órgãos de fiscalização ambiental.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre as legislações analisadas, percebe-se que o país tem muito ainda a percorrer para alcançar o controle da contaminação. É necessário a universalização de um sistema de saneamento básico efetivo, que promova um alcance abrangente do abastecimento de água, da coleta de esgoto e do despejo final adequado de resíduos e rejeitos, além de desacentuar a desigualdade regional e social brasileira.

Para isso se torna necessário a alocação de recursos, a formulação de políticas públicas, a desburocratização dos serviços, a inserção de uma educação ambiental social, a qualificação de pessoal responsável, entre outros mais que objetivem a eficiência dos serviços de saneamento suscitados no país.

Também, é essencial uma série de esforços que intentem para a concretização da eficácia dos regramentos de controle da contaminação atmosférica, dado que esta é responsável por inúmeras doenças respiratórias e pela expressiva mortalidade de crianças. Nesse sentido, a melhoria da qualidade do ar, ocorrida pelo confinamento obrigatório devido a pandemia do novo coronavírus, pode gerar oportunidades para colocar em movimento ações

governamentais, mudanças estruturais e incentivos econômicos no pós-crise, que influencie em estímulos para reduzir a emissão de poluentes.

Não obstante a isso, o gerenciamento da qualidade do ar necessita de um planejamento constante aliado ao desenvolvimento econômico sustentável que reduzam o risco à saúde, através de políticas governamentais concretas para acelerar a transição para tecnologias mais limpas para a indústria e para os meios de transporte, impulsionar residências energeticamente mais eficientes e melhorar o planejamento urbano, especialmente a gestão do lixo urbano.

Além disso, os resultados demonstraram a lentidão do Brasil no cumprimento da Agenda 2030, que determina ações para acabar com a pobreza, promover a prosperidade e o bem-estar de todos, proteger o meio ambiente e enfrentar as mudanças climáticas através da adoção dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS).

Foi constatado, também, que apesar de existir uma gama de dispositivos legais que tratam sobre o gerenciamento da contaminação ambiental, abrangendo a proteção dos principais elementos que regem a vida, como o ar, a água e o solo, os problemas se remetem na efetividade desses dispositivos. As leis que tratam a matéria de contaminação são eficientes, porém, muitas vezes, não são bem aplicadas.

Nota-se que, mais do que aprimorar a legislação atual, é necessário o desenvolvimento de estratégias de acompanhamento do cumprimento da legislação, a execução de planos e projetos de melhoria da qualidade ambiental, a ampliação de órgãos de defesa ambiental, e a redução da emissão e lançamento de substância prejudiciais à saúde e ao meio ambiente, de modo a promover o controle da contaminação ambiental.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1967)**. Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.136**, de 20 de fevereiro de 2002. Dispõe Sobre Sanções Aplicáveis Por Poluição das águas Prevista na Lei 9.966/2000. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4136.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4136.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 8.127, de 22 de outubro de 2013**. Estabelece o Plano Nacional de Contingência para incidentes de poluição em águas. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8127.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8127.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.413, de 31 de julho de 1975**. Controle da Poluição do Meio Ambiente. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del1413.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%0A](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1413.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%0A). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011**. Cooperação Entre Os Entes da Federação Relativa à Proteção Ambiental. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.203, de 22 de fevereiro de 2001.** Nova Redação à Lei 8.723/93. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10203.htm#:~:text=LEI%20No%2010.203%2C%20DE%202.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10203.htm#:~:text=LEI%20No%2010.203%2C%20DE%202.) Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007.** Diretrizes Nacionais Para o Saneamento Básico. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.305, de 02 de outubro de 2010.** Política Nacional de Resíduos Sólidos. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.** Estatuto da Terra. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.** Novo Código Florestal. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.318, de 26 de setembro de 1967.** Política Nacional de Saneamento. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L5318.htm#art13](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5318.htm#art13). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977.** Responsabilidade Civil Por Danos Nucleares. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6453.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.803, de 02 de julho de 1980.** Zoneamento Industrial. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6803.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6803.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Política Nacional do Meio Ambiente. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Ação Civil Pública Por Danos Causados Ao Meio Ambiente. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.723, de 28 de outubro de 1993.** Resolução de Emissão de Poluentes por Veículos Automotores. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8723.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8723.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe Sobre as Sanções Derivadas de Crime Ambiental. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000.** Dispõe Sobre o Combate da Poluição em águas Sob Jurisdição Nacional. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9966.htm#:~:text=LEI%20No%209.966%2C%20DE%2028%20DE%20ABRIL%20DE%202000.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20preven%C3%A7%C3%A3o%2C%20o,nacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9966.htm#:~:text=LEI%20No%209.966%2C%20DE%2028%20DE%20ABRIL%20DE%202000.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20preven%C3%A7%C3%A3o%2C%20o,nacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs). Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Resolução do Conama nº 05, de 15 de junho de 1989.** Dispõe Sobre o Pronar. Brasília, Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=81>. Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Resolução do Conama nº 18, de 06 de maio de 1986.** Cria O Proconve. Brasília, Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=41>. Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Resolução do Conama nº 237, de 19 de dezembro de 1997.** Ordena o Licenciamento Ambiental. Brasília, Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Resolução do Conama nº 382, de 26 de dezembro de 2006.** Estabelece os Limites Máximos de Emissão de Poluentes Atmosféricos. Brasília, Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=520>. Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Resolução do Conama nº 398, de 11 de junho de 2008.** Dispõe Sobre o Plano de Emergência Para Incidentes de Poluição em águas. Brasília, Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=575>. Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Resolução do Conama nº 436, de 22 de dezembro de 2011.** Complementa as Resoluções 05/89 e 382/2006. Brasília, Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=660>. Acesso em: jul. 2020.

BRASIL. **Resolução do Conama nº 491, de 19 de novembro de 2018.** Dispõe Sobre Padrões de Qualidade do Ar. Brasília, Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=740>. Acesso em: jul. 2020.

FARIAS, Talden. **Uma perspectiva constitucional do conceito de meio ambiente.** 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-07/ambiente-juridico-perspectiva-constitucional-conceito-meio-ambiente#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988%20n%C3%A3o,jurisprud%C3%AAs%20e%20da%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20infraconstitucional..> Acesso em: jul. 2020.

GARVÃO, Rodrigo Fraga; BAIA, Simone Andrea Lima do Nascimento. Legislação Ambiental: um histórico de desafios e conquistas para as políticas públicas brasileiras. **Nova Revista Amazônica**, [s.l.], v. 6, n. 2, p. 93-102, jun. 2018.

GASPAR, Carolina; SANTOS, Simone Mendonça dos; SOUZA, Marcelo Marini Pereira de. Boas práticas em estudos ambientais para processos simplificados de avaliação de impacto ambiental. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, [s.l.], v. 53, 18 maio 2020. Universidade Federal do Parana. <http://dx.doi.org/10.5380/dma.v53i0.62244>.

Global Carbon Project. **Global Carbon Budget 2019**. 2019. Disponível em: <https://www.globalcarbonproject.org/carbonbudget/index.htm>. Acesso em: jul. 2020.

GOMES, Chaiane Ferrazza; CEOLIN, Lisianne Sabedra; COLVERO, Ronaldo Bernardino. Estado e meio ambiente: como concretizar um estado de direito ambiental?. **Argumentos - Revista do Departamento de Ciências Sociais da Unimontes**, [s.l.], p. 105-127, 2020. Revista do Departamento de Ciências Sociais da UNIMONTES. <http://dx.doi.org/10.32887/issn.2527-2551v17n1p.105-127>.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: características gerais dos domicílio e dos moradores 2019**. 2020. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf). Acesso em: jul. 2020.

LIMA, Andreia Nogueira. **Análise do monitoramento da contaminação ambiental do solo do aterro de resíduos sólidos urbanos encerrado de Seropédica**. 2015. 166 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Saúde Pública, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2015.

LIMA, Antônia Raiza Silva de. Os desastres ambientais e a ação do poder judiciário nessas questões. **Encontro de Iniciação à Pesquisa Jurídica**, [s.l.], v. 3, jan. 2020.

MMA, Ministério do Meio Ambiente. Padrões de Qualidade do Ar. 2020. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/qualidade-do-ar/padroes-de-qualidade-do-ar?tmpl=component>. Acesso em: jul. 2020.

MMA, Ministério do Meio Ambiente. **Um dia para refletir sobre a qualidade do ar**. 2015. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/informma/item/12893-noticia-acom-2015-08-1065.html>. Acesso em: jul. 2020.

NASS, Daniel Perdigão. O conceito de poluição. **Revista Eletrônica de Ciências**, [s.l.], n. 13, ago. 2013.

OMS, Organização Mundial de Saúde. **Air Pollution and Child Health: prescribing clean air**. 2018. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/275545>. Acesso em: jul. 2020.

Painel de Saneamento no Brasil. **Internações por indicador**. 2020. Disponível em: [https://www.painelsaneamento.org.br/explore/indicador?SE%5Bg%5D=2&SE%5Bs%5D=21&SE%5Bid%5D=INT\\_MAS](https://www.painelsaneamento.org.br/explore/indicador?SE%5Bg%5D=2&SE%5Bs%5D=21&SE%5Bid%5D=INT_MAS). Acesso em: jul. 2020.

QUÉRÉ, Corinne Le *et al.* Temporary reduction in daily global CO<sub>2</sub> emissions during the COVID-19 forced confinement. **Nature Climate Change**, [s.l.], v. 10, n. 7, p. 647-653, 19 maio 2020. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1038/s41558-020-0797-x>.

SALEMI, Luiz Felipe. **Contaminação ou poluição?** 2015. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/contaminacao-ou-poluicao/138403>. Acesso em: jul. 2020.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de Impacto Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.



ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

DIREITO DE COMUNIDADES TRADICIONAIS FACE AO  
AGRONEGÓCIO: ANÁLISE DA TUTELA DE DIREITOS  
DESDE RESISTÊNCIAS À MONOCULTURA DA SOJA  
NO BAIXO PARNAÍBA MARANHENSE

RUAN DIDIER BRUZACA ALMEIDA VILELA

# DIREITO DE COMUNIDADES TRADICIONAIS FACE AO AGRONEGÓCIO: ANÁLISE DA TUTELA DE DIREITOS DESDE RESISTÊNCIAS À MONOCULTURA DA SOJA NO BAIXO PARNAÍBA MARANHENSE

## TRADITIONAL COMMUNITIES RIGHTS FACING AGRIBUSINESS: ANALYSIS OF THE PROTECTION OF RIGHTS FROM RESISTANCE TO THE SOY MONOCULTURE IN BAIXO PARNAÍBA MARANHENSE

Recebido: 01/08/2020  
Aprovado: 01/12/2020

Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela<sup>1</sup>

### RESUMO:

A realidade brasileira é marcada por conflitos decorrentes do modelo de desenvolvimento adotado no país, como os envolvendo o agronegócio, caracterizado por monocultivos, latifúndios e contrastes ambientais e territoriais. Com isso, este trabalho científico tem como tema o impacto do agronegócio sobre os direitos de comunidades tradicionais. De forma delimitada, analisa o contexto do Baixo Parnaíba maranhense com foco na efetividade de direitos daqueles grupos étnicos nos conflitos socioambientais provocados pelo monocultivo da soja. O problema remete à indagação de em que medida as resistências das comunidades tradicionais atingidas pelo agronegócio contribui para a efetividade de direitos. Acolhe-se a hipótese de que as comunidades se contrapõem ao modelo de produção adotado pelos empreendedores do agronegócio, caracterizado por ser ambiental, social e culturalmente prejudicial, repercutindo em outras formas de construir o direito. O objetivo geral é analisar a relação entre o agronegócio e a consagração de direitos de comunidades tradicionais. Especificamente, busca destacar o avanço territorial do agronegócio no Brasil e no Maranhão, apresentar a relação entre o avanço territorial do agronegócio e os impactos sobre o ambiente e os direitos e examinar as implicações da resistência das comunidades tradicionais ao avanço do agronegócio no Baixo Parnaíba maranhense. Realizou-se pesquisa bibliográfica e documental, com levantamento de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística do ano de 2008 a 2016 e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis a respeito da comercialização de agrotóxicos de 2009 a 2016.

**Palavras-chave:** Agronegócio. Baixo Parnaíba maranhense. Comunidades tradicionais. Soja.

### ABSTRACT:

The Brazilian reality is marked by conflicts resulting from the development model adopted in the country, such as those involving agribusiness, characterized by monocultures, large estates and environmental and territorial contrasts. Thus, the scientific work theme ins the impact of agribusiness on the rights of traditional communities. The delimited theme is the analyzes of

<sup>1</sup> Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), com período sanduíche na Università Degli Studi di Firenze (UNIFI); Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professor Assistente A, Nível 2, da UFMA e professor da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB) email: ruandidier@gmail.com

*Baixo Parnaíba maranhense* context with a focus on the effectiveness of the rights of those ethnic groups in the socio-environmental conflicts caused by the monoculture of soy. The problem leads to the question of the extent to which the resistance of traditional communities affected by agribusiness contributes to the effectiveness of rights. The hypothesis is that communities are opposed to the production model adopted by agribusiness entrepreneurs, characterized by being environmentally, socially and culturally harmful, resulting in other ways of building law. The general objective is to analyze the relationship between agribusiness and the effectivity of rights of traditional communities. Specifically, it seeks to highlight the territorial advance of agribusiness in Brazil and *Maranhão*, present the relationship between the territorial advance of agribusiness and the impacts on the environment and rights, examining the implications of the resistance of traditional communities to the advance of agribusiness in *Baixo Parnaíba maranhense*. Bibliographic and documentary research was carried out, with data collection from the Brazilian Institute of Geography and Statistics from 2008 to 2016 and from the Brazilian Institute of the Environment and Renewable Natural Resources regarding the marketing of pesticides from 2009 to 2016.

**Key-words:** Agribusiness. *Baixo Parnaíba maranhense*. Traditional communities. Soy.

## 1 INTRODUÇÃO

Ó donos do agrobiz, ó reis do agronegócio  
Ó produtores de alimento com veneno  
Vocês que aumentam todo ano sua posse  
E que poluem cada palmo de terreno  
E que possuem cada qual um latifúndio  
E que destratam e destroem o ambiente  
De cada mente de vocês olhei no fundo  
E vi o quanto cada um, no fundo, mente  
("Reis do agronegócio", de Carlos Rennó e Chico César)

131

O agronegócio reflete na realidade brasileira as implicações de modelos de desenvolvimento que consolidam o país enquanto produtor de bens primários para exportação, como é o caso da soja, grão que assume grande importância no mercado de exportações. Neste cenário, o avanço das monoculturas no país repercute em variados impactos, como os relacionados ao ambiente, ao território e aos direitos.

O tema do presente artigo científico é o impacto do agronegócio sobre os direitos de comunidades tradicionais. De forma delimitada, analisando-se em consideração o contexto do Baixo Parnaíba maranhense, dar-se-á enfoque à efetividade de direitos pelas resistências destes grupos no cenário de conflitos socioambientais provocados pelo monocultivo da soja.

A problemática do presente estudo refere-se à indagação de em que medida as resistências das comunidades tradicionais atingidas pelo agronegócio, tal qual se observa nos conflitos envolvendo a soja no Baixo Parnaíba maranhense, contribui para a efetividade de direitos. Tem-se como premissa principal que os direitos são efetivados na medida em que as comunidades tradicionais se contrapõem ao modelo de produção adotado pelos empreendedores, caracterizado por ser ambiental, social e culturalmente prejudicial.

Para tal, tem-se como objetivo geral analisar relação entre o agronegócio e a consagração de direitos de comunidades tradicionais. Especificamente, busca-se: 1) destacar o avanço territorial do agronegócio no Brasil e no Maranhão; 2) apresentar a relação entre o

avanço territorial do agronegócio e os impactos sobre o ambiente e os direitos; 3) examinar as implicações da resistência das comunidades tradicionais ao avanço do agronegócio no Baixo Parnaíba maranhense.

Metodologicamente, além da realização de pesquisa bibliográfica e documental, destaca-se o levantamento de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística a respeito do espaço ocupado pelo agronegócio, em particular pela soja, no Brasil, no Maranhão e no Baixo Parnaíba maranhense, do ano de 2008 a 2016. Intentando destacar as implicações ambientais do agronegócio, também se realizou levantamento de dados do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis a respeito da comercialização de agrotóxicos de 2009 a 2016, no Brasil e no Maranhão.

## 2 O DESENHO DO AMBIENTE PELO CENÁRIO NEODESENVOLVIMENTISTA: AVANÇOS DO AGRONEGÓCIO SOBRE O TERRITÓRIO BRASILEIRO E MARANHENSE

Os debates sobre neodesenvolvimentismo, ou novo desenvolvimentismo, tem ganhado atenção desde o seu surgimento enquanto balizador da política de desenvolvimento do Brasil. Neste aspecto, o país insere-se num contexto que mantém o aprofundamento do capital internacional e nacional em diferentes espaços do país, o que gera conflitos com grupos marcados por formas diferenciadas de criar, de ser e de viver, a exemplo do que ocorre no Maranhão com as comunidades tradicionais.

Do início da ditadura civil-militar, em 1964, até o seu fim, no ano de 1985, tem-se o chamado segundo ciclo do desenvolvimentismo (BIELSCHOWSKY, 2009, *passim*), no qual se observa em seus governos (Castelo Branco e Costa e Silva, Médici, Geisel e Figueiredo) formas diferentes e não-lineares de articulação na consolidação das políticas de desenvolvimento, mas com características comuns. É o caso da abertura para o capital internacional, do aprofundamento do capital no território brasileiro (em especial, na Amazônia, o que afeta o Maranhão), da inserção do país na divisão internacional do trabalho enquanto provedor de produtos primários, dos investimentos em infraestruturas e do desrespeito a direitos da população étnica excluída, principalmente no campo (BRUZACA, 2014, *passim*).

Trata-se de um modelo que marcou a economia brasileira, cujas políticas de desenvolvimento das últimas décadas guardam ainda relação. Neste sentido, Augusto *et. al.* (2015, p. 98) destaca que no segundo governo de Fernando Henrique Cardoso ocorreu a rearticulação do “processo de modernização técnica da agropecuária, que se fizera pelos militares nos anos 1960 e 1970”, caracterizando o país como provedor de bens primários no cenário internacional. Ademais, houve a reestruturação de “aliança das cadeias agroindustriais, da grande propriedade fundiária e do Estado, promovendo um estilo de expansão agrícola, sem reforma social”. Finaliza-se destacando que os governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2015) intensificaram tal modelo.

É justamente este último período que se nomeia “neodesenvolvimentismo” ou “novo desenvolvimentismo”. Segundo Santos (2013, p. 92-93), refere-se a um modelo de acumulação mais nacionalista e estatista, baseado no neoextrativismo, com centralização no Estado, intervindo no mercado nacional e internacional. Sobre a questão do extrativismo, Gudynas (2016, p. 26-27, traduziu-se) destaca a existência de extrativismos conservadores reajustados (Colômbia, Chile, Paraguai e Peru) e progressistas (Argentina, Bolívia, Equador, Uruguai e Venezuela), tendo diferenças na “estruturação econômica, [no] papel do Estado, [no] uso de excedentes e [na] legitimação de políticas”, estando o Brasil no segundo grupo.

Buscou-se solucionar o déficit advindo do governo de Fernando Henrique Cardoso, acelerando-se as exportações primárias e alcançando “superávits nas transações externas durante o período de 2003 a 2007, criando certa euforia passageira”, mas que aumenta em 2008. A gravidade está “na dependência de capital estrangeiro, por um lado, e na ampliação dos custos sociais desse estilo de crescimento, por outro. Os custos sociais da especialização econômica do setor primário ainda não estão suficientemente percebidos pela sociedade” (AUGUSTO, *et. al.*, 2015, p. 98).

O momento de recrudescimento de 2008 referencia o início do segundo mandato de Luís Inácio Lula da Silva, que utiliza um discurso sobre a necessidade de uma política econômica que retome o “crescimento econômico”, dando destaque ao “desenvolvimento industrial e agrícola” (MOTA, 2010, s. p.). Neste momento, observa-se o aumento de atividades como as relacionadas ao agronegócio, o que implicará, conforme se verá adiante, na agudização de conflitos socioambientais, impactando comunidades tradicionais.

Sobre a ideia da palavra “agronegócio”, destaca-se:

[...] tem origem na década de 1990 e representa uma construção ideológica na tentativa de consolidar uma imagem de novo modelo de desenvolvimento da agricultura: sofisticado, eficiente, produtivo, em contraposição à imagem da agricultura capitalista vinculada ao latifúndio, que carrega o estigma da exploração, do trabalho escravo, da extrema concentração da terra, do coronelismo, do clientelismo, da improdutividade e do desmatamento. Na verdade, representam o mesmo modelo que domina historicamente a produção agrícola no país – grandes propriedades de terras que produzem para exportação –, mas que sofre modificações e adaptações em suas diferentes fases, intensificando a exploração da terra e do homem (AUGUSTO, *et. al.*, 2015, p. 172).

Trata-se de um esquema de produção associado a concepções desenvolvimentistas que se aprofunda no Brasil. Como exemplo, tem-se a monocultura da soja<sup>2</sup>, que assume a posição de um dos principais produtos de exportação do país. Isto também pode ser observado em regiões e estados específicos, como é o caso do Maranhão. Ocorre que o agronegócio, na esteira daquele modelo de desenvolvimento, impõe uma lógica de produção e apropriação da natureza distante das formas de cultura e criação realizadas pelas comunidades tradicionais.

No agronegócio, diferente da agricultura, “não há cultura, pois não há povo, [na qual] a relação homem-natureza é mediada pelos valores do mercado, do negócio” (AUGUSTO, *et. al.*, 2015, p. 123, *acréscimos nossos*). Neste contexto da expansão da agricultura industrial ou agronegócio, observa-se a concentração de terras para a monocultura de alimentos ou de agrocombustível. Acarreta na reprimarização da economia, expansão da fronteira agrícola, modernização agrícola e monocultura químico-dependente. Ademais, os cultivos ocupam vastas terras não para alimentar as populações, mas para sustentar ciclos produtivos, ocasionando graves impactos socioambientais (SANTOS, 2013, p. 96).

Especificamente, o agronegócio repercute no “desenhar” do ambiente, afirmação que se extrai do conceito de “efeito derrame” de Gudynas (2016, p. 28). Tal conceito possibilita compreender as condições e transformações provocadas por empreendimentos econômicos no espaço geográfico, resultando em modificações no direito, na gestão ambiental, no território, por exemplo, para acolher a atividade. Continuando, o referido autor destaca existir também mudanças nas políticas públicas, na justiça e na economia, estando tais efeitos entrelaçados.

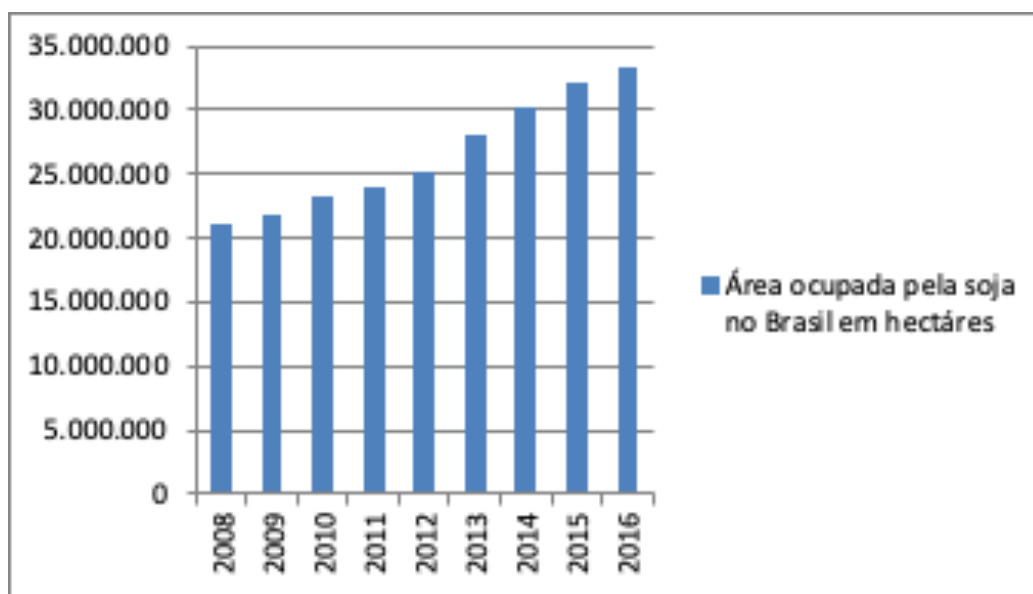
<sup>2</sup> Sobre esta afirmativa, destaca-se: “Entre 1990 e 2007, a área plantada com soja no Brasil cresceu cerca de 114%, passando de 9,74 para 20,87 milhões de hectares. Nesse período, merece destaque o aumento da área plantada com soja na região CentroOeste (+6,4 milhões de hectares) e na região Nordeste (+1,2 milhão de hectares), representando a consolidação dessas regiões como aquelas da fronteira agrícola da soja” (SCHLESINGER, NUNES, 2008, p. 25). Ademais, importa destacar, como será apresentado mais adiante, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que desde 2008 a soja é o produto que mais ocupa espaço no território brasileiro, em comparação a outros plantios (IBGE, 2008; 2009; 2010; 2011; 2012; 2013; 2014; 2015; 2016).

Um destes seria o “derrame territorial”, no qual o extrativismo impõe novos tipos de territorialidade, que se sobrepõem a outros existentes, como indígenas, camponesas, áreas protegidas etc. Com isto, ou debilitam ou anulam estas, a exemplo da proteção de territórios indígenas, que pode ser relativizadas a qualquer momento. Este redesenho territorial pode cobrir parte considerável dos países (GUDYNAS, 2016, p. 30-31).

Levando em consideração o espaço territorial ocupado pela soja que, como destacado, é considerado um produto de grande relevância para a economia, apresentam-se dados sobre as áreas plantadas para sua produção, possibilitando perceber a dimensão que o agronegócio vem assumindo. Para tal, foram levantados do ano de 2007 a 2016 dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, referentes ao Plano Agrícola Municipal – Culturas Temporárias e Permanentes, analisando-se a tabela 15 (“Área plantada ou área destinada à colheita, área colhida, quantidade produzida, rendimento médio e valor da produção dos principais produtos das lavouras temporárias e permanentes em ordem decrescente de área colhida”).

No Brasil, observa-se o crescimento da área destinada à soja, cujos dados<sup>3</sup> podem ser organizados conforme o gráfico abaixo:

**Gráfico 1** – Área plantada ou área destinada à colheita, área colhida, quantidade produzida, rendimento médio e valor da produção dos principais produtos das lavouras temporárias e permanentes em ordem decrescente de área colhida no Brasil.



Fonte: IBGE (2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016).

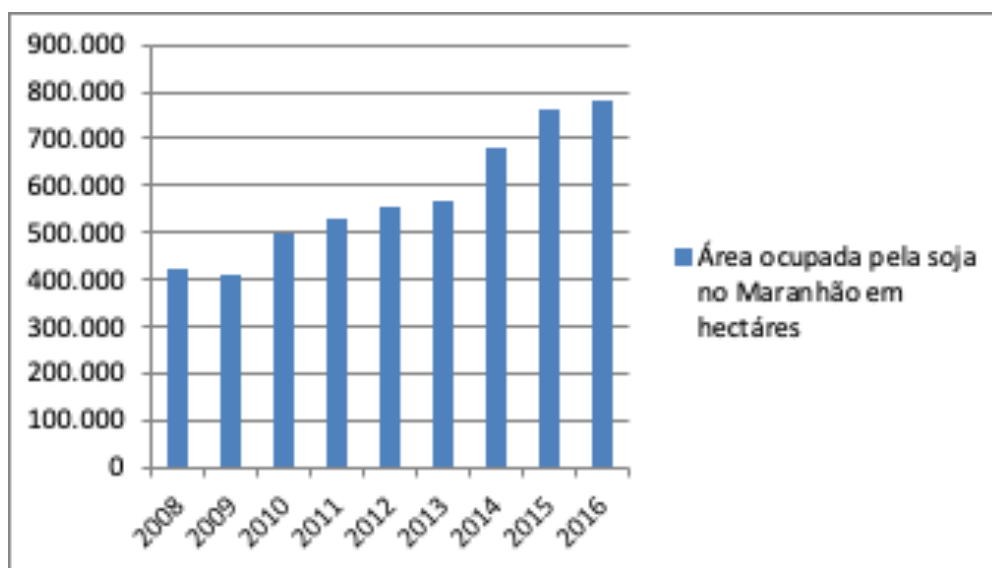
Elaboração do gráfico: autor.

O mesmo se observa com dados referentes ao Maranhão<sup>4</sup>, apesar de um decréscimo do primeiro para o segundo ano, conforme gráfico que segue:

<sup>3</sup> Quanto aos números, destaca-se: em 2008, 21.063.721 ha; em 2009, 21.761.782 ha; em 2010, 23.339.094 ha; em 2011, 24.032.410 ha; em 2012, 25.090.559 ha; em 2013, 27.948.605 ha; em 2014, 30.308.231 ha; em 2015, 32.206.387 ha; em 2016, 33.309.865 ha (IBGE, 2008; 2009; 2010; 2011; 2012; 2013; 2014; 2015; 2016).

<sup>4</sup> Quanto aos dados, destaca-se: em 2008, 421.520 ha, sendo o segundo maior produto a ocupar espaço no Estado, perdendo para o arroz, que era de 467.405 ha; em 2009, 409.402 ha, novamente com o arroz ocupando área maior, de 472.621 ha; a partir de 2010 passa a ser o produto com maior área ocupada, com 495.756 ha; em 2011, 530.539 ha; em 2012, 556.178 ha; em 2013, 564.546 ha; em 2014, 677.540 ha; em 2015, 761.225 ha; em 2016, 783.654 ha (IBGE, 2008; 2009; 2010; 2011; 2012; 2013; 2014; 2015; 2016).

**Gráfico 2** – Área plantada ou área destinada à colheita, área colhida, quantidade produzida, rendimento médio e valor da produção dos principais produtos das lavouras temporárias e permanentes em ordem decrescente de área colhida no Maranhão.



Fonte: IBGE (2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016).

Elaboração do gráfico: autor.

Iniciada a seleção de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística desde 2008, verifica-se que a soja é o produto que mais ocupa espaço no Brasil até o ano de 2016 e, no Maranhão, desde 2010 até 2016 (IBGE, 2008; 2009; 2010; 2011; 2012; 2013; 2014; 2015; 2016). A produção do referido bem primário, voltado para a exportação, referencia o momento da política do desenvolvimento do país, o que implica também na configuração da economia do estado-membro objeto de análise do presente artigo.

Não obstante, este desenho do ambiente conforme um dado modelo de produção não se distancia das constatações de Escobar (2003, p. 157) a respeito da desconsideração dos atropelos decorrentes da noção dominante de desenvolvimento, que levam, por exemplo, aos deslocamentos forçados de grupos étnicos. Repercute ademais em fragmentações das relações familiares, de inseguranças em relação ao território. Continuando, atenta o autor colombiano que modernidade e desenvolvimento são “projetos culturais-espaciais”, requerendo a conquista de territórios e de pessoas, bem como de sua transformação ecológica e cultural, de acordo com suas bases racionais e logocêntricas.

Deste modo, verifica-se como um esquema de desenvolvimento, que se denominou de novo desenvolvimentismo ou neodesenvolvimentismo, repercutiu no incentivo de uma específica atividades agrícola, ou seja, o agronegócio. Neste, tem-se como exemplo a soja, que ano após ano ocupa mais territórios tanto no Brasil quanto no Maranhão. De início, percebe-se que essa apropriação territorial resulta na reconfiguração do ambiente. Entretanto, necessário se faz especificar outras implicações socioambientais que se envolvem com o nomeado derrame territorial.

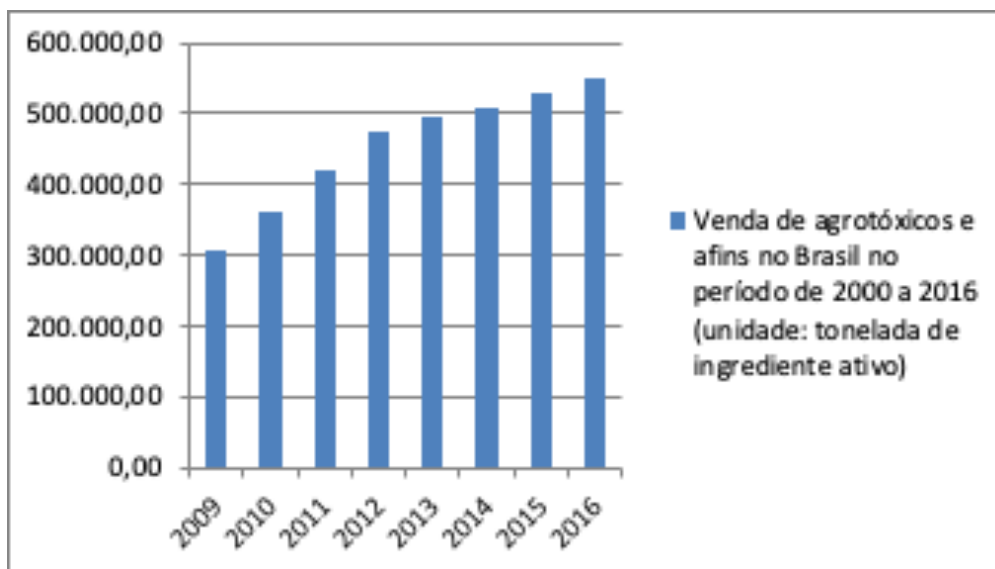
### 3 TRAÇOS DOS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS PROVOCADOS PELO AGRONEGÓCIO: DO ENTRELAÇE ENTRE OS DERRAMES

Conforme destacado, o modelo de desenvolvimento adotado no Brasil resulta em uma apropriação territorial. Entretanto, trata-se de apenas um dos aspectos provocados pelo esquema baseado no extrativismo, cujo conceito foi anteriormente abordado. Por isto, relevante se faz pontuar algumas implicações que se relacionam com o nomeado derrame territorial.

Retomando a tipologia utilizada por Gudynas, destacar-se-á três tipos de derrame: derrames ambientais; derrames de direitos e extrações e; derrame de compensações e justiça. Quanto aos derrames ambientais, consistem: 1) no reforço da mercantilização da Natureza, convertendo-a em mercadoria, fragmentando a natureza em serviços com e sem valor econômico – sendo estes últimos invisibilizados ou irrelevantes; 2) na redução das exigências, controles ou sanções ambientais, que constituem “flexibilizações” – a exemplo das pressões ao governo Lula, no Brasil voltado para flexibilizações que afetam todo o marco normativo e regulatório ambiental (GUDYNAS, 2016, p. 28-30). Neste primeiro derrame, pode-se destacar o aprofundamento do uso de agrotóxicos, considerados, como se apresentará, maléficis ao ambiente e à saúde humana, bem como inconciliável às práticas tradicionais.

No contexto brasileiro, é latente o uso de agrotóxicos, que cresce ao passo que o agronegócio ocupa espaço territorial. Com isso, destaca-se gráfico que possibilita verificar a sua comercialização no país, com base na “Venda de agrotóxicos e afins no Brasil no período de 2009 a 2016”<sup>5</sup>, utilizando como unidade a tonelada de ingrediente ativo. Com isso, obtém-se o seguinte gráfico:

**Gráfico 3** – Vendas de agrotóxicos e afins no Brasil no período de 2000 a 2016 (unidade: tonelada de ingrediente ativo)



Fonte: IBAMA (s. d.).

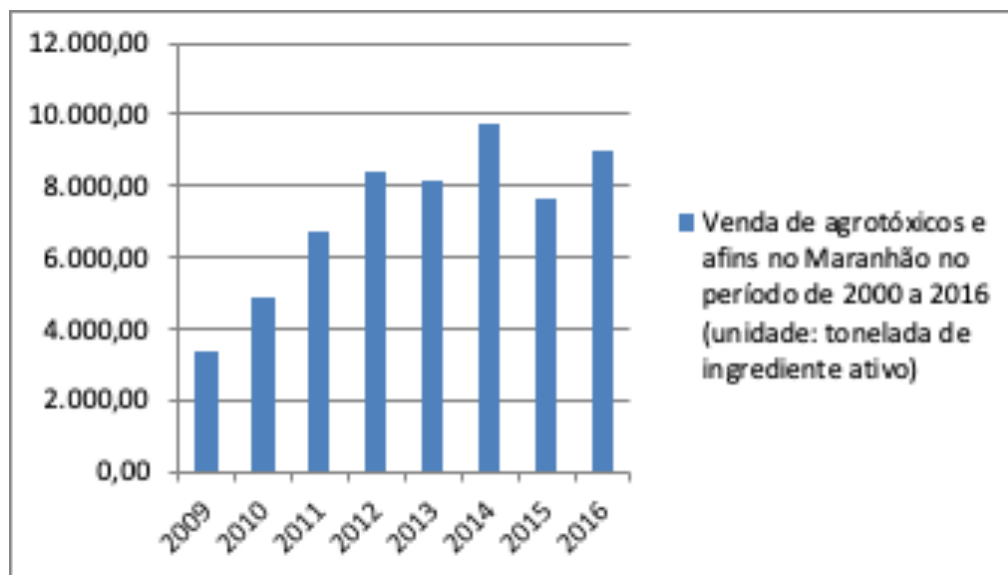
Elaboração do gráfico: autor.

<sup>5</sup> Destaca-se que o gráfico foi elaborado conforme a seção “Histórico de comercialização – “2000-2016” – “Histórico de comercialização de Químicos e Biológicos: 2000-2016”, no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, do qual não consta dados a respeito do ano de 2018.



O panorama maranhense em relação ao uso de agrotóxicos não se distancia muito da situação nacional. Observa-se, conforme gráfico abaixo, que existe diminuições na comercialização de agrotóxicos, mas desde o ano de 2008 até 2012 verifica-se um crescimento que corresponde ao momento de recrudescimento destacado no tópico anterior. Importa destacar que, conforme dados do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, o Maranhão figura como o segundo maior consumidor de agrotóxicos do nordeste, ficando atrás apenas da Bahia (IBAMA, s.d).

**Gráfico 4** – Vendas de agrotóxicos e afins no Maranhão no período de 2000 a 2016 (unidade: tonelada de ingrediente ativo)



Fonte: IBAMA (s.d.).

Elaboração do gráfico: autor.

Entretanto, há neste contexto um enraizamento do conhecimento e do saber na biosfera e em formas de intervenções, como é o caso dos agroquímicos e outras tecnologias, contraposto aos saberes ambientais, estes enraizados por meio de novas práticas políticas, sociais e produtivas (LEFF, 2006, p. 310). Leff (2006, p. 228-229) destaca que houve a apresentação de soluções tecnológicas para a escassez de recursos pelos países do Norte, implementando-se processos mais eficazes que diminuíam o consumo e aumentavam a produtividade. Não obstante, além de dificuldades reais, isto possui limites. Neste sentido, para o referido autor, a produção da globalização econômica não compensa, pelos seus mecanismos, a destruição de ecossistemas, de práticas tradicionais, de risco e a insegurança econômica.

A respeito disto, destaca-se a existência de uma onda neocolonial:

[...] a mercantilização da natureza (a natureza como negócio), a artificialização da agricultura, a crescente presença de organismos geneticamente modificados (OGMs) e as decisões político-comerciais dos oligopólios que definem a matriz produtiva nacional na agricultura, além da redução do Estado e o estímulo a um suposto livre-cambismo, tornam o Brasil uma das principais economias do mundo, mas com pés de barro (AUGUSTO, *et. al.*, 2008, p. 104).

O derrame ambiental é observado em diversos conflitos socioambientais<sup>6</sup>, tais ocorrem no Baixo Paranaíba maranhense, que será destacado no tópico seguinte, sendo situações que carregam também relações de poder e de saber. Sobre este aspecto, Shiva (2003, p. 22) destaca que os valores baseados do poder decorrem da ascensão do capitalismo comercial, no qual se introduz que o sistema dominante consiste em uma tradição universal, não uma tradição local globalizada.

Seguindo, também se observa o derrame de direito e extrações, que pode ser lido em conjunto com o derrame de compensação e justiça. Segundo Gudynas (2016, p. 37-38), o primeiro diz respeito às violações nos marcos dos direitos da pessoa, de direitos trabalhistas, do direito à informação e à participação e da Natureza. O segundo, por sua vez, referencia a ideia de compensação por danos sociais e ambientais de forma monetarizada, mercantilizando a natureza e a sociedade, escolhendo concepções de justiça essencialmente econômicas.

O agronegócio tem avançado no território nacional e maranhense, trazendo uma diversidade de externalidades à sociedade e ao meio ambiente, amparados por políticas estatais e pelo corpo jurídico-institucional existente<sup>7</sup>. Com isso, tal esquema econômico é consolidado com o apoio institucional e jurídico do Estado, bem como por correlações de forças políticas.

Neste aspecto, foi necessário, para a manutenção da modernização conservadora advinda da década de 1960, “um conjunto articulado de medidas governamentais e legislativas, em particular a instituição do crédito rural subsidiado pelos governos”. Houve um reforço pós-1990 do respaldo dos governos da ditadura civil-militar, com ampliação das políticas públicas compensatórias, apoio inconsistente do Estado e processo político-ideológico de cooptação popular (AUGUSTO, *et. al.*, 2015, p. 102-103).

Ademais, destaca-se:

O modelo de desenvolvimento adotado, voltado para o crescimento econômico, estruturou-se por um aparato jurídico-institucional que possibilitou o incentivo às atividades econômicas, mas que afastou as necessidades e a realidade local, bem como as capacidades e particularidades ecológicas da região – projetando-se, desta forma, um desenvolvimento que não satisfaz liberdades e particularidades de ser e viver (BRUZACA, 2014, p. 52).

Faria (2002, p. 15) apresenta que na ordem sócio-econômica multifásica e policêntrica, o direito positivo enfrenta dificuldades na edição de normas vinculantes dos campos da vida sócio-econômica. Com isso, as regras que asseguravam a operacionalidade e a funcionalidade do sistema jurídico revelam-se ineficazes. Direitos individuais, coletivos e políticos são

6 No cenário brasileiro, pode-se destacar o caso de Lucas do Rio Verde/MT, que remete aos danos à saúde provocadas por intoxicação por agrotóxicos. Houve a ocorrência de leite materno contaminado pelos agrotóxicos, que também afetou a prole. Dentre eles destaca-se a presença de metabólico do diclorodifeniltricloroetano (DDT), proibido em 1998 no país, que acumula no corpo e pode causar diversas doenças, como o câncer. Com a produção da soja, recordista em produção, o uso de agrotóxicos aumentou e não se teve controle do raio de alcance dos herbicidas – inclusive afetando a produção de pequenos produtores (TENDLER, 2011). Outros casos além de Lucas do Rio Verde são destacados por Augusto *et. al.* (2015, *passim*), como o da Chapada do Apodi/CE, com a presença de transnacionais, havendo aplicação contínua de fungicidas e apropriação de terras; o do Pantanal Mato-grossense, com a contaminação das afluentes do Rio Paraguai e da planície pantaneira, acarretando em danos à saúde humana, à fauna e à flora; o do Polo Fruticultor de Exportação de Petrolina/PE, com ações governamentais para apoiar a “modernização da agricultura”, como a transposição do Rio São Francisco, que traz em contrapartida o incentivo ao agronegócio, o aumento da dependência ao mercado externo e pioras nos índices sociais (analfabetismo, exploração sexual etc) e de saúde (aumento dos casos de danos aos trabalhadores e à população).

7 Neste sentido, em relação aos incentivos, Raquel Rigotto, professora da Universidade Federal do Ceará, destaca: “[...] os agrotóxicos têm estímulo fiscal para serem utilizados e consumidos no Brasil como um todo. Há um convenio que data de 1997, que oferece isenção fiscal de 60% do ICMS [Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação], do COFINS [Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social], do IPI [Imposto sobre Produtos Industrializados] e do PIS-PASEP [Programa de Integração Social – Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público] para todos os agrotóxicos vendidos nesse país. E no Ceará, e me parece que alguns outros Estados do Brasil, acharam isso pouco e estenderam a isenção a 100%” (TENDLER, 2011).

flexibilizados e desconstitucionalizados, e os conflitos coletivos cada vez menos se adéquam aos textos legais.

No mesmo sentido, Wolkmer (2006, p. 116-117) aponta que no cenário latino-americano, a ideologia neoliberal se comporta de maneira a eximir o Estado de sua responsabilidade, contribuindo para imensos desequilíbrios “ao ajustar e estabilizar a economia capitalista para as grandes burocracias e as elites financeiras internacionais”. Com isso, as novas formas de dominação e exclusão afetaram as práticas políticas tradicionais e os padrões normativos reguladores da vida em sociedade.

Em termos específicos, no Brasil o novo desenvolvimentismo, com incentivos a atividades voltadas para a produção e exportação de bens primários, conforme a divisão internacional do trabalho, resulta em modificações do cenário jurídico nacional. Deste modo, pode-se observar interferências nas legislações, na formação jurídica, na atuação de instituições do sistema de justiça e na tutela de direitos.

Atualmente, a expansão do papel de instituições do sistema de justiça, como o do judiciário, e o primado do direito relacionam-se com o marco jurídico para o desenvolvimento, beneficiando o comércio, os investimentos e o lucro. Aqui, o Estado de direito e a reforma judicial traduzem-se em elementos para o desenvolvimento, sendo tarefa do judiciário clarificar e proteger direitos de propriedades, contratos, dentre outros (SOUSA, 2011, p. 31).

O modelo de desenvolvimento acaba legitimando-se política e economicamente, assumindo o direito papel importante neste cenário. Neste sentido, fazem os danos socioambientais serem considerados inevitáveis frente ao progresso, suscitando uma incompatibilidade de direitos. Argumenta-se que não é possível consagrar direitos associados ao desenvolvimento sem violar direitos sociais e culturais (SANTOS, 2013, p. 94).

Entretanto, existem resistências que buscam formas alternativas de produção àquela imposta pelo modelo neodesenvolvimentista. Ali se inserem comunidades tradicionais, como as compostas por camponeses e quilombolas, tais quais as que se observam no Baixo Parnaíba maranhense, que, resistindo às situações de violência e apropriação de seu território, articulam outras formas de ser, de viver e de fazer, alinhada às necessidades ambientais e sociais locais.

#### 4 IMPLICAÇÕES DAS RESISTÊNCIAS DE COMUNIDADES TRADICIONAIS FRENTE AO AGRONEGÓCIO NO BAIXO PARNAÍBA MARANHENSE

Ao passo que se aprofunda a inserção do agronegócio no território maranhense, os conflitos fundiários, marcados por violências, são agudizados e a lógica de produção e apropriação degradante da natureza é consolidada. Assim, neste último momento, destaca-se avanço do agronegócio e as resistências na microrregião do Baixo Parnaíba maranhense<sup>8-9</sup>, marcado por graves desrespeitos a direitos, pela violência no campo e pela degradação ambiental.

Pode-se observar o aprofundamento do agronegócio novamente com o plantio de soja. Para a elaboração do quadro seguinte foi utilizado também dados do Plano Agrícola

8 Conforme Gaspar e Andrade (2015, p. 111), tal microrregião é formada por 16 municípios, sendo eles: Água Doce do Maranhão, Anapurus, Araiões, Belágua, Brejo, Buriti, Chapadinha, Magalhães de Almeida, Mata Roma, Milagres do Maranhão, Santa Quitéria do Maranhão, Santana do Maranhão, São Benedito do Rio Preto, São Bernardo, Tutóia e Urbano Santos.

9 Tal microrregião foi objeto do documentário “A soja na terra das chapadas”. Neste se destaca que a mesorregião do leste maranhense (na qual se insere a microrregião analisada) tem sido o palco da expansão do monocultivo, como ocorre com a soja. Vilson Ambrozi, então presidente da Associação dos Produtores Agrícolas do Cerrado do Leste Maranhense (APAFL), destaca o seu deslocamento e de outros do sul do Brasil para a região, em 1990-1991, período de dificuldades econômicas do país. Em 1995/1998, mantiveram-se na localidade conforme atesta, tendo em vista a viabilidade na produção de soja. Em 1994 houve a inauguração do terminal de grãos da então Companhia Vale do Rio Doce, o que incentivou a produção de soja na mesorregião, considerando agora ponto estratégico para tal, estando o Baixo Parnaíba e o Alto Muni próximo do Porto do Itaqui e da Ponta da Madeira. O agronegócio avançou, ocupando áreas vistas como “inúteis” por órgãos que promovem o desenvolvimento agrícola (SANTOS, 2008).

Municipal, mas com referência à tabela 16 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (“Área plantada ou área destinada à colheita, área colhida, quantidade produzida, rendimento médio e valor da produção, unidades da federação e municípios, segundo principais produtos das lavouras temporárias e permanentes em ordem decrescente de área colhida”).

**Tabela 1** – Área plantada ou área destinada à colheita, área colhida, quantidade produzida, rendimento médio e valor da produção, unidades da federação e municípios, segundo principais produtos das lavouras temporárias e permanentes em ordem decrescente de área colhida.

Município	Ano								
	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Água doce do Maranhão	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Anapurus	9.790	7.737	8.120	4.550	5.000	8.370	8.170	6.800	6.800
Araioses	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Belágua	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Brejo	8.530	12.075	12.700	15.380	16.000	23.840	24.240	26.775	25.500
Buriti	16.100	11.340	11.900	13.140	15.000	11.027	12.357	13.500	13.500
Chapadinha	2.090	2.440	2.570	3.700	4.000	2.393	2.140	3.700	3.700
Magalhães de Almeida	1.900	2.500	2.500	2.500	2.602	3.120	3.770	3.325	3.050
Mata Roma	3.210	3.500	3.700	5.350	6.000	6.660	6.660	8.100	8.100
Milagres do Maranhão	1.460	2.850	2.950	2.400	3.200	2.650	2.650	3.500	3.500
Santa Quitéria do Maranhão	1.000	2.992	2.992	3.550	3.800	835	1.415	1.520	1.900
Santana do Maranhão	0	0	0	0	0	0	0	0	0
São Benedito do Rio Preto	190	270	440	500	600	610	650	1.240	1.240
São Bernardo	0	0	0	0	0	0	0	1000	1310
Tutóia	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Urbano Santos	400	200	450	500	600	1.590	1.690	1.350	1.350
Total	44.670	45.904	48.322	51.570	56.802	61.095	63.742	70.810	69.950

**Fonte:** IBGE (2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016).

**Elaboração do gráfico:** autor.

Conforme os dados apresentados, observa-se como na região paulatinamente a soja vem ganhando espaço, assim como ocorre no cenário nacional e estadual. Malgrado um declínio nos últimos dois anos abordados e as variações de quantidade e crescimento de ocupação de área para o monocultivo do grão, o plantio da soja também se consolida enquanto atividade econômica importante na microrregião.

Tal qual se observou em relação à ocupação do território, ao consumo de agrotóxicos, ao desrespeito a direitos no âmbito nacional e estadual, na microrregião agora analisada a situação de derrames e conflitos não é diferente. Isto é destacado no relatório do Grupo de Estudos Rurais e Urbanos (GERUR) intitulado “O agronegócio e os problemas socioambientais no Baixo Parnaíba Maranhense: a luta dos lavradores em defesa de um modo de vida”. Nele, descreve-se a presença dos chamados “gaúchos”, com o monocultivo de soja, e de empresas como a Suzano/Paineiras, com o plantio de eucalipto<sup>10</sup>, que se valem do uso de agrotóxicos e técnicas prejudiciais ao meio ambiente. Este modo de produção afeta diretamente a população camponesa que desenvolve outras práticas de manejo em relação à natureza (GERUR, 2014, *passim*).

Shiraishi Neto (2011, p. 27) destaca que a ocupação de terras para monoculturas “se põe de forma antagônica ao vivenciado pelos diversos povos e comunidades tradicionais”. Justamente, Almeida (2008, p. 133) apresenta que esses grupos são caracterizados por relações diferentes com a terra. As modalidades de uso comum da terra consistem em situações em que o uso dos recursos não se faz livre e individualmente por um determinado grupo, sendo instituídos por grupos familiares que compõem uma unidade social.

Trata-se de um conflito entre esquemas econômicos, modelos de produção e culturas no qual, por um lado, observa-se o monocultivo de soja, que se baseia no capital e num modelo de desenvolvimento dependente do mercado internacional; por outro, as práticas camponesas e de grupos étnicos, que são fundados em formas de ser, viver e criar próprios. Deste encontro, observam-se conflitos e resistências, como é possível observar em manifestações, em propostas legislativas, no ajuizamento de ações, dentre outras. Percebe-se, como apresenta Escobar (2007, p. 172-173), que no encontro com o desenvolvimento e a modernidade, as comunidades locais resistem ao aportarem seus recursos materiais e culturais<sup>11</sup>. Com isso, seus modelos econômicos híbridos e locais, refletem resistências culturais à transformação intentada pelo capital.

Quanto às resistências, pode-se destacar primeiramente propostas legislativas, visando modificar o quadro do avanço do agronegócio na microrregião. Neste sentido, em alguns de seus municípios, observam-se leis que proíbem a ampliação do monocultivo, do uso de sementes transgênicas, a obrigação de destinação de propriedade para plantio de mata nativa, como a Lei nº 659 de 2008 do município de São Benedito do Rio Preto (SBRP, 2008). Entretanto, a mesma foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, referente ao processo nº 0007737-50.2013.8.10.0000, que tramitou no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão:

<sup>10</sup> Conforme explicado anteriormente, enfatizou-se a soja em razão de ser o produto que mais ocupa área de plantio no Brasil, bem como pela relevância dada na economia do estado do Maranhão. Entretanto, existem outros monocultivos que também geram conflitos, como é o caso da cana-de-açúcar e do eucalipto. Sobre o eucalipto no Brasil, Shiva (2003, p. 73-74) destaca que seu plantio destrói florestas e comunidades. Há resistências da comunidade contra o “disseminar o verde” com eucaliptos, contrários à natureza e a seus ciclos. Ademais, “o eucalipto certamente aumentou o fluxo de dinheiro e mercadorias, mas resultou numa interrupção desastrosa dos fluxos de matéria orgânica e água no interior do ecossistema local”. Assim, o movimento “questiona a dominação da ciência florestal que reduziu todas as espécies a uma única (o eucalipto), todas as necessidades a uma única (a da indústria de polpa) e todo saber a um único (o do Banco Mundial e das autoridades florestais)”. Tal crítica também pode dialogar com os problemas de outros monocultivos, como o de soja.

<sup>11</sup> As áreas nas quais a soja avança no Baixo Parnaíba maranhense eram habitadas há gerações por grupos camponeses, conforme atesta Marcelo Carneiro, professor da Universidade Federal do Maranhão, afirmando que os empreendimentos do agronegócio não encontraram as terras livres, aptas para expandir a fronteira agrícola. Atenta que não se trata de um deserto, havendo um confronto com um sistema de produção bastante antigo de agricultores, que são os agricultores familiares, que realizam atividade de produção extrativista vegetal e da criação de pequenos e grandes animais (SANTOS, 2008).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. VEDAÇÃO AO CULTIVO DE SEMENTES TRANSGÊNICAS. MATÉRIA DE RELEVÂNCIA NACIONAL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO, ESTADOS E DISTRITO FEDERAL. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Ação direta de inconstitucionalidade. Adequação da via processual eleita para impugnação de lei municipal. 2. *Configura ofensa à Constituição Estadual dispositivo de lei municipal que traz vedação ao cultivo de sementes transgênicas, extrapolando os limites da competência legislativa municipal, conforme interpretação conjunta dos artigos 141 e 12, inciso II, alínea “f”, da Constituição do Estado do Maranhão, e artigo 24, inciso VI, da Constituição Federal.* 3. A repartição de competências estabelecida na Constituição da República rege-se pela predominância de interesses de cada ente político. Assim, à União, cabe a edição de normas gerais, aos Estados, as normas suplementares e, aos Municípios, as normas atinentes às peculiaridades do interesse local. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucional, com efeitos *ex nunc*, o art. 1º, parágrafo único, da Lei municipal nº. 659/2008, de São Benedito do Rio Preto (MARANHÃO, 2014, destaques nossos).

Com isso, foi julgado parcialmente inconstitucional quanto ao previsto no artigo 1º, parágrafo único: “Fica proibida a ampliação onde já estiverem implantados e a implantação de novos empreendimentos de monocultura de eucalipto, soja, cana de açúcar e outros” (SBRP, 2008). Não obstante o resultado da referida ação, observa-se como a mobilização da comunidade suscitou mudanças legislativas e uma consequente atuação do judiciário.

Consoante apresenta Santos (2013, p. 95), somente é possível o questionamento do esquema econômico, tal qual o adotado no Brasil e conseqüentemente no Maranhão, pelo questionamento por meio de movimentos e organizações sociais. Para o autor, estes expõem “o lado destrutivo deste modelo sistematicamente ocultado, dramatizar[am] a sua negatividade e forç[am] a entrada desta denúncia na agenda política”.

Seguindo, situação que se relaciona com o derrame territorial diz respeito ao cenário de conflitos fundiários. Isto repercute na atuação administrativa de órgãos como o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), bem como do Instituto de Terras do Maranhão (ITERMA). Ademais, o judiciário e outras instituições do sistema de justiça envolvem-se, principalmente no que diz respeito ao ajuizamento de ações possessórias.

A atuação administrativa, com órgãos fundiárias, não se distancia do apresentado por Santos (2013, p. 99), para quem o agronegócio repercute na “grilagem de terras dos povos tradicionais e das áreas da reforma agrária”. Isto pode ser observado, por exemplo, na lentidão e baixos números quanto à titulação de terras na microrregião do Baixo Parnaíba maranhense. Carneiro (2008, p. 96-97) destaca que a atuação do INCRA e do ITERMA é tímido na microrregião homogênea de Chapadinha (Buriti, Brejo, Anapurus e Chapadinha), que faz parte do Baixo Parnaíba maranhense. Atenta ao pequeno número de terras tituladas, às poucas famílias beneficiárias e às diminutas áreas desapropriadas para fins de reforma agrária. Em dado específico, na região destaca a inexistência de titulação de comunidades remanescentes de quilombo.

Quanto às comunidades quilombolas, conforme Comissão Pró-Índio de São Paulo, com dados até o ano de 2014, inexistente titulação de comunidades quilombolas em todo Baixo Parnaíba maranhense (CPISP, s.d.). Tais instabilidades quanto à garantia da terra e do território resultam na agudização dos conflitos possessórios, cujas resistências das comunidades encontram como palco o judiciário e outras instituições do sistema de justiça.

No que diz respeito aos conflitos possessórios, conforme expõe Santos (2011, p. 101), no âmbito da revolução democrática da justiça é necessário um outro relacionamento com os movimentos sociais. Suas queixas refletem a insensibilidade quanto a seus problemas e direitos. Atenta-se à acusação por tais movimentos de uma parcialidade do judiciário,

observada quando da concessão de liminares de reintegração de posse aos proprietários rurais. Não obstante, existem decisões que requerem justificação de posse e, por algumas vezes, nega-se o pedido de liminar por descumprimento da função social da propriedade.

Como visto, o agronegócio é marcado por ser ambiental, social e culturalmente prejudicial para as comunidades locais. Não obstante, encontram tutela jurídica por meio de instrumentos processuais, como é o caso das ações possessórias. Bruzaca e Vieira (2017, p. 195-196) destacam o cenário de conflitos possessórios na região, dando ênfase à situação do município de Brejo, no qual se encontram comunidades quilombolas como Depósito, Saco das Almas e São Bento. Detalham o processo que envolve esta última, apresentando-se as dissonâncias existentes no uso da via processual possessória para compreender a particular relação que as comunidades quilombolas possuem com a terra.

O uso da propriedade, como atenta Costa Neto (2003, p. 53), deve estar atrelado a uma finalidade de cunho social. Esta função social se materializa quando proporcionada uma existência digna. Significa, em outras palavras, atrelar o exercício da propriedade a outros valores, alheios ao proprietário, como: construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades. Entretanto, o que se observa é a existência de instrumentos do processo civil que asseguram a continuidade do exercício do domínio sobre a propriedade, mesmo que não cumpram com a sua função social – e ambiental.

Nas situações de conflitos possessórios envolvendo o agronegócio, como os acima mencionados, aspectos como a relação com o ambiente empreendida pelas comunidades ou até mesmo a função socioambiental da propriedade não são considerados. Neste sentido, segue uma concepção estritamente civilista, distanciando-se de uma leitura constitucional e ambiental nos conflitos envolvendo o agronegócio. A este respeito, Wolkmer (2001, p. 107) apresenta que os conflitos internalizados por sujeitos sociais são analisados tendo em vista a legislação convencional, cuja decisão se dá de forma inadequada, gerando um agravamento maior do conflito.

Por outro lado, são os novos agentes que se marcam pela potencialidade na produção jurídica, com a captação do fenômeno jurídico por meio da informalidade das ações de atores coletivos, consensualizados pelo interesse do todo comunitário, independente dos rituais formais e institucionais (WOLKMER, 2001, p. 119). Como destacado, as comunidades inseridas no contexto de conflitos provocados pelo monocultivo promovem resistências por meio de mudanças legislativas, de pressões sobre os órgãos fundiários ou de resistências ao direito aplicado pelo judiciário.

Com isso, entende-se que as resistências das comunidades tradicionais associam-se com uma luta de pela soberania cultural e epistemológica que, para Marchi (2016, p. 53-54) referencia uma re-apropriação de sentidos e símbolos, bem como uma re-apropriação da terra e dos recursos em conformidade com a cosmovisão e o estilo de vida das comunidades, tratando-se de uma contra-força à narrativa dominante.

O agronegócio tem avançado agressivamente no território nacional e maranhense, trazendo uma diversidade de externalidades à sociedade e ao meio ambiente, amparados por políticas estatais e pelo corpo jurídico-institucional existente. Entretanto, existem resistências, como destacado, que buscam formas alternativas de produção àquela imposta pelo modelo de desenvolvimento adotado. Ali se inserem grupos formados por camponeses e quilombolas, por exemplo, que resistindo às situações de violência e apropriação de seu território articulam outras formas de ser, de viver e de fazer, alinhada às necessidades ambientais e sociais locais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo trouxe um panorama a respeito do avanço do agronegócio no território brasileiro e seus consequentes impactos, como os provocados ao ambiente pelo uso de técnicas, a exemplo dos agrotóxicos, e as implicações sobre os direitos. Especificamente, em relação ao Maranhão e ao Baixo Parnaíba Maranhense, pode-se observar que se mantém a política neodesenvolvimentista nacional e, conseqüentemente, um cenário social e ambiental marcado por conflitos, como os envolvendo comunidades tradicionais.

Consolida-se o modelo de desenvolvimento que, assentado na divisão internacional do trabalho, impõe ao Brasil a condição de produtor de bens primários para exportação, guardando relações com aquele existente na década de 1960. Sob o nome de neodesenvolvimentismo ou novo desenvolvimentismo, tem no agronegócio uma das principais atividades, sustentada pela atuação do Estado.

Com isso, observa-se o aprofundamento das monoculturas no espaço maranhense, assim como no Baixo Parnaíba maranhense, também com cumplicidades estatais, sejam elas administrativas ou jurídicas. Considerada atividade importante para a economia nacional, estadual e microrregional, justificam-se os impactos causados pelo agronegócio ao ambiente, à sociedade e aos direitos.

Não obstante, frente a tais avanços percebem-se resistências, guiadas por outra forma de ser, viver e criar, como a de comunidades tradicionais, a exemplo de camponeses e quilombolas. No Baixo Parnaíba maranhense isto é possível de se observar com as reivindicações das comunidades de São Benedito do Rio Preto e nas resistências das comunidades quilombolas de Brejo.

Deste modo, a atuação das comunidades tradicionais repercute na contraposição ao dominante esquema de desenvolvimento existente na localidade, que refletem outras formas de organização econômica, de relação com a terra e com o ambiente. Disto, possibilita-se questionar a primazia daquele modelo na sociedade e no espaço jurídico, buscando caminhos para a efetivação de direitos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Apresentação. In: SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil: Declarações, Convenções Internacionais e Dispositivos Jurídicos definidores de uma Política Nacional**. Manaus: UEA, 2007. p. 8-16.

\_\_\_\_\_. Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de pastos: terras tradicionalmente ocupadas. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFMA, 2008.

AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva, *et. al.* Parte 2 – Saúde, ambiente e sustentabilidade. In.: CARNEIRO, Fernando Ferreira, *et. al.* (Orgs.). **Dossiê ABRASCO: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde**. São Paulo: Expressão Popular, 2015. pp. 89-191.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. Ideologia e desenvolvimento: Brasil, 1930-1964. In.: PÁDUA, José Augusto (Org.). **Desenvolvimento, justiça e meio ambiente**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 22-63.



BRUZACA, Ruan Didier. **A tutela do modo de vida tradicional de remanescentes de quilombos e a atuação do judiciário no contexto maranhense da duplicação da estrada de Ferro Carajás**. 2014. 130f. Dissertação – Mestrado em Instituições do Sistema de Justiça, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2014.

\_\_\_\_\_, VIEIRA, Adriana Dias. Linguagem dos juristas frente a representações jurídico-culturais de povos e comunidades tradicionais: o caso do conflito possessório envolvendo a comunidade quilombola de São Bento, Brejo/MA. In: **Prisma Jurídico**, v.16, n.1, p.181-204, 2017.

CARNEIRO, Marcelo Domingos Sampaio (Coord). In: A expansão e os impactos da soja no Maranhão. In: **A agricultura familiar da soja na região sul e o monocultivo no Maranhão**. Rio de Janeiro: FASE, 2008, p. 75-146.

COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente: florestas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CPISP. **Terras de quilombos com processos no INCRA por estado**. São Paulo, s.d. Disponível em: <<http://www.cpis.org.br/terras/Mapa/mapa.aspx?VerTerras=r>>. Acesso em 20 fev. 2018.

ESCOBAR, Arturo. Displacement, Development, and Modernity in the Colombian Pacific. In: **International Social Science Journal**, vol. 55, n. 175, 2003, pp. 157-168.

\_\_\_\_\_. **La Invención del Tercer Mundo**. Caracas: Edición Fundación Editorial el perro y la rana, 2007.

GASPAR, Rafael Bezerra. ANDRADE, Maristela de Paula. Gaúchos no Maranhão: agentes, posições sociais e trajetórias em novas fronteiras do agronegócio. In: **Revista Pós Ciências Sociais**. v.11, n.22, p. 109-128, jul/dez. 2014.

GERUR. **O agronegócio e os problemas socioambientais no Baixo Parnaíba Maranhense: a luta dos lavradores em defesa de um modo de vida**. São Luís, 2014.

GUDYNAS, Eduardo. Extractivismos em América del Sur: conceptos y sus efectos derrame. In.: ZHOURI, Andréa. BOLADOS, Paola, CASTRO, Edna (Orgs.). **Mineração na América do Sul: neoextrativismo e lutas territoriais**. São Paulo: Annablume, 2016, pp. 23-44.

IBAMA. **Vendas de agrotóxicos e afins no Brasil no período de 2000 a 2016 (unidade: tonelada de ingrediente ativo)**. Brasília, s.d. Disponível em: <[http://ibama.gov.br/phocadownload/qualidadeambiental/relatorios/2016/Historico\\_2000\\_2016.xls](http://ibama.gov.br/phocadownload/qualidadeambiental/relatorios/2016/Historico_2000_2016.xls)>. Acesso em 20 fev. 2018.

IBGE. **Plano Agrícola Municipal**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/pam/2008/>>. Acesso em 20 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Plano Agrícola Municipal**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/pam/2009/>>. Acesso em 20 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Plano Agrícola Municipal**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/pam/2010/>>. Acesso em 20 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Plano Agrícola Municipal**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/pam/2011/>>. Acesso em 20 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Plano Agrícola Municipal**. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/pam/2012/>>. Acesso em 20 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Plano Agrícola Municipal**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/pam/2013/>>. Acesso em 20 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Plano Agrícola Municipal**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/pam/2014/>>. Acesso em 20 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Plano Agrícola Municipal**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/pam/2015/>>. Acesso em 20 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Plano Agrícola Municipal**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/pam/2016/>>. Acesso em 20 fev. 2018.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MARCHI, Elisa. **Accommodation of Cultural Diversity and Collective Rights at the Crossroads of Conservation Discourses**: the Case of Indigenou Communities in Oaxaca, Mexico. Tese (Tese de Doutorado em Ciências Jurídicas). UNIFI. Florença, p. 270. 2016.

MOTA, Carlos Guilherme. Para uma visão de conjunto: a história do Brasil pós-1930 e seus juristas. In: MOTA, Carlos Guilherme. SALINAS, Natasha. Schimitt Caccia (coords.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro**: 1930-dias atuais. São Paulo: Saraiva [Kindle Version], 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. In: SANTOS, Boaventura de Sous, CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013, p. 41-133.

SANTOS, Murilo (diretor). **A soja na terra das chapadas [documentário]**. São Luís: FASE, SMDH, 2008.

SBRP (São Benedito do Rio Preto). **Lei nº 659 de 2008**. São Benedito do Rio Preto, 2008.

SCHLESINGER, Sérgio. NUNES, Sidemar Presotto. A soja na agricultura familiar: os casos de Planalto (PR) e Três de Maio (RS). In: **A agricultura familiar da soja na região sul e o monocultivo no Maranhão**. Rio de Janeiro: FASE, 2008, p. 75-146.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. Disputa pela redefinição da região amazônica. In.: SHIRAISHI NETO, Joaquim, *et al.* **Meio ambiente, território e práticas jurídicas: enredos em conflito.** São Luís: EDUFMA, 2011. p. 23-52.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia.** São Paulo: Gaia, 2003.

TENDLER, Sílvio (diretor). **O veneno está na mesa [documentário].** Rio de Janeiro: Caliban Produções Cinematográficas, 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=V9KJyR9hxJI>>. Acesso em 26 fev. 2017.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Processo nº 0007737-50.2013.8.10.0000.** São Luís, 2014.

WOLF, Eric R. **Sociedades camponesas.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito.** 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

\_\_\_\_\_. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. In: **Revista Seqüência**, n 53, dez. 2006, p. 113-128.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O COMBATE À OBSOLESCÊNCIA NO BRASIL: A  
ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CRISTIANO DOS REIS FERNANDES  
JOSÉ HEDER BENATTI

VOLUME 11 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2020

# O COMBATE À OBSOLESCÊNCIA NO BRASIL: A ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

## THE FIGHT AGAINST PLANNED OBSOLESCENCE IN BRAZIL: THE ANALYSIS OF THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

Recebido: 31/08/2020  
Aprovado: 01/12/2020

Cristiano dos Reis Fernandes<sup>1</sup>  
José Heder Benatti<sup>2</sup>

### RESUMO:

Pesquisa que analisa a proteção jurídica dos consumidores e do meio ambiente contra a prática da obsolescência programada. Busca analisar quais mecanismos jurídicos podem ser utilizados no combate à obsolescência programada em razão do impacto dessa sobre a geração de resíduos sólidos. Para tanto, a metodologia utilizada é de pesquisa aplicada, exploratória em relação aos fenômenos jurídicos, empregou-se predominantemente o raciocínio dedutivo, sem que isso signifique a exclusão do raciocínio indutivo. Utilizam-se como técnicas de pesquisa a bibliográfica, legislativa, jurisprudencial e doutrinária, empregando-se predominantemente a bibliográfica. Conceitua a obsolescência programada correlacionando-a ao modo de vida contemporâneo, analisando a proteção aos consumidores e ao meio ambiente contra essa prática, tanto no Brasil quanto em países como a França e a Espanha, quando se constata a ausência de legislação específica no Brasil. Conclui que o combate à obsolescência programada não é regulamentado no Brasil e que ele tem muito a contribuir para evitar a geração de resíduos sólidos. Aponta a necessidade de definição dos critérios de vida útil de um produto, a aplicação da responsabilidade civil ampliada aos fornecedores fundada no princípio do poluidor-pagador, a necessidade de providências legislativas na competência nacional para a regulamentação do combate à obsolescência programada na Política Nacional das Relações de Consumo e na Política Nacional de Resíduos Sólidos.

**Palavras-chave:** Obsolescência programada. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Consumidor. K32. K13. K12.

### ABSTRACT:

Research that analyzes the legal protection of consumers and environment against the practice of planned obsolescence. It seeks to analyze which legal mechanisms can be used to combat planned obsolescence due to its impact on the generation of solid waste. Therefore, the methodology used is applied research, exploratory in relation to legal phenomena, deductive reasoning is predominantly used, without this signifying the exclusion of inductive reasoning. Bibliographic, legislative, jurisprudential and doctrinal techniques are used as research techniques, predominantly using bibliography. It conceptualizes planned obsolescence by

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciência e Meio Ambiente da Universidade Federal do Pará – UFPA, Professor Universitário do Centro Universitário FAMETRO (Manaus), Advogado, e-mail: prof.cristianofernandes@gmail.com

<sup>2</sup> Advogado, Doutor em Ciências e Desenvolvimento Socioambiental pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Professor Associado da UFPA, Pesquisador do CNPq e Diretor do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA, e-mail: jbenatti@ufpa.br

correlating it to the contemporary way of life, analyzing the protection of consumers and the environment against this practice, both in Brazil and in countries such as France and Spain, when the lack of specific legislation is observed in Brazil. Thus, it concludes that the fight against planned obsolescence is not regulated in Brazil and that it has much to contribute to avoid the generation of solid waste. It points to the need to define the criteria for the useful life of a product, the application of extended civil liability to suppliers based on the polluter pays principle, the adoption of measures to the National Policy on Climate Change regarding Carbon Credits, the need to legislative measures under national jurisdiction to regulate the fight against planned programmed in the National Policy on Consumer Relations and the National Policy for Waste Management.

**Keywords:** Planned obsolescence. National Policy for Waste Management. Consumer.

## 1 INTRODUÇÃO

A rapidez com que os produtos se tornam obsoletos e necessitam serem substituídos é uma percepção que cada vez mais é notada pelas pessoas. Desse fenômeno dois aspectos se destacam, um no campo do direito do consumidor, uma vez que essa substituição constante causa prejuízos aos consumidores especialmente os mais pobres, e outro no campo da proteção ao meio ambiente em razão do descarte dos produtos e de existência de elementos altamente contaminantes nesses resíduos sólidos.

Foi necessário investigar como o Estado Brasileiro está protegendo os consumidores e o meio ambiente em relação a esse fenômeno que tem aumentado a descartabilidade dos produtos adquiridos pelos consumidores.

Dentre as possibilidades para explicar esse fenômeno de diminuição da vida útil dos produtos adquiridos pelos consumidores está a obsolescência programada que consiste na intencional redução do tempo de vida útil dos produtos (OLIVEIRA DA SILVA, 2012), o que implica no induzimento dos consumidores à aquisição de novos bens, uma prática que já é expressamente considerada ilegal e combatida em alguns países como a França e a Espanha, mas que no Brasil não está regulamentada.

Portanto, investigamos como o Brasil está tratando e reprimindo a prática da obsolescência programada considerando que essa prática dos produtores de bens implica em majoração da geração de resíduos sólidos e investigamos a realidade da geração de resíduos sólidos de uma grande capital do Brasil, que foi Manaus, capital do Estado do Amazonas, uma vez que são os municípios que gerem o sistema de coleta de resíduos sólidos.

Partimos da hipótese de que há prejuízo aos indivíduos em seu aspecto econômico e financeiro, e há prejuízo à sociedade quando à utilização dos recursos naturais para a produção de novos bens sem o adequado exaurimento do uso dos bens produzidos anteriormente que em tese ainda são servíveis. Outro efeito direto é o lixo que surge com o descarte dos bens artificialmente tornados “inservíveis”.

Dessa forma, entendemos que existe uma grande importância no estudo aprofundado desse fenômeno de encurtamento da vida útil dos produtos, já que isso provoca consequências nas reservas de recursos naturais, muitos deste recursos minerais são raros, devido ao aumento da demanda de produtos novos que implica também no aumento da geração de resíduos sólidos e no estímulo aos consumidores à uma roda viva de gastos com a aquisição de novos produtos em substituição dos propositalmente tornados obsoletos. Esta lógica acaba afetando mais gravemente os mais pobres, pois sacrifica suas escassas receitas de forma exauriente.

Diante da possibilidade de a obsolescência programada estar prejudicando os consumidores, o meio ambiente e por consequência a economia sustentável, esta pesquisa busca investigar como o Estado Brasileiro tem enfrentado o problema.

A partir dessas considerações, esta pesquisa busca responder a seguinte pergunta: É preciso ter lei que implemente de forma expressa o combate à obsolescência programada?

Para responder esta indagação analisaremos a obsolescência programada a partir da Política Nacional de Proteção das Relações de Consumo e da Política Nacional de Resíduos Sólidos, e como a matéria tem sido tratada no Brasil.

Antes disso, investigamos o modo de vida do humano contemporâneo como sujeito de uma sociedade de consumo e sua dependência do mercado de consumo. Em seguida, conceituamos a prática da obsolescência programada e suas implicações, seguida da análise do impacto que ela causa prática causa

Para enfim ser analisada a proteção jurídica dos consumidores e do meio ambiente contra a prática da obsolescência programada, investigando o cenário jurídico no Brasil e comparando-o a países como a França e Espanha, pois há nesses ordenamentos jurídicos leis de defesa do consumidor e leis de proteção ao meio ambiente que tratam dessa prática de redução da vida útil dos produtos.

Por conseguinte, apresentamos sugestões de modificações legislativas entendidas necessários para a efetivação do combate à obsolescência programada.

Para cumprir esses objetivos, esta pesquisa é exploratória em relação aos fenômenos jurídicos, qualitativa por interpretar os fenômenos objetos da pesquisa, por procedimento bibliográfico e documental, limitando-se no aspecto jurídico à análise do direito do consumidor e do direito ambiental do Brasil em relação à prática da obsolescência programada, correlacionando-o aos ordenamentos jurídicos da França e da Espanha.. A coleta de dados ocorreu por levantamento de informações em bibliografias e documentos e a análise desses dados ocorreu pela síntese das informações obtidas.

Assim, esperamos que os resultados desta pesquisa possam despertar olhares para o tema do combate à obsolescência programa e com isso sejam adotadas medidas para a proteção dos consumidores, do meio ambiente e, por consequência, da economia sustentável.

## **2 O *MODUS VIVENDI* DO HUMANO CONTEMPORÂNEO COMO SUJEITO DE UMA SOCIEDADE DE CONSUMO**

Há determinadas mudanças no *modus vivendi* do humano que causaram significativas alterações de realidade. Schwab (2016) destaca a ocorrência da Revolução Agrícola há cerca de 10.000 anos quando o humano passou a agregar força própria e força animal para produção, transporte e comunicação. Muito tempo depois, após um lento processo de urbanização, houve uma grande aceleração da transformação do modo de vida humano fomentada pelas revoluções industriais.

A 1ª Revolução Industrial ocorreu entre 1760 e 1840 com a produção mecânica movida por motores a vapor (carvão e aço) substituindo a força motriz humana e animal. Já no final do Século XIX e início do Século XX houve a 2ª Revolução Industrial decorrente do emprego da energia elétrica e da massificação da produção industrial por emprego de técnicas de produção denominada “*linha de montagem*” (SCHWAB, 2016).

E na década de 1960 ocorre a 3ª Revolução Industrial, chamada de “*Revolução Digital ou do computador*” quando foram empregados semicondutores e computação (anos 60) seguida de acesso pessoal a computadores (anos 70 e 80) até o acesso à internet (anos 90).

Apontando Schwab (2016) para a contemporaneidade da 4ª Revolução Industrial que vai além de sistemas e máquinas inteligentes e conectadas, ocorrendo uma fusão entre os domínios físicos, digitais e biológicos, tais como sequenciamento genético, nanotecnologia, veículos autônomos, impressão 3D, *blockchain*, entre outros.

Um dos efeitos desse processo foi a vulnerabilidade dos sujeitos de direito ao mercado de consumo, uma vez que os consumidores passaram a depender dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores (MIRAGEM, 2016).

Essa dependência do mercado de consumo se dá pelo fato de não produzirmos os bens que necessitamos para viver (MIRAGEM, 2016) já que alimentação, vestuário, construção, transporte, entre outros, são bens e serviços oferecidos pelos fornecedores em um ciclo de estímulo ao consumo e isolamento alienante daqueles que não são dotados de capacidade financeira.

Assim, o atual sistema econômico e cultural têm consolidado uma sociedade consumista, criando “necessidades” inúteis, e que foi se estabelecendo pela transformação do capitalismo e do consumo em cada uma das etapas pelas quais a sociedade passou durante os processos de revolução (industrial, da informação, tecnológica) (SCHWAB, 2016), sendo que os seres humanos foram reificados e tornados dependentes do mercado de consumo.

Assim, é inferível que todos somos no mínimo potenciais consumidores, desde que possamos pagar o que é oferecido pelo mercado de consumo (MIRAGEM, 2016). E ao não produzimos o que consumimos tornamo-nos reféns do mercado de consumo, o que nos expõe às práticas industriais e comerciais dos fornecedores que detêm os meios de produção e de distribuição dos bens.

Outro efeito é o impacto ambiental decorrente da massificação da produção frente a uma crescente demanda da sociedade de consumo. E essa demanda gera impactos em outras áreas tais como a do trabalho de mineração e de extração que Crane (2013) chamou de escravidão contemporânea.

Esse impacto ao meio ambiente é potencializado em razão da economia ter uma matriz linear em oposição à ideia de uma economia circular que reduziria os impactos ambientais pela diminuição da geração de resíduos sólidos (JACOBI e GIATTI, 2017).

Nesse cenário está o problema do uso de recursos inexplorados para a produção de novos produtos que tem sua necessidade de aquisição estimulada pela obsolescência programada e implica em prejuízo ao modelo sustentável de economia.

### 3 NOÇÃO DE OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

“Tudo começou com a lâmpada” explica Oliveira da Silva (2012) quando aponta que um cartel de fabricantes realizou uma reunião em Genebra durante a década de 1920 e definiu que uma lâmpada deveria durar apenas 1.000 horas, apesar de a tecnologia da época permitir uma duração superior. Essa circunstância é abordada no documentário espanhol “*Comprar, llenar, comprar*” (comprar, jogar, comprar) lançado internacionalmente como “*The Light Bulb Conspiracy: the untold story of the planned obsolescence*” (A conspiração da lâmpada: a história secreta da Obsolescência programada) de Cosima Dannoritze (2010).

Segundo London (1933 *apud* OLIVEIRA DA SILVA, 2012) em seu livro “*The New Prosperity*”, a obsolescência programada foi utilizada como consolidada estratégia da indústria para retomar o crescimento após a crise de 1929, já que tomou como premissa a seguinte ideia: quanto mais as pessoas consumissem, maior seria a produção industrial e, por conseguinte, maior seria a oferta de empregos, o que geraria mais renda e por efeito maior consumo.



Notadamente, o pensamento daquela época em nada sopesava sobre os impactos ao meio ambiente e aos consumidores que a obsolescência programada causava.

Para Silva (2012) a obsolescência programada é uma estratégia industrial que busca provocar a redução da vida útil dos produtos e a decorrente necessidade de substituição deles por novos, perpetuando, assim, a roda vida da economia na sociedade de consumo, afirmando a autora que a estratégia se centra na descartabilidade acelerada dos bens.

E Bruno Miragem (2016), em nota de rodapé, alerta que a estratégia empresarial da obsolescência programa consiste na redução da durabilidade e da utilidade dos bens com o propósito de estimular a substituição desses de forma periódica e ciclo repetido de novas vendas.

Prossegue o autor definindo a conexão do tema com a necessidade de definição da expectativa de duração razoável dos bens de consumo para assim definir o que vem a ser vício de produto, entendendo o autor que a temática extrapola o direito do consumidor, atingindo a ordem econômica pelo sistema econômico e causa efeitos desafiadores à sustentabilidade, à preservação ambiental e à gestão de matérias-primas.

Como visto, a prática intencional de encurtamento da vida útil de um produto ocorre há quase um século e se faz cada vez mais efetiva em razão daquilo que Zambon (2015) identificou como a correlação entre o aumento da descartabilidade por substituição em razão do grau de inovação dos novos produtos e o grau de percepção de utilidade dos produtos já adquiridos. Basta observar que cada vez mais os produtos se tornam obsoletos de forma rápida já que aparelhos domésticos, televisores, telefones sofrem com o curto período de lançamento de novos aparelhos com novos *designs* e dotados de novas tecnologias o que estimula o consumo e aumenta a descartabilidade dos bens.

Assim, temos uma das práticas mais abomináveis utilizadas atualmente contra o consumidor e contra o meio ambiente que é a obsolescência programada, uma vez que consiste em intencionalmente reduzir o tempo de vida útil dos produtos e como isso obrigar os consumidores a adquirir novos bens (OLIVEIRA DA SILVA, 2012).

O argumento principal utilizados pelas indústrias é que a renovação dos produtos aquece a economia e gera empregos (LONDON, 1933 *apud* OLIVEIRA DA SILVA, 2012) não deve se sustentar, uma vez que não dizem nada, ou pouca coisa, em relação a necessidade de preservação do meio ambiente pela aplicação racional dos recursos com incentivo à redução do uso, ao reuso e à reciclagem, conduta lesiva essa que perpetua a nossa economia como linear (JACOBI e GIATTI, 2017).

Daí a necessidade de se discutir a proibição da obsolescência programada para reduzir o uso dos recursos naturais que deve ser aliada a uma política de incentivo à redução do uso, da reutilização, da reciclagem e da logística reversa para fomentar a amenização do impacto ambiental causado pela atividade humana.

Assim, é possível afirmar que a obsolescência programada é um fenômeno que tem causa nas práticas fabris e tecnológicas a fim de reduzir a fase de utilização dos produtos disponibilizados ao mercado de consumo para conduzir os consumidores à aquisição de novos produtos, o que acarreta maior onerosidade aos consumidores, maiores impactos ambientais pelo aumento da demanda de matéria-prima e aumento da geração de resíduos sólidos provenientes dos produtos descartados por terem sofrido a substituição por produtos “atualizados”.

### 3.1 A obsolescência programada como ato e não como potência

A obsolescência programada pode parecer algo que beira a ficção científica ou até ter aparência de discurso típico das teorias de conspiração desprovidas de nexos com a realidade, já que diante da realidade complexa, especialmente da tecnologia em constante renovação, notoriamente, os consumidores são hipossuficientes técnicos (MIRAGEM, 2016) e assim têm dificuldades para compreender o que há por trás de uma tela de telefone celular ou de um moderno televisor. Bem como, foge ao alcance do conhecimento das pessoas os conceitos sobre infraestrutura lógica dos algoritmos de programação que fazem os atuais eletroeletrônicos e eletrodomésticos funcionarem melhor ou pior.

Assim, é natural que haja a desconfiança da existência da obsolescência programada. Nesse sentido, há de se falar na filosofia primeira de Aristóteles, metafisicamente, pois os seres distinguem-se em ato e potência, definindo o primeiro como o que efetivamente é e o segundo como o que pode vir a ser (ABBAGNANO, 2007). Ou seja, o ser é o que é ou o que pode vir a ser, conforme o ato ou a potência.

Assim, em relação ao direito ambiental, a responsabilidade civil ambiental dos fornecedores de produtos existe, uma vez que nesse ramo do direito o princípio da prevenção e o princípio da precaução são aplicáveis, o primeiro para o caso de dano conhecido e provado, o segundo para o caso de dano provável, ou seja, dano em ato ou em potência (SILVA, 2016). Aplica-se ainda o princípio do poluidor pagador para o caso de danos ambientais em ato.

A obsolescência programada pode parecer algo que beira a ficção científica ou até ter aparência de discurso típico das teorias de conspiração desprovidas de nexos com a realidade, já que diante da realidade complexa, especialmente da tecnologia em constante renovação, notoriamente, os consumidores são hipossuficientes técnicos (MIRAGEM, 2016) e assim têm dificuldades para compreender o que há por trás de uma tela de telefone celular ou de um moderno televisor. Bem como, foge ao alcance do conhecimento das pessoas os conceitos sobre infraestrutura lógica dos algoritmos de programação que fazem os atuais eletroeletrônicos e eletrodomésticos funcionarem melhor ou pior.

Contudo, ampliando-se a pesquisa para fatos ocorridos no mundo, observa-se que a obsolescência programada efetivamente existe em ato, pois há notícias de que empresas como a Apple está sendo investigada por prática de obsolescência programada nos Estados Unidos da América e na França, há 130 mil pessoas no Chile em ação coletiva contra a referida empresa, conforme reporta o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (2019), na notícia “*Obsolescência programada: Idec recolhe denúncias de consumidores do iPhone*”.

Ainda, Rubio (2018) noticiou no jornal “El País” por meio da matéria intitulada “Um celular poderia durar 12 anos se sua vida não fosse encurtada de propósito” que a agência governamental reguladora de mercado e concorrência da Itália (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) multou a Samsung em € 5.000.000,00 (cinco milhões de Euros) e a Apple em € 10.000.000,00 (dez milhões de Euros) por conduzirem forçadamente os consumidores a atualizações de *softwares* que tornaram os aparelhos eletroeletrônicos dos consumidores e provenientes dessas empresas mais lentos, como uma espécie de tentativa de forçar a substituição por aparelhos novos “mais rápidos”, por consequência. Sendo que a autoridade italiana considerou essas práticas das empresas Samsung e Apple como “*práticas comerciais desleais*”.

A veracidade da notícia foi confirmada, uma vez que consta no relatório anual de atividades realizadas pela *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, uma autarquia italiana instituída pela Lei Italiana nº 287, de 10 de outubro de 1990, que tem como competência

a proteção à livre concorrência e ao mercado, bem como, a proteção dos consumidores da Itália<sup>3</sup>.

Observa-se que essa autarquia noticia que se utiliza de conhecimento e análise aprofundada das características e da dinâmica competitiva de mercado tecnológico para desenvolver investigações como o fez para constatar que as empresas Apple e Samsung colocaram em prática a obsolescência programada em seus telefones, atualizando os respectivos *softwares* de forma danosa aos consumidores.

Logo, resta claro que existe a obsolescência programada em ato e não apenas em potência e é urgente a necessidade de proteção do meio ambiente e dos consumidores contra essa prática.

### 3.2 A necessidade do combate à obsolescência programada

A necessidade do combate à obsolescência programada decorre do fato de ela causar tanto prejuízo econômico e financeiro aos consumidores que sofrem com o encurtamento da vida útil dos bens de consumo, quanto decorre do fato de essa forçada antecipação da necessidade de aquisição de novos bens em substituição aos bens tornados obsoletos requer maior demanda de recursos naturais e o aumento da geração de resíduos sólidos, causando maior impacto ambiental, já que a geração de Carbono equivalente (CO<sub>2</sub>eq.)<sup>4</sup> na fase de produção de bens de consumo é maior que a geração na fase de consumo propriamente dita.

Quanto aos impactos aos consumidores, esses ocorrem em razão do *modus vivendi* do humano contemporâneo, conforme já exposto nesta pesquisa. Ou seja, a vulnerabilidade dos consumidores em razão da dependência deles em relação aos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, uma vez que os consumidores não são capazes de produzir seus próprios bens. Ficando assim, expostos às práticas abusivas de encurtamento da vida útil dos bens quer seja pela falha do produto, como aponta London (1933 *apud* OLIVEIRA DA SILVA, 2012), quer seja pela artificial demanda de substituição do bem em razão da inovação dos novos produtos e da percepção de falta de utilidade dos produtos já adquiridos intencionalmente provocada, como apontam Zambon *et al* (2015).

E quanto ao impacto ao meio ambiente, nesse aspecto está o estudo de Lhotellier, Less, Bossanne e Pesnel (2018) publicado pela *Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie* – ADEME (Agência para o Ambiente e Gestão de Energia), órgão governamental da

<sup>3</sup> Consta no referido relatório:

*Inoltre, la conoscenza e l'approfondimento delle caratteristiche e delle dinamiche concorrenziali dei mercati tecnologici è stata messa a frutto anche in altre istruttorie, quali quelle nei confronti delle società Apple e Samsung, che hanno posto in essere pratiche scorrette consistenti nell'obsolescenza programmata di telefoni cellulari mediante il download di aggiornamenti software dannosi per gli stessi, senza fornire adeguate informative ai consumatori. (AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, 2019, p. 52).* Além disso, o conhecimento e a análise aprofundada das características e dinâmicas competitivas dos mercados tecnológicos também foram utilizados em outras investigações, como as contra as empresas Apple e Samsung, que colocaram em prática práticas incorretas que consistem na obsolescência programada de telefones celulares baixando atualizações de software malicioso para eles, sem fornecer informações apropriadas ao consumidor (tradução livre).

<sup>4</sup> Carbono equivalente ou Equivalência de Dióxido de Carbono que pode ser representado por “CO<sub>2</sub>eq” ou “CO<sub>2</sub>e” não se confunde com o próprio Dióxido de Carbono (CO<sub>2</sub>), já que é a medida internacional convencionada para aferição da emissão de gases do efeito estufa (*Greenhouse Gases*) com o objetivo de equivaler outros gases nocivos para a apuração em Carbono do potencial de aquecimento global, segundo o *Intergovernmental Panel on Climate Change* – IPCC (2014).

Por exemplo, o IPCC estima que 1 tonelada métrica de CH<sub>4</sub> tem um potencial de aquecimento global equivalente a 28 toneladas métricas de CO<sub>2</sub> em cumulatividade por 100 anos; 1 tonelada métrica de N<sub>2</sub>O tem um potencial de aquecimento global equivalente a 265 toneladas métricas de CO<sub>2</sub> em cumulatividade por 100 anos; 1 tonelada métrica de CF<sub>4</sub> tem um potencial de aquecimento global equivalente a 6630 toneladas métricas de CO<sub>2</sub> em cumulatividade por 100 anos; ou 1 tonelada métrica de HFC-152a tem um potencial de aquecimento global equivalente a 138 toneladas métricas de CO<sub>2</sub> em cumulatividade por 100 anos (IPCC, 2014).

O IPCC é uma entidade internacional criada em 1988 pela *World Meteorological Organization* – WMO (Organização Meteorológica Mundial - OMM) e pela *United Nations Environment Programme* - UNEP (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - Pnuma) e “foi estabelecido com a missão de avaliar as pesquisas, interpretá-las e reunir todas as informações relevantes, tanto técnicas quanto socioeconômicas, em relatórios abrangentes, de fácil compreensão e acessíveis a todos” (WOLFFENBÜTTEL, 2007).

França equivalente ao Ministério do Meio Ambiente no Brasil. Tal estudo aponta que haverá a redução do impacto ambiental se houver o aumento da vida útil de eletrônicos tais como telefones celulares e máquinas de lavar roupa, tudo por meio de extensão de garantias, reparos mais fáceis, disponibilidade de peças sobressalentes, entre outros.

Na referida pesquisa, constatou-se que o maior impacto ambiental por geração de CO<sub>2</sub> eq. nos principais produtos de tecnologia de uso diário (televisores, monitores e celulares) ocorre na fase de obtenção da matéria prima necessária para a produção, chegando a 80% do impacto ambiental, outros 10% com transporte e manufatura dessa matéria-prima fabricação e distribuição/comércio de um televisor, e apenas 10% de impacto ambiental com o uso ao longo da vida útil do aparelho, sendo no caso dos aparelhos celulares um impacto ambiental ínfimo durante a fase de uso. Ou seja, produzir um novo produto causa muito mais impacto ao meio ambiente do que manter um produto já produzido.

Logo, a referida tese se funda a ideia de a produção com base em matéria-prima inexplorada ter maiores emissões totais de gases do efeito estufa que a *pegada de carbono*<sup>5</sup> por ano de uso do bem. Por conseguinte, se houver o aumento do tempo de vida útil do bem, haverá a redução da necessidade da substituição do bem e anualmente haverá menor impacto ambiental com a redução da produção de CO<sub>2</sub> eq.

Contudo, a dinâmica do mercado de consumo pela introdução de novas tecnologias em meio a um ambiente competitivo e de geração de riqueza impulsiona principalmente o mercado de eletrônicos e de telecomunicações, o que causa reflexos ao volume de resíduos sólidos, conforme ensina Zambon *et al* (2015). Sendo tais os resíduos sólidos designados comumente como “lixo eletrônico” e recebendo a sigla REEE – Resíduo de Equipamentos Eletroeletrônicos, conforme, ensina Panizzon *et al* (2017), por serem formados por equipamentos eletrônicos.

A importância do combate à obsolescência programada é claramente perceptível nas palavras do movimento popular francês *Halte à L'Obsolescence Programmée* (HOP) (2019) que afirma que o combate à obsolescência programada permite a redução da extração de recursos naturais inexplorados, a redução da produção de resíduos sólidos, uma vez que os produtos deixam de se tornar facilmente obsoletos, e, conseqüentemente, o aumento do poder econômico das famílias que deixam de sofrer com as necessidades cíclicas de substituição dos bens já adquiridos. E destaca que há uma questão climática importante: “*usando 50% mais produtos de informática e eletrônicos, têxteis e móveis, poderíamos economizar quase 77 milhões de toneladas de CO<sub>2</sub> por ano, o dobro da emissão anual de transporte aéreo francês*” (traduzido)<sup>6</sup>. Como visto, há vantagens tanto para os consumidores, quanto para a economia e para o meio ambiente.

Essa estimativa é afirmada por Lhotellier *et al* (2018) em pesquisa publicada pela *Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie* – ADEME (Agência para o Ambiente e Gestão de Energia) na qual estima que o combate à obsolescência programada permitirá a economia de 77 milhões de toneladas de CO<sub>2</sub> por ano na França.

Dessa forma, indubitável são os benefícios para o Brasil que tem uma população muito maior e via de consequência, uma potencialidade de consumo mais ampla, o que acarreta maiores consequências à economia e ao meio ambiente em caso de combate à obsolescência programada.

<sup>5</sup> Pegada de Carbono (*Carbon Footprint*) “mede as emissões totais de gases de efeito estufa causadas direta e indiretamente por uma pessoa, organização, evento ou produto” ([...]“measures the total greenhouse gas emissions caused directly and indirectly by a person, organisation, event or product”) (CARBON TRUST, 2018).

<sup>6</sup> *Allonger la durée de vie des produits est au cœur de l'économie circulaire: cela permet de réduire l'extraction de ressources et la production de déchets issus des produits trop vite obsolètes, tout en améliorant le pouvoir d'achat des ménages écœurés par le gaspillage et les pratiques de certains fabricants. C'est également un enjeu climatique important: en utilisant 50% plus longtemps les produits informatiques et électroniques, le textile et les meubles, nous pourrions économiser près de 77 millions de tonnes de CO<sub>2</sub> par an, soit 2 fois les émissions annuelles du transport aérien français* (HALTE À L'OBESOLESCENCE PROGRAMMÉE, 2019).

#### 4 A PROTEÇÃO CONTRA A PRÁTICA DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

No Brasil não há previsão legal expressa do combate à obsolescência programada. O mais próximo disso é a definição do inciso XXI do art. 13 do Decreto nº 2.181/1997 que considera “prática infrativa” do fornecedor a não oferta de componentes e peças de reposição durante o período em que fornecer os produtos ao mercado de consumo e após cessado o fornecimento pelo período de vida útil do bem.

No plano legal, o que há é o Projeto de Lei nº 2833/2019 que busca adicionar inciso ao art. 39 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor para vedar a obsolescência programada. Nesse sentido, a intenção do projeto de lei é introduzir a obsolescência programada como prática comercial abusiva contra o consumidor.

Nesse referido projeto de lei, há a definição de obsolescência programada como “prática abusiva a redução artificial da durabilidade dos produtos ou do ciclo de vida de seus componentes, com o objetivo de torná-los obsoletos antes do prazo estimado de vida útil”.

Nesse sentido, observa-se que o *mens legislatoris* é no sentido de fixar como prática abusiva a redução proposital e voluntária da durabilidade dos bens tomando como base o critério vida útil.

Contudo, o objetivo é a instituição por meio do referido projeto de lei enfrenta a ausência da especificidade da definição do que vem a ser vida útil de um bem. E em forçosa exegese, buscando a completude do ordenamento jurídico é possível a utilização heteróloga das definições da Instrução Normativa RFB nº 1700, de 14 de março de 2017, da Receita Federal do Brasil, que define em tabela extensa a vida útil de bens para fins de tributação, já que no Anexo III, a referida instrução normativa apresenta as “*TAXAS ANUAIS DE DEPRECIACÃO*”.

Desse modo, é constatado que não há um instrumento expresso de combate à obsolescência programada no Brasil.

##### 4.1 A proteção aos consumidores no Brasil contra a obsolescência programada

Como já afirmado acima, a prática da obsolescência programada causa efeitos danosos não apenas ao meio ambiente, mas também à economia e aos consumidores. E que não há no Brasil legislação consumerista que vise especificamente a proteção dos consumidores contra a prática vil da obsolescência programada.

A jurisprudência brasileira também não apresenta precedente específico para o caso de obsolescência programada. O fato é constatado por meio de pesquisa no sítio oficial da Rede de Informações Legislativa e Jurídica no domínio governamental <<https://www.lexml.gov.br/>>, realizando-se a pesquisa por jurisprudência com a expressão “obsolescência programada”, os resultados são de zero recorrências. Bem como, não se obtém resultados quanto se realiza pesquisa nos sítios oficiais dos tribunais superiores.

O mais próximo possível da tutela jurisdicional aos consumidores que o Estado Brasileiro propicia é assentando-se nas teses sobre vícios ocultos de difícil constatação.

O Superior Tribunal de Justiça (2011) em Recurso Especial (REsp 1123004 / DF) definiu que deve ser observando o critério da vida útil do bem para que o fornecedor não tenha uma obrigação eterna. Mas, se durante o período da vida útil do produto for constatado algum vício oculto terá o consumidor o direito à garantia com contagem do prazo na forma do § 3º do art. 26 do Código de Defesa do Consumidor.

Em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça (2012) formou precedente em extenso acórdão em Recurso Especial (REsp 984106 / SC) para: 1) definir que não se confundem os

prazos para garantia legal em relação à vício aparentes que são de 30 ou 90 dias, segundo os incisos do *caput* do art. 26 do CDC; 2) definir que a finalidade da garantia é a proteção do adquirente contra desgastes do produto antes do tempo que se considera adequado para o surgimento natural dos desgaste pelo uso; 3) classificar como vícios intrínsecos do produto aqueles preexistentes à aquisição, tais como erros de projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, dentre outros, e que só se tornaram aparentes após a garantia dada aos vícios aparentes, não tendo esses vícios conexão direta com o uso, mas com as próprias características ocultas e latentes até sua descoberta; 4) reafirmar a vida útil do bem como critério temporal para a proteção dos consumidores contra os vícios ocultos, independentemente da garantia legal ou contratual; 5) definir como vício por inadequação o fato de um produto durável ter uma “vida útil inferior àquela que legitimamente se espera”, considerando ainda prática que evidencia a quebra da boa-fé objetiva do contrato.

Como visto, esses julgados se prestam a tratar a obsolescência programada de forma indireta, pois sequer reconhecem que “a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava” (STJ, REsp 984106 / SC, 2012) pode ser considerada a prática da obsolescência programada, considerando apenas a ocorrência de “um defeito de adequação (art. 18 do CDC)” e que isso implica na “quebra da boa-fé objetiva”.

Como visto, o Superior Tribunal de Justiça busca garantir o cumprimento da vida útil do bem pelo critério da garantia contra vícios. Contudo, não enfrenta a questão da tecnicidade vil de redução da referida vida útil de um produto para forçar o consumidor à aquisição de novos bens no mercado de consumo.

Bem como, não se vê nos precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça a definição da vida útil dos produtos, apesar da *ratio decidendi* ser fundada nela, o que denota um óbice à efetiva tutela jurisdicional dos consumidores contra a abusiva prática da obsolescência programada.

Desse modo, apenas pela busca da defesa aos consumidores contra defeitos e vícios de produtos é que a Jurisdição brasileira acaba por indiretamente e difusamente coibir de maneira tímida a obsolescência programada. Nesse sentido é possível inferir que o combate à obsolescência programada é meramente incidental.

Por via de consequência, o Estado Brasileiro não adota medidas legislativas para a definição da ilicitude das práticas de obsolescência programada e sem essa definição acaba por inexistir atitudes executivas da Política Nacional de Proteção aos consumidores. E nessa esteira, também o Judiciário não tem enfrentado a questão. Logo, há falar na completa ausência do Estado Brasileiro em seus três poderes para o enfrentamento e o combate à obsolescência programada no Brasil em defesa dos consumidores e por conseguinte, em defesa do meio ambiente e da economia.

#### 4.2 A proteção ao meio ambiente no Brasil contra a obsolescência programada

Ainda, uma vez considerando que há efeitos nefastos também ao meio ambiente em razão tanto da maior emissão de CO<sub>2</sub>eq pela produção de novos bens para substituir os bens desnecessariamente tornados obsoletos, bem como, em razão da produção de resíduos sólidos, há falar na necessária reflexão desse cenário sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Em relação à legislação ambiental brasileira, não há o enfrentamento expresso da obsolescência programada. Inclusive no próprio Ministério do Meio Ambiente, em pesquisa no sítio oficial do ministério é possível encontrar apenas uma referência à obsolescência programada quanto o ministério noticia que “*Servidores do MMA fazem sugestões para a*

*Conferência do Meio Ambiente*<sup>7</sup>, publicado em 01/08/2013, quando foi feita a proposta de conferência livre no eixo “Produção e consumo sustentável” com o objetivo de “1. Criar um plano de ação para combater a obsolescência programada”.

É na Lei nº 12.305/2010 que se assenta a Política Nacional de Resíduos Sólidos e nela estão definidos alguns conceitos importantes para alcançar a defesa dos consumidores e do meio ambiente contra as práticas da obsolescência programada.

A lei define como resíduos sólidos (art. 3º, inciso XVI) todo “material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas” podendo ele se encontrar nos estados sólido ou semissólido, gases em recipientes e líquidos que não se possa lançar nos esgotos ou corpos d’água, bem como todo e qualquer resíduo que não seja viável a continuidade do uso de tal bem. Já os geradores de resíduos sólidos (art. 3º, inciso IX) são todas e quaisquer pessoas que produzam ou gerem tais resíduos “por meio de suas atividades, nelas incluído o consumo”. E ainda institui a lei que o ciclo de vida do produto (art. 3º, inciso IV) é formado por várias etapas de “desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final”.

Para tanto, a lei define a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos (art. 3º, inciso XVII) como um “conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos”, sendo esse conjunto de atribuições objetivado à “minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, [...] reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos”.

Machado (2013) destaca que o princípio da responsabilidade compartilhada objetiva primordialmente “diminuir o volume de resíduos e reduzir o impacto à saúde e ao meio ambiente”. Ou seja, tal princípio serve de arrimo para toda a Política Nacional de Resíduos Sólidos, já que busca envolver fabricantes, comerciantes, distribuidores, importadores e consumidores em relação à responsabilidade pela preservação o meio ambiente.

E a lei define que somente se esgotados os meios para reutilização ou reciclagem dos resíduos sólidos é que um resíduo sólido pode ser considerado rejeitos (art. 3º, inciso XV), ou seja, o que não seja possível tratamento ou recuperação, restando apenas a alternativa de disposição final ambientalmente adequada.

Tem-se como destinação final ambientalmente adequada (art. 3º, inciso VII) a destinação de tais resíduos sólidos a fim de atender às prioridades da Política Nacional de Resíduos Sólidos “inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas”. Mas essa não deve ser confundida com a disposição final ambientalmente adequada (art. 3º, inciso VIII) que vem a ser a distribuição dos rejeitos em aterros sanitários.

Assim, o ciclo da vida do produto (art. 3º, inciso IV) deve ser otimizado para a maior duração entre as fases consumo e a disposição final, uma vez que se parte da premissa de que a menor produção de CO<sub>2</sub>eq está na fase de consumo. Uma vez realizada a última fase do ciclo da vida do produto, deve haver a coleta seletiva (art. 3º, inciso V) com a priorização da reutilização (art. 3º, inciso XVIII), seguida da logística reversa (art. 3º, inciso XII) e eventual reciclagem (art. 3º, inciso XIV) dos resíduos sólidos (art. 3º, inciso XVI), para só assim considerar os resíduos sólidos como rejeitos (art. 3º, inciso XV), garantindo com isso a destinação final ambientalmente adequada (art. 3º, inciso VII) e a inevitável disposição final ambientalmente adequada (art. 3º, inciso VIII). Para tanto, é necessário que os geradores de resíduos sólidos (art. 3º, inciso IX) assumam efetivamente a responsabilidade compartilhada

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/9525-servidores-do-mma-fazem-sugest%C3%B5es-para-confer%C3%Aancia-do-meio-ambiente.html>>. Acesso em 15 jul. 2019.

pelo ciclo de vida dos produtos (art. 3º, inciso XVII) para garantir os padrões sustentáveis de produção e consumo (art. 3º, inciso XIII).

Nesse sentido, há falar da necessidade do combate à obsolescência programada (conceito inexistente no art. 3º), já que por meio dela cumpre-se o objetivo da garantia dos padrões sustentáveis de produção e consumo uma vez que permite alcançar melhores condições de vida pela diminuição da onerosidade com a aquisição contínua de bens de consumo e assim deixa de comprometer a qualidade ambiental e o atendimento das necessidades das gerações futuras, considerando que diminui o impacto ambiental pela redução da produção de CO<sub>2</sub>.

Como visto, o tema obsolescência programada não é enfrentado na seara da lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, apesar de ser inequívoca a necessidade de seu combate.

Todavia, é possível inferir a existência de óbices à obsolescência programada quando se analisa atentamente o *caput* do art. 9º da Lei nº 12.305/2010<sup>8</sup> (Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos).

Convém esclarecer o motivo do *caput* do art. 9º da Lei nº 12.305/2010 ter algum papel no combate à obsolescência programada. Para tanto, basta observar que o referido dispositivo traça as prioridades para a gestão e o gerenciamento de resíduos sólidos no aspecto geral da Política Nacional de Resíduos Sólidos do Brasil. Nesse sentido, o legislador determinou como principal prioridade a não geração de resíduos sólidos.

Assim, estaria o combate à obsolescência programada apresentado de maneira tácita na prioridade pela não geração de resíduos sólidos. Nesse sentido, cumpre explicar que se a obsolescência programada consiste em técnica para encurtar a vida útil de um bem, provocando a necessidade de substituição do mesmo, inevitável é a conclusão que somente com o combate à obsolescência programada o Brasil estará atendendo à maior prioridade da gestão e gerenciamento de resíduos sólidos expressa na Política Nacional de Resíduos Sólidos. A contrário senso, se nada for implementado quanto ao combate à obsolescência programada, inevitável é a geração de resíduos sólidos e o descumprimento das prioridades da lei.

Logo, considerando a obsolescência programada como uma das causas da geração de resíduos sólidos em razão do aumento do descarte por efeito da redução de tempo de vida útil dos bens de consumo. Inegável é a necessidade de combate à obsolescência programada como meio para atender a principal prioridade da gestão e gerenciamento dos resíduos sólidos no Brasil, a saber: a não geração.

Portanto, resta claro que não há na legislação sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos o efetivo e direto combate à obsolescência programada. Há sim, medidas para amenizar os efeitos dela, mas não há o respeito ao princípio da prevenção e ao princípio da precaução, já que trata das consequências sem buscar evitar as causas do aumento da geração de resíduos sólidos pela nefasta prática da obsolescência programada que traz consequências ao meio ambiente.

#### 4.3 A proteção contra a obsolescência programada no Direito Comparado

Diante da ausência de enfrentamento direto do Brasil em relação ao problema da prática da obsolescência programada a necessidade da observância de como outros países tem abordado o fato é necessária.

No Estado Francês há a previsão legal no art. L441-2 do Código de Consumo daquele país que define a obsolescência programada como uma atividade técnicas de redução deliberada da vida útil dos produtos como forma de estimular o aumento da taxa de reposição dos bens.

<sup>8</sup> Art. 9º Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.



Importante destacar que o referido artigo está topograficamente incluso no Título das Fraudes do Livro da Conformidade e Segurança dos Produtos e Serviços. Assim, há falar que o Estado da França entende a obsolescência programada como fraude contra a conformidade e segurança dos produtos e serviços. Desse modo, ao caracterizar como ilícita a prática da obsolescência programada, a França concede aos consumidores a proteção individual quando lesados, bem como, permite-se a imposição de sanções por meio da proteção difusa aos consumidores.

Ainda na França, o Código do Meio Ambiente trata do tema em seu art. L541-1, introduzindo o combate à obsolescência programada como 2º objetivo da Política Nacional de Prevenção e Gestão de Resíduos da França, determinando a utilização do critério vida útil do bem e a promoção da informação aos consumidores como principal ferramenta de combate à obsolescência programada. Ainda, é previsto a participação dos agentes econômicos para a definição da vida útil esperada aos produtos.

Já a Espanha apresenta a forma de combate à obsolescência programada que decorre explicitamente da utilização do princípio poluidor-pagador para atribuição da responsabilidade civil dos fabricantes de produtos que geram resíduos sólidos.

Nesse sentido está o artigo 11 da Lei nº 22/201, de 28 de julho, lei de resíduos e solos contaminados, nele é adotado o princípio poluidor-pagador que pode ser definido como um princípio cautelar, preventivo-reparador e de natureza econômica que objetiva imputar os custos com a diminuição ou afastamento do dano ambiental àqueles que podem causar tal dano, bem como imputar ao causador do dano a responsabilidade pela reparação dos impactos ambientais (OLIVEIRA, 2017). No Brasil, tal princípio tem fundamento no inciso VII do art.4º da Lei nº 6.938/1981 que trata da Política Nacional de Meio Ambiente.

Ainda há o Decreto Real 110/2015, de 20 de fevereiro de 2015, sobre política de resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos. Nesse dispositivo legal, o Ministério da Agricultura, Alimentação e Meio Ambiente da Espanha faz a exposição de motivos direcionada ao princípio da responsabilidade ampliada do produtor pela aplicação do princípio do “poluidor-pagador”, impondo ao fabricante do equipamento elétrico ou eletrônico a obrigação de assumir o financiamento da gestão da resíduos provenientes de seus dispositivos.

Como visto, a Espanha adotou a teoria da responsabilidade civil ampliada dos fornecedores de produtos elétricos e eletrônicos fundada no princípio do poluidor-pagador, objetivando forçar a produção de tais bens no sentido de facilitação de desmontagem, reparação, reciclagem, aumento da vida útil e redução de emprego de substâncias perigosas para a redução do custeio da gestão de resíduos.

No citado Decreto Real, destaca-se o art. 4 que regulamenta a forma como se deve cumprir as obrigações decorrentes da produção de aparelhos eletroeletrônicos e gestão de seus resíduos. Nesse Decreto Real a Espanha concentra a responsabilidade civil sobre os produtores de bens elétricos e eletrônicos, determinando que os consumidores têm a obrigação de entregar tais produtos à rede de logística reversa e reciclagem de responsabilidade dos produtores. Desse modo, a responsabilidade pelo custeio da destinação final ambientalmente adequada dos produtos elétricos e eletrônicos são por inteiro dos fabricantes.

Postura legislativa semelhante é adotada no Brasil ao dispor o art. 28 combinado com o art. 33 da Lei nº 12.305/2010, que há a obrigação dos produtores de resíduos sólidos domiciliares que estejam sujeitos à logística reversa de entregarem tais resíduos nos locais de coletas. Contudo, não é notória a execução dos referidos dispositivos legais.

Portanto, observa-se que países como a França e a Espanha estão na vanguarda do combate à obsolescência programada, tratando do tema com a seriedade que lhe é pertinente

para a defesa do meio ambiente, da economia e dos consumidores, servindo esses modelos de referências para a implementação da aludida proteção no ordenamento jurídico brasileiro.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa foi desenvolvida apresentando uma reflexão sobre o modo de viver do humano contemporâneo imerso em uma sociedade de consumo em que a dependência do mercado é umbilical e até de sobrevivência, uma vez que praticamente tudo que se precisa para viver tem sua obtenção subordinada ao mercado de consumo.

Foi concluído que a obsolescência programada é um fenômeno que tem causa nas práticas fabris, tecnológicas e comerciais a fim de reduzir a fase de utilização dos produtos disponibilizados ao mercado de consumo para conduzir os consumidores à aquisição de novos produtos, o que acarreta maior onerosidade aos consumidores, maiores impactos ambientais pelo aumento da demanda de matéria-prima e aumento da geração de resíduos sólidos provenientes dos produtos descartados por terem sofrido a substituição por produtos “atualizados”, justamente as fases do ciclo de vida do produto que geram maiores pegadas de carbono.

Bem como, foi observado o grande custo ambiental decorre de etapas iniciais da produção até a comercialização, quando o bem tende a entrar em uma fase em que a pegada de CO<sub>2</sub>eq é menor quando comparada com as etapas anteriores (LHOTELLIER *et al*, 2018). E nesse sentido, encurtar a vida útil dos bens de consumo causa dois efeitos ambientais prejudiciais, o primeiro é o decorrente da geração de resíduos sólidos, o que sobrecarrega as demais atividades da Política Nacional de Resíduos sólidos pela coleta seletiva, reutilização, reciclagem, logística reversa e destinação final dos resíduos sólidos. O outro efeito negativo ao meio ambiente é o decorrente da produção de um novo produto para substituir o produto prematuramente tornado obsoleto.

Além desses efeitos prejudiciais ao meio ambiente, ainda há falar nos prejuízos econômicos e financeiros causados aos consumidores que presumidamente são vulneráveis às práticas do mercado de consumo e tornam-se vítimas das próprias necessidades prematuramente induzidas pelos fornecedores.

Desse modo foi observado que há a necessidade de se discutir a proibição da obsolescência programada para reduzir o uso dos recursos naturais que deve ser aliada a uma política de incentivo à redução do uso, da reutilização, da reciclagem e da logística reversa para fomentar a amenização do impacto ambiental causado pela atividade humana na geração de resíduos sólidos.

Conclui-se que o combate à obsolescência programada é um caminho inexplorado no Brasil e que tem muito a contribuir para evitar a geração de resíduos sólidos, uma vez que essa é a prioridade do Sistema Nacional de Resíduos Sólidos.

Assim, tem lugar a necessidade de o Brasil se valer das experiências de países como a França e a Espanha que já dispõem em suas respectivas legislações de regulamentações próprias para o combate à obsolescência programada e a defesa dos consumidores e do meio ambiente.

Por conseguinte, tem lugar a sugestão de a introdução do combate à obsolescência programada na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010) fundada nas seguintes premissas: o combate à obsolescência programada se denota como o melhor atendimento à prioridade da Política Nacional de Resíduos Sólidos que é a não geração de resíduos; a utilização do critério vida útil do bem e a promoção da informação aos consumidores-poluidores como principal ferramenta de combate à obsolescência programada; a fixação de responsabilidade

civil especialmente sobre os produtores de bens elétricos e eletrônicos, determinando que os consumidores têm a obrigação de entregar tais produtos à rede de logística reversa de responsabilidade dos produtores, definindo a responsabilidade pelo custeio da destinação final ambientalmente adequada por inteiro aos fabricantes.

Ainda, são necessárias as providências legislativas na competência nacional para a regulamentação do combate à obsolescência programada na Política Nacional das Relações de Consumo por meio da aprovação do Projeto de Lei nº 2833/2019, no qual se sugere emenda para introduzir no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor inciso com política afirmativa de combate à obsolescência programada como Política Nacional das Relações de Consumo; incluir o § 7º ao art. 18 do Código de Defesa do Consumidor que a afirmação de que a obsolescência programada é espécie de fraude aos consumidores (em idêntica postura legislativa adotada na França); e definir prazo para que o Executivo por meio de decreto apresente tabela de vida útil dos bens de consumo.

Desse modo, é esperado que a introdução legislativa do exposto combate à obsolescência programada seja um caminho para a viabilização da proteção do meio ambiente e dos consumidores como forma de assegurar o desenvolvimento sustentável do Brasil.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. [trad. coord. BOSSI, Alfredo; rev. BENEDETTI, Ivone Castilho]. – 5. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 18 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 2.181**, de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Publicado no DOU de 21.01.1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2181.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.404**, de 23 de dezembro de 2010, que regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Publicado no DOU de 23.12.2010 - Edição extra e retificado em 24.12.2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.305**, de 2 de agosto de 2010, Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Publicada no DOU de 03/08/2010. Disponível em: >[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicada no DOU de 12/09/1990 - Edição extra e retificado em 10/01/2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Superintendência da Receita Federal. **Instrução Normativa nº 1700**, de 14 de março de 2017, dispõe sobre a determinação e o pagamento do imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas e disciplina o tratamento tributário da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins no que se refere às alterações introduzidas pela Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014.. Publicada no DOU de 16/03/2017, seção 1, página 23.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 984106 / DF**. [...] Ação de cobrança ajuizada pelo fornecedor. Vício do produto. Manifestação fora do prazo de garantia. Vício oculto relativo à fabricação. Constatação pelas instâncias ordinárias. responsabilidade do fornecedor. Doutrina e jurisprudência. Exegese do art. 26, § 3º, do CDC. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 2ª Turma. Julgado em 04/10/2012. Publicado em DJe 20/11/2012. RSTJ vol. 229 p. 462. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200702079153&dt\\_publicacao=20/11/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702079153&dt_publicacao=20/11/2012)>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 1123004 / DF**. Recurso Especial. Consumidor. Vício oculto. Produto durável. Reclamação. Termo inicial. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 01/12/2011. Publicado em DJe 09/12/2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200900261881&dt\\_publicacao=09/12/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900261881&dt_publicacao=09/12/2011)>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CRANE, Andrew. Modern slavery as a management practice: exploring the conditions and capabilities for human exploitation. **The Academy of Management Review**. vol. 38, n. 1, jan. 2013, pp. 49-69. Disponível em <<https://www.jstor.org/stable/23416302>>. Acesso em 29 jul. 2020.

ESPAÑA. **Ley 22/2011**, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Publicada no Boletín Oficial Del Estado núm. 181, de 29/07/2011. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/28/22/con>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

ESPAÑA. **Real Decreto 110/2015**, de 20 de fevereiro, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos. Publicado no Boletín Oficial Del Estado num. 45, de 21 de febrero de 2015, Sec. I., pág. 14211-14312. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2015/02/21/pdfs/BOE-A-2015-1762.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

FRANÇA. **Code de la Consommation**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20190716>>. Acesso em 16 jul. 2019.

FRANÇA. **Code de l'Environnement**. Disponível em: <[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=E37F5FDA70E750AF0EAFD1BA19C7FDCC.tplgr3os\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006074220&dateTexte=20190716](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=E37F5FDA70E750AF0EAFD1BA19C7FDCC.tplgr3os_2?cidTexte=LEGITEXT000006074220&dateTexte=20190716)>. Acesso em 16 jul. 2019.

**HALTE À L'OBESOLESCENCE PROGRAMMÉE (HOP)**. **Projet de loi anti-gaspillage, des avancées timides contre l'obsolescence programmée**. Disponível em: <<https://www.halteobsolescence.org/projet-de-loi-anti-gaspillage-des-avancees-timides-contre-obsolescence-programmee/>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Obsolescência programada:** Idec recolhe denúncias de consumidores do iPhone. Disponível em: <<https://idec.org.br/noticia/obsolescencia-programada-idec-recolhe-denuncias-de-consumidores-do-iphone>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Diagnóstico dos Instrumentos Econômicos e Sistemas de Informação para Gestão de Resíduos Sólidos:** relatório de pesquisa. [coord. MOTA, José Aroudo et ALVAREZ, Albino Rodrigues]. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7738/1/RP\\_Diagn%C3%B3stico\\_2012.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7738/1/RP_Diagn%C3%B3stico_2012.pdf)>. Acesso em 23 jul. 2019.

ITÁLIA. *AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO*. **Relazione annuale sull'attività svolta. Marzo 2019.** Disponível em: <[https://www.agcm.it/dotcmsdoc/relazioni-annuali/relazioneannuale2018/Relazione\\_annuale\\_2019.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsdoc/relazioni-annuali/relazioneannuale2018/Relazione_annuale_2019.pdf)>. Acesso em 23 jul. 2019.

JACOBI, Pedro Roberto, GIATTI, Leandro Luiz. Inovação e Sustentabilidade. **Ambiente & Sociedade** n São Paulo v. XX, n. 4 n p. I-IV n out.-dez. 2017. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/1809-4422asoceditorialv2042017>>. Acesso em 22 jun. 2020.

LHOTELLIER, Johan, LESS, Etienne, BOSSANNE, Emilie, PESNEL, Sandrine. *Modélisation et évaluation du poids carbone de produits de consommation et biens d'équipement*. **Expertises**, França, Paris, ADEME, RDC Environment, p. 18-217, set. 2018. Disponível em: <<https://www.ademe.fr/modelisation-evaluation-poids-carbone-produits-consommation-biens-equipement>>. Acesso em 16 jul. 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. - 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

OLIVEIRA DA SILVA, Maria Beatriz. Obsolescência programada e teoria do decrescimento versus direito ao desenvolvimento e ao consumo (sustentáveis). **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 181, dez. 2012. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/252>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direito ambiental**. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PANIZZON, Tiago; REICHERT, Geraldo Antônio; SCHNEIDER, Vania Elisabete. Avaliação da geração de resíduos de equipamentos eletroeletrônicos (REEEs) em uma universidade particular. **Eng. Sanit. Ambient.**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, p. 625-635, ago. 2017. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-41522017000400625&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522017000400625&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 15 jul. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/s1413-41522017142636>.

RUBIO, Isabel. Um celular poderia durar 12 anos se sua vida não fosse encurtada de propósito: a Espanha não tem legislação que penalize a obsolescência programada. 15 nov. 2018. **El País**. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/09/tecnologia/1541771036\\_210342.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/09/tecnologia/1541771036_210342.html)>. Acesso em: 24 jul 2019.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. tradução Daniel Moreira Miranda. - São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental**. - 6. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: Jvspodium, 2016.

THE LIGHT BULB CONSPIRACY: the untold story of the planned obsolescence. Direção de Cosima Dannoritzer. Produção de **Article Z Media 3.14**. Coprodução de Arte France, Televisión Española e Televisió de Catalunya. Espanha, 2010. Disponível em <<http://catalanfilms.cat/es/producciones/comprar-llencar-comprar>>. Acesso em 29 jan. 2020.

ZAMBON, Antonio Carlos *et al.* Obsolescência acelerada de produtos tecnológicos e os impactos na sustentabilidade da produção. RAM, **Rev. Adm. Mackenzie**, São Paulo , v. 16, n. 4, p. 231-258, ago. 2015 . Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-69712015000400231&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712015000400231&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 15 jul. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1678-69712015/administracao.v16n4p231-258>.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A POBREZA COMO PRIVAÇÃO DE CAPACITAÇÕES  
*(CAPABILITES)*: REFERÊNCIAS SOBRE A NECESSIDADE  
DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL EM TEMPOS  
DE GRAVE CRISE

NEURO JOSÉ ZAMBAM  
DIONIS JANNER LEAL

# A POBREZA COMO PRIVAÇÃO DE CAPACITAÇÕES (*CAPABILITES*): REFERÊNCIAS SOBRE A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL EM TEMPOS DE GRAVE CRISE

## POVERTY AS A CAPACITY DEPRIVATION (*CAPABILITES*): REFERENCES ON THE NEED FOR PUBLIC POLICIES IN BRAZIL IN TIMES OF SERIOUS CRISIS

Recebido: 10/09/2020  
Aprovado: 04/12/2020

Neuro José Zambam<sup>1</sup>  
Dionis Janner Leal<sup>2</sup>

### RESUMO:

O objetivo deste estudo é abordar a pobreza como privação das capacitações (*capabilities*) em Amartya Sen e fundamentar a necessária atuação do Estado por meio de políticas públicas para garantir direitos sociais básicos no enfrentamento de períodos de grave crise. Em tempos sombrios, a exemplo da Pandemia Sanitária – Covid-19, demonstra-se a essencialidade e a responsabilidade do Estado em vista do bem comum (art. 1º, III) e a insuficiência do chamado estado mínimo. A CF 88, fundada nos direitos sociais, sintetiza essa prerrogativa. Políticas de assistência integradas demandam a ação coordenada e coletiva, seja dos entes públicos, seja das instituições sociais. A negação dos direitos básicos gera exclusões e impede o desenvolvimento elementar das pessoas. Este estudo, cuja metodologia de abordagem é dedutiva, objetiva abordar a pobreza como privação das capacitações (*capabilities*) em Amartya Sen e fundamentar a necessária atuação do Estado por meio de políticas públicas para garantir direitos sociais básicos no enfrentamento de períodos de grave crise.

**Palavras-chave:** Capacitações (*Capabilities*). Estado Mínimo. Pobreza. Políticas Públicas. Amartya Sen.

### ABSTRACT:

The objective of this study is to approach poverty as a deprivation of the capacities (*capabilities*) in Amartya Sen and to base the necessary action of the State through public policies to guarantee basic social rights in facing periods of severe crisis. In dark times, like the Pandemic Health - Covid-19, the essentiality and responsibility of the State in view of the common good (art. 1, III) and the insufficiency of the so-called minimum state are demonstrated. CF 88, founded on social

<sup>1</sup> Pós-doutor em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional, de Passo Fundo – IMED. Professor do Curso de Direito (graduação e especialização) da IMED. Membro do Grupo de Trabalho, Ética e cidadania da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Filosofia (ANPOF). Pesquisador da Faculdade Meridional. Líder do Grupo de Estudo “Multiculturalismo e pluralismo jurídico”. Membro do Projeto de Pesquisa em Rede “Cidadania, debate público e seguridade social a partir de Amartya Sen”. Coordenador do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. E-mail: neuro.zambam@imed.edu.br; neurojose@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito e membro do GEDIPI, ambos pela Faculdade Meridional de Passo Fundo - RS. Especialista em Direito Público. Advogado. E-mail: dionislealadv@gmail.com.



rights, summarizes this prerogative. Integrated assistance policies demand coordinated and collective action, whether from public entities or social institutions. The denial of basic rights creates exclusions and impedes people's elementary development. This study, whose approach methodology is deductive, aims to address poverty as a deprivation of capacities (*capabilities*) in Amartya Sen and to base the necessary action of the State through public policies to guarantee basic social rights in facing periods of severe crisis.

**Keywords:** Capabilities. Minimum State. Efficiency. Poverty.

## INTRODUÇÃO

As condições de vida dos cidadãos em determinada localidade ou região não podem ser analisadas apenas tendo como referência estatísticas oficiais ou critérios econômicos, como renda *per capita*, acesso a bens ou Produto Interno Bruto. Esses dados são normalmente disponibilizados por organismos independentes ou públicos, como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), associações empresariais e outros. Especificamente a pobreza, nessa dinâmica, poderia ser compreendida apenas como a ausência de bem-estar ou falta de condições de acesso aos mercados.

Este artigo tem como objetivo geral abordar a pobreza como privação das capacidades (*capabilities*) conforme a compreensão herdada de Amartya Sen, alternativa às análises dependentes de acesso a bens essenciais ou métricas de desenvolvimento econômico que, no decorrer do tempo e conforme o aumento da produção, ofereceriam melhores condições de vida às pessoas. Os objetivos específicos são: a) fundamentar a compreensão de capacidades (*capabilities*); b) apresentar a efetivação dos direitos sociais conforme a CF/88 (art. 3º, III) como alternativa para a estruturação de políticas de combate à pobreza; c) apresentar a necessidade de atuação coletiva, efetiva e eficiente do Estado por meio de políticas públicas bem organizadas para o enfrentamento de adversidades em tempos de crise, a exemplo da Pandemia Covid-19.

A metodologia de abordagem é dedutiva e opta pela compreensão de capacidades (*capabilities*) de Amartya Sen como referencial de análise e fundamentação dos argumentos construídos no decorrer do estudo, especificamente a visão de pobreza e a atuação do Estado por meio de políticas públicas e outros instrumentos. Este estudo dialoga com a CF/88, especialmente com o compromisso dos entes públicos, de forma cooperativa, para atuarem em vista do bem comum e da diminuição das desigualdades.

A escolha de Sen como principal referência deve-se ao reconhecimento das suas inúmeras pesquisas empíricas e amplamente conhecidas relacionadas às desigualdades sociais e econômicas, às políticas de desenvolvimento e à alargada compreensão sobre as características da atuação do poder público e seu impacto significativo na vida concreta das pessoas, especialmente, a recuperação da identidade pessoal, a integração social e as consequentes condições de interferir na transformação das relações sociais.

A Pandemia Covid-19, que vitima milhões de pessoas no atual período, demonstra a tragédia das desigualdades, seja nas condições de acesso aos meios básicos de tratamento de saúde até nas dificuldades de cumprir os protocolos mínimos orientados pelos profissionais e pelos governos. Essas dificuldades ocorrem devido às graves desigualdades, que impedem as pessoas de permanecerem em suas residências por alguns dias. Com igual preocupação, destacam-se as dificuldades de entendimento da gravidade das ameaças dessa doença pelas

pessoas com parca formação ou deficiência na sua formação, incluindo, neste rol, líderes, profissionais e governantes.

Afirma-se que a pobreza está entre as graves injustiças que assolam a humanidade e podem ser evitadas. Para isso, é essencial a cooperação de todos, especialmente a ação preventiva dos entes públicos por meio de políticas públicas bem organizadas, de alcance universal, amplamente conhecidas, o que permite participação efetiva dos cidadãos e o consequente controle social (*accountability*). Em períodos de crises graves, como este em curso, a responsabilidade dos governantes e das instituições públicas é mais evidente e necessária. A atuação do mercado, por suas características, conforme entendimento de Sen, é insuficiente e incapaz de contribuir eficazmente para o combate à pobreza; logo, precisa ser orientado e regulamentado. As políticas públicas e os direitos sociais, por sua vez, têm forte potencial de reversão de graves crises e superação da pobreza em vista do bem comum. Para tal, demanda-se que o Estado aja como impulsionador e catalisador de pessoas, instituições, legislações e programas de longo prazo em vista do bem de todos. A negligência, timidez ou não atuação do Estado desagrega o tecido social, amplia o fosso das desigualdades e a pobreza na forma de negação da ampliação das capacidades (*capabilities*).

## 1 DIREITOS SOCIAIS COMO INSTRUMENTOS DE COMBATE À POBREZA

Os direitos sociais arrolados na Constituição da República Federativa do Brasil têm como objetivo garantir direitos aos cidadãos, como saúde, educação, lazer, trabalho e assistência aos desamparados, para que tenham meios suficientes de sobrevivência na sociedade.

Os titulares dos direitos sociais são as pessoas naturais<sup>3</sup>, cujos destinatários – sejam pessoas físicas, jurídicas ou entes não personalizados – são aqueles perante os quais os titulares poderão exigir sua promoção ou proteção (SARLET, 2016, p. 48).

Os direitos humanos, a partir de uma perspectiva ética, dispensam codificação ou processo legislativo para sua existência, apesar da utilização maciça dessa via pelos países a partir do Século XX (SEN, 2010b, p. 347). Tais direitos englobam os direitos sociais concebidos como meios para satisfazer as necessidades humanas básicas, positivadas, no caso, pela Constituição da República brasileira. São, pois, os direitos sociais e econômicos categorias dos direitos humanos (SEN, 2010b, p. 359).

No ordenamento jurídico brasileiro, “a legalidade e a isonomia não foram concebidas para deleite da Administração [...] mas, precisamente, *para proteger as pessoas* contra os malefícios que lhes adviriam se inexistissem tais limitações” (MELLO, 2009, p. 46).

Nesse sentido, tem-se que, a partir da existência desses direitos, devem todas as pessoas, em especial o Estado, protegê-los e promovê-los a fim de atingir seu objetivo, que é a dignidade humana.

O Brasil também assumiu um compromisso para a erradicação da pobreza para além de sua carta política, com sua participação junto à Organização das Nações Unidas (ONU). Entre os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), destaca-se o do combate à pobreza (ODS1), em que o Brasil tem como meta nacional “garantir recursos para implementar programas e políticas para erradicar a pobreza extrema e combater pobreza” (IPEA, 2019, p. 18).

<sup>3</sup> Ingo Sarlet discorre sobre a *titularidade* dos direitos fundamentais em contraponto à expressão *destinatários* desses direitos. Considerando que os direitos sociais são espécies do gênero direitos fundamentais (SARLET, 2008, online), adequamos a expressão *titulares de direitos fundamentais* para o presente artigo.

A inserção de recursos financeiros não deixa de ser contributiva para o combate a adversidades – por exemplo, a pobreza – por intermédio de políticas públicas. Como se verifica no decorrer deste artigo, as ações estatais devem se valer de outros instrumentos que não somente financeiros para atingir na melhor forma possível a efetividade de suas ações.

Como reclamam atenção do Estado para sua promoção, ou seja, uma ação positiva, um agir do aparelho estatal (SARLET, 2008, s.p), pode-se considerar que a efetivação desses direitos é um instrumento ao alcance dos titulares, os quais, por meio dele, se valem para subsidiar ou ampliar suas capacidades (*capabilities*). E, com isso, buscam angariar um melhor trabalho no futuro (pela educação), um trabalho digno (pelas condições de saúde), boa alimentação (pela renda auferida do labor), tendo em vista que esse agir estatal é indispensável para a concretização de direitos sociais.

Nessa linha, sobre equidade e justiça social, é que Sen considera a saúde como tema central. Ou seja, a saúde é o alicerce fundamental que ordena, de certo modo, as demais condições para oportunizar justiça social, a exemplo do trabalho ou da educação. Sen entende que:

Equidade na saúde não pode se preocupar somente com a saúde, isoladamente. Em vez disso, ela tem de estar em sintonia com a questão mais ampla de justiça social, incluindo a distribuição econômica, dando a devida atenção ao papel da saúde na vida e na liberdade humana. Equidade na saúde, com certeza, não se refere apenas ao acesso à saúde, muito menos ao enfoque ainda mais restrito do acesso aos serviços de saúde. Na verdade, equidade na saúde como conceito tem um alcance e uma relevância extremamente amplos. [...] Qualquer concepção de justiça social que aceite a necessidade de uma distribuição equitativa e também de uma exploração eficiente das capacidades humanas não pode ignorar o papel da saúde na vida humana e as oportunidades de as pessoas obterem uma vida saudável, sem doenças e sofrimentos evitáveis ou mortalidade prematura. Equidade na realização e na distribuição de saúde, portanto, está incorporada e embutida em uma ampla noção de justiça (2010a, s.p).

Logo, “uma das principais vias para enfrentar os inaceitáveis e regressivos patamares da desigualdade da região é a democratização estrutural da saúde pública” (SEN, 2010a, s.p). Nessa conclusão, o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello arremata que os direitos sociais são direitos subjetivos. E, em razão disso,

[...] impende reconhecer que as disposições constitucionais balizadoras da ação do Estado são mecanismos propostos a conter certos rumos estatais, em *prol dos indivíduos*, e a direcionar-lhe as condutas para certos rumos, em *prol dos cidadãos*. Donde serem eles mesmos, indivíduos, titulares de direitos à obediência destas regras que assujeitam o Poder Público (2009, p. 47, grifos do autor).

Não obstante, a alocação de direitos sociais a fim de atender a demandas básicas das pessoas e alavancar suas capacidades (*capabilites*) possui custos que oneram os recursos financeiros do Estado, que se vale da arrecadação e melhor destinação dos tributos coletados, não prescindindo de uma acuidade do gestor público.

É cediço que há custos – alocação de recursos financeiros, como criação de escolas, hospitais e, inclusive, incentivos fiscais para o mercado (comércio, indústria e serviços para gerar emprego e renda) – para que os direitos sociais se efetivem em determinada localidade ou regionalidade, a fim de atingir seus cidadãos.

De acordo com Holmes (2019, s.p), deve-se ater aos custos dos direitos, prescrevendo que:

A atenção ao custo é apenas mais um caminho, paralelo a outros trilhados de modo mais habitual, rumo a uma compreensão melhor da natureza qualificada de todos os direitos, os constitucionais inclusive. Pode complementar de modo bastante útil outras abordagens mais conhecidas, sobretudo porque a teoria convencional dos direitos, que não leva em conta os custos, reforçou uma compreensão errônea de sua função ou objetivo social, compreensão essa que acabou por se difundir bastante. A atenção ao custo dos direitos revela em que medida a imposição ou garantia desses direitos, tal como se realiza na prática nos Estados Unidos e em outros países, se faz sempre através de concessões e soluções de meio-termo, inclusive do ponto de vista monetário. Isso não significa que as decisões devam ser tomadas por contadores, mas que as autoridades e os cidadãos das democracias devem levar em consideração os custos orçamentários. [...] A teoria jurídica, por fim, será mais realista caso examine com toda a clareza a competição por recursos escassos que necessariamente ocorre entre os direitos básicos, e também entre estes e outros valores sociais. (2019, s.p).

É compreensível que não se pode negar que os custos de direitos sociais – a exemplo da saúde – existem, mas se deve canalizar meios para sua oferta onde possa melhor ser efetivada (aproveitada, otimizada). Outrossim, não se deve descuidar da necessidade do Estado se valer de dados e informações, que, por vezes, são insuficientes ou inexistentes, podendo não representar uma base real dos fenômenos sociais. Nesse sentido, Zambam (2017) afirma:

A complexidade que envolve a compreensão da realidade, seja pelos atores envolvidos e analisados, seja pelo contexto e suas inúmeras tensões, está intimamente relacionada com a disponibilidade de dados que tornam a avaliação mais coerente e justa, quanto mais qualificadas forem as informações. Os juízos emitidos precisam refletir essa unidade de informações que são essenciais para orientar os líderes, os grupos e as instituições responsáveis pela construção de políticas públicas em vista do bem comum (p. 520).

Conquanto existam custos inerentes à oferta e garantia de direitos e ausência de informações reais ou fidedignas de fatores sociais para elaboração efetiva das políticas públicas, por outro lado, temos que a *pobreza*, cuja erradicação é objetivo constitucional no Brasil, supprime-se ou ameniza-se com o estabelecimento de direitos sociais<sup>4</sup>.

Para compreender a extensão da expressão “pobreza”, por ser relativamente ampla, arrolada no inciso III, do artigo 3º, da Constituição Federal, enquanto objetivo do Estado brasileiro, pode-se inserir não apenas a ausência de renda como condição da pobreza, mas também a ausência de bens primários combinados às variações interpessoais a que cada cidadão possa ser acometido em sua vida.

O ambiente social em que a pessoa está inserida contribui para análise da extensão da sua pobreza, a qual, invariavelmente, inviabiliza a concretização de suas liberdades, mesmo que aufera renda suficiente ou superior aos dos outros cidadãos, incluindo acesso a direitos garantidos pela Constituição Federal – educação, saúde e saneamento, por exemplo.

Os cidadãos buscam, por meio da renda auferida da atividade laboral, ter uma vida boa para desfrutar, mas se olvidam de que são dependentes de instrumentos disponíveis na sociedade e proporcionadas pelo Estado, como saúde, educação e assistência. Essas disponibilidades servem para que possam alcançar melhores oportunidades por meio de suas próprias capacitações, uma vez que suas vidas naturalmente estão à mercê de infortúnios aleatórios naturais ou sociais.

O Estado brasileiro como um todo – instituições públicas – deve promover o bem-estar de seus cidadãos em razão de seus objetivos primeiros enquanto República, o que se

<sup>4</sup> Sen adverte que na pobreza a renda não é único termômetro que impede a ampliação das capacitações (*capabilities*). “Existem outras influências sobre a privação de capacidades — e, portanto, sobre a pobreza real — além do baixo nível de renda (a renda não é o único instrumento de geração de capacidades)” (SEN, 2010, p. 120).

depreende da leitura do artigo 3º da Constituição Federal, ensejando acesso aos aludidos bens primários, além de segurança e garantia de direitos fundamentais, proclamados no artigo 5º da Constituição Federal.

No caso brasileiro, por exemplo, temos a instituição do programa Bolsa Família, criado em 2003, pela Lei 10.836/2004, com o qual se introduziu a ideia de combater a pobreza por intermédio de ações que, de imediato, garantissem acesso a recursos financeiros iniciais às famílias que deles fossem carecedoras. E, ao mesmo tempo, condicionaram-nas à inserção de outros serviços públicos que contribuem com o desenvolvimento das suas capacitações (*capabilities*), como a frequência escolar e acesso à educação. Com relação a essa novidade, Paiva (2013) avalia:

A transferência de renda voltada para população produtiva em idade ativa, com ênfase nas crianças, constituiu uma novidade na política social brasileira – e, de certa forma, começou a aproximar a estrutura de benefícios sociais do país da encontrada em países com sistemas de bem-estar social mais desenvolvidos. Por sua vez, a ênfase nas condicionalidades – e, deve-se dizer, a ênfase nas condicionalidades como forma de garantir às famílias beneficiárias o acesso a serviços básicos nas áreas de educação, saúde e assistência social – deu corpo à percepção de que certos determinantes da pobreza precisariam ser atacados durante um tempo necessariamente longo para que as futuras gerações pudessem efetivamente ter condições de superar a pobreza. Além disso, buscou-se articular outras ações – notadamente de capacitação profissional – de forma a dar opções de menor prazo para que as famílias beneficiárias pudessem melhorar sua inserção no mercado de trabalho (p. 27).

É dever do Estado garantir o acesso aos direitos sociais, alocando recursos financeiros e infraestruturas necessárias, a fim de que seus cidadãos não permaneçam na condição de pobreza e em razão dela tenham privação de capacitações (*capabilities*), conforme a abordagem de Sen. Assim, por meios próprios, podem garantir e manter as condições para uma boa vida, conforme melhor lhes aprouver, sem a ingerência de fatores externos, como as adversidades, por ação ou omissão do Estado na execução de políticas públicas de combate à pobreza.

## 2 POBREZA E PRIVAÇÃO DAS CAPACITAÇÕES (*CAPABILITIES*)

O reconhecimento das adversidades do ser humano e das características da vida de cada pessoa é a contribuição veiculada pela abordagem das capacitações (*capabilities*). Trata-se de uma visão distinta da teoria contratualista clássica, na qual não se contemplam exterioridades prejudiciais ou dificultadoras inerentes à vida das pessoas, para trazer a ideia básica de uma sociedade com pessoas livres e independentes (REICHER, 2011, p. 177). Nesse tópico, compreende-se que a renda contribui para as capacitações (*capabilities*), mas estas não se limitam àquelas para atingir sua plenitude.

### 2.1 Ideia de capacitações (*capabilities*)

A ideia de capacidades – ou melhor, capacitações (*capabilities*) – tem a ver, inicialmente, com a visão de uma vantagem total com que uma pessoa deve ser considerada ou avaliada. Ou seja, “a vantagem individual é julgada pela capacidade de uma pessoa para fazer coisas que ela tem razão para valorizar” (SEN, 2011, p. 265). *A priori*, as capacitações (*capabilities*)

dizem respeito à análise individual da pessoa, das oportunidades reais de que ela dispõe, da liberdade disponibilizada para fazer ou ser aquilo que melhor lhe parecer.

Na abordagem das capacitações (*capabilities*), não se trata de atender exclusivamente carências e necessidades básicas das pessoas (fome, higiene pessoal), mas se concentra nas condições para realizar escolhas relevantes. Trata-se das condições para a liberdade (aspecto da oportunidade)<sup>5</sup> daquilo que o ser humano pode a vir desfrutar e tem motivos relevantes (sem ingerência) para valorizar (SEN, 2018, p. 68), isto é, escolher o que melhor pode lhe atender, de acordo com seus interesses. Por exemplo, uma pessoa pode escolher entre ir a um teatro assistir a uma peça ou ficar em casa e encomendar um jantar, sem que isso lhe seja imposto ou não lhe seja impedido por determinação legal.

Nessa perspectiva, as pessoas dependem do Estado e da sociedade enquanto promotores de papéis de sustentação (proteção e fortalecimento de *capacitações (capabilities)*), e “não de entrega sob encomenda” (SEN, 2010b, p. 77). Ou seja, demonstra que sua promoção não prescinde de ações positivas pelos agentes (estatais e/ou não estatais), a fim de disponibilizar recursos (financeiros, humanos e estruturais) com o intuito de garantir os direitos sociais, que são imprescindíveis à alavancagem das *capacitações (capabilities)*.

A análise do desenvolvimento [...] considera as liberdades dos indivíduos os elementos constitutivos básicos. Assim, atenta-se particularmente para a expansão das “capacidades” [*capabilities*] das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam — e com razão. Essas capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas também, por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo. Essa relação de mão dupla é central na análise aqui apresentada. (SEN, 2010b, p. 32).

Com essa citação e como mencionado alhures, a pobreza não se resume à baixa renda ou ausência dela, mas “a pobreza deve ser vista como privação de capacidades” e de que “a renda não é o único instrumento de geração de capacidades” (SEN, 2010b, p. 120). Outrossim, a redução da pobreza de renda não pode ser a motivação de ações e políticas públicas voltadas a combater a pobreza, uma vez que desencadeia uma ideia de que basta haver investimentos financeiros e estruturais incomensuráveis em determinadas áreas – como saúde ou educação – para combatê-la, o que se demonstra um equívoco (SEN, 2010, p. 125).

A renda auferida por uma pessoa “é um meio importantíssimo de obter capacidades” (SEN, 2010b, p. 124). É a partir dela que a pessoa, por meios próprios, alocará recursos financeiros em busca de seu bem-estar, seja aumentando suas capacitações (*capabilities*) em prol de um melhor futuro e, conseqüentemente, aumento de renda, seja no proveito da vida boa que melhor lhe aprouver em sua escolha.

Isso não quer dizer, entretanto, que a contribuição estatal a partir da disponibilização e acesso da população a boas escolas (educação pública de qualidade) e postos de saúde (saúde pública eficiente) não oportunizará melhores capacitações. Embora a renda não seja o melhor indicador de aumento de *capabilities*, ela ainda serve como melhor indicadora.

## 2.2 Ideia de capacitações (*capabilities*) para além da pessoa

A compreensão de capacitações (*capabilities*) insere-se não apenas no contexto dos indivíduos, mas também para as comunidades ou grupos de pessoas. Sen (2011, p. 280), ao

<sup>5</sup> Para Amartya Sen, a liberdade diz respeito à oportunidade, a qual é abrangente, em que a pessoa possa escolher – sem pressão e por livre arbítrio – o que melhor lhe aprouver sobre seus interesses. É “definir de forma mais ampla a oportunidade — e acredito que com maior plausibilidade — quanto à realização de “resultados abrangentes”, levando também em conta a *forma como* a pessoa atinge a situação culminante” (SEN, 2011, on-line, Ideia de Justiça, p. 229)

indagar-se e, ao mesmo tempo, exprimir a ideia de “não há nenhuma razão analítica em particular pela qual as capacidades dos grupos [...] devam ser excluídas a priori dos discursos sobre a justiça e a injustiça em suas respectivas sociedades ou no mundo”, complementa que os homens concebidos individualmente – cada pessoa – com suas diversas identidades e filiações são criaturas sociais, pertencentes a diversas organizações ou grupos sociais (2011, p. 282).

Logo, pode-se extrair – mesmo que nesse momento por uma ótica rasa – dessa concepção de capacidades (*capabilities*) dos indivíduos e também nas capacitações dos grupos, compreendendo-se também organizações privadas, que o desenvolvimento de oportunidades reais a certas pessoas jurídicas deve ser franqueado em razão da sua própria natureza<sup>6</sup>.

Partindo-se da ideia de que o núcleo da abordagem das capacitações não se resume apenas ao que uma pessoa ou grupo realmente faz, mas também ao que ela é capaz de fazer, decidindo em aproveitar ou não uma oportunidade real (SEN, 2011, p. 271), o Estado deve oportunizar, por intermédio de políticas públicas adequadas, o desenvolvimento de capacitações (*capabilities*), considerando as variações interpessoais dos indivíduos.

Como referência análoga, citam-se as oportunidades para diferentes grupos econômicos (pessoas jurídicas), empresas de pequeno e grande porte, em que, para aqueles, é oportunizado tratamento diferenciado para a comercialização de seus bens e serviços com o Estado. Pela Lei Complementar nº 123/2006, há previsão legal de tratamento diferenciado em procedimento de contratação pública, para micro e pequenas empresas, a fim de fazer frente à sua condição natural de possuir, *a priori*, poucos recursos financeiros e humanos ou capacidade logística, operacional e de gestão. Em geral, esses recursos são inferiores para competir com empresas de grande porte, numa disputa para a oferta de um mesmo produto ou serviço ao Poder Público.

Ao garantir-se a pequenas empresas a melhoria na sua capacidade competitiva, ensejando-lhe um tratamento diferenciado pela insuficiência momentânea de recursos para competir em economia de escala com grandes corporações, mesmo que se opte em não se valer dessa prerrogativa (liberdade e oportunidade), está-se diante de um caso de oportunidade, da capacidade real de escolha. Ou seja, a adversidade – porte da empresa – foi suprimida pelo desenvolvimento de sua capacidade promovida pelo Estado – de uma política pública regulatória – e que não seja ela excluída em razão de sua natureza.

Assim, a incapacidade de competir com preços em razão da escala de comercialização e/ou produção de uma empresa com a outra é a razão para o tratamento diferenciado. Isso faz com que se potencialize a capacidade daquelas que possuem natureza de pequeno porte, aumentando sua competitividade na disputa com grandes corporações, ampliada em razão de políticas públicas regulatórias.

Para finalizar esse ponto, importante inaugurar-se a necessidade de transcender a ideia de capacitações (*capabilities*) para além do olhar da pessoa (natural), incluindo as pessoas jurídicas<sup>7</sup>. Conceber capacitações para pessoas jurídicas se dá em razão de considerar que as pessoas naturais delas usufruirão. São as pessoas contempladas por políticas públicas que geram desenvolvimento de atuais e novas capacitações (*capabilities*), inclusive aquelas destinadas a grupos sociais ou econômicos, cuja formação se dá por intermédio de uma projeção jurídica imaterial da pessoa humana. É inegável que os reflexos das políticas que

6 Não se defende aqui *capabilities* para pessoas jurídicas, mas apenas para pessoas naturais. Um tipo de liberdade, a instrumental, se classifica em tipos, como facilidades econômicas: estas “são as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca” (SEN, 2010b, p. 59).

7 Não se está a afirmar que capacitações são inerentes a pessoas naturais e jurídicas (são para o homem), mas que estas são constituições imateriais daquelas e, por essa razão, devem ser contempladas pelas oportunidades geradas às pessoas por intermédio de sua concepção jurídica (organizações).

promovem capacitações (*capabilities*) transcendem a pessoa, inserindo-se onde cada indivíduo está, seja enquanto pessoa ou enquanto pessoa transfigurada em personalidade jurídica.

### 2.3 Fontes de variações entre rendas e vantagens

São várias as contingências que resultam em variações na conversão da renda nos tipos de vida que as pessoas podem levar e, dentre elas, Sen cita quatro fontes que considera importantes de variação: as heterogeneidades pessoais; as diversidades no ambiente físico; as variações no clima social; e, por fim, as diferenças de perspectivas relacionais.<sup>8</sup>

Para cada uma dessas variações de acasos que venham a ocorrer com os indivíduos, o Estado possui ou deve possuir uma política pública capaz de, *a priori*, atenuar ou aniquilar essas mazelas ou incapacidades. Todavia, a perspectiva das capacitações (*capabilities*) não propõe uma fórmula específica para as decisões sobre políticas públicas, mas suficiente para colaborar nas tomadas de decisões a serem executadas na análise de determinadas políticas que precisam ser levadas em conta (SEN, 2011, p. 231).

O ente estatal tem como papel a promoção de políticas e ações públicas voltadas a atenuar ou suprimir as contingências que resultam nas variações de renda de seus cidadãos. Como objetivo constitucional, no caso brasileiro, há inúmeras políticas capazes de contribuir com a diminuição da pobreza. Contudo, faltam, em alguns casos, controles e procedimentos de *accountability*<sup>9</sup> (SEN, 2015, p. 141), essencial para que a máquina pública se torne eficiente e suas políticas sejam efetivas, com a aptidão de comportamentos administrativos que provocam os resultados pretendidos (MODESTO, 2000, p. 6).

Percebe-se que as políticas públicas são os vetores de desenvolvimento de liberdades, cujas capacitações poderão ser ampliadas ou não a depender de haver contribuição efetiva do Estado e de outros atores na elaboração e execução de novas políticas.

## 3 AMPLIAÇÃO DAS CAPACITAÇÕES (*CAPABILITIES*) POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

No Estado brasileiro, pode-se mencionar que, para quase totalidade dos problemas que se apresentam em razão das variações existentes em face da pessoa natural, há uma ação

8 Para Sen, são quatro as fontes de variação de renda: (1) Heterogeneidades pessoais: as pessoas têm características físicas díspares em relação a idade, gênero, deficiência, propensão à doença etc., tornando suas necessidades extremamente diversas. Por exemplo, uma pessoa deficiente ou doente pode precisar de mais renda para fazer as mesmas coisas elementares que uma pessoa menos adoentada pode fazer com determinado nível de renda. Na verdade, algumas desvantagens, como as deficiências graves, podem não ser totalmente corrigíveis, mesmo com enormes despesas em tratamentos ou próteses. (2) Diversidades no ambiente físico: quanto longe determinada renda pode chegar dependerá também das condições ambientais, incluindo condições climáticas, como faixas de temperatura ou incidência de inundações. As condições ambientais não precisam ser imutáveis: podem ser melhoradas pelos esforços comuns, ou agravadas pela poluição ou esgotamento. Mas um indivíduo isolado pode ter de aceitar muito das condições ambientais dadas para converter receitas e recursos pessoais em funcionamentos e qualidade de vida. (3) Variações no clima social: a conversão de recursos pessoais em funcionamentos é influenciada também pelas condições sociais, incluindo a saúde pública e as condições epidemiológicas, a estrutura do ensino público e a prevalência ou ausência de crime e violência nas localidades. Além das instalações públicas, a natureza das relações comunitárias pode ser muito importante, assim como a literatura mais recente sobre o “capital social” tende a enfatizar. (4) Diferenças de perspectivas relacionais: os padrões estabelecidos de comportamento em uma comunidade também podem variar substancialmente a necessidade de renda para realizar os mesmos funcionamentos elementares. Por exemplo, ser capaz de “aparecer em público sem sentir vergonha” pode exigir padrões mais elevados de vestuário e de outros consumos visíveis em uma sociedade mais rica que outra (como Adam Smith observou há mais de dois séculos em A riqueza das nações). O mesmo se aplica aos recursos pessoais necessários para tomar parte na vida da comunidade e, em muitos contextos, até para satisfazer os requisitos mais elementares da autoestima. Essa variação é principalmente intersocial, mas influencia as vantagens relativas de duas pessoas localizadas em países diferentes. (SEN, 2011, p. 252).

9 Sobre *accountability* no Poder Público ver: LEAL, Dionis Janner. *Accountability* no setor público sobre a perspectiva de Amartya Sen: do estado eficiente ao estado de controle e gestão de riscos. In: LUCAS, Douglas Cesar et al (Orgs.). Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise: a proteção jurídica das minorias. Vol. 2. p. 544-558. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.



estatal. Pelas heterogeneidades pessoais, como uma enfermidade ou incapacidade, psíquica ou física, o Estado garante acesso à saúde (art. 196, CF/88), para tratar da enfermidade ou deficiência, e à assistência social (art. 203, CF/88) e previdência social (art. 201, CF/88), para garantir uma renda mínima capaz de atender as necessidades básicas das pessoas que estão sob determinado desfavorecimento ou incapacidade laboral em suas vidas.

É cediço que um benefício previdenciário qualquer (aposentadoria ou auxílio-doença) agrega renda para a pessoa beneficiária. Contudo, a enfermidade que eventualmente venha a lhe acometer, sendo necessário captar mais recursos para seu tratamento a fim de ser suficiente, ou mesmo que o seja, pode não ser capaz de lhe garantir saúde por ausência de assistência médica estatal disponível, sem unidades ou profissionais de saúde ou medicamentos suficientes. Nesse sentido, a renda não é fator determinante para afastar a privação de capacidade da pessoa provocada pela doença, mas pode atenuar. Isso porque a pobreza de verdade “pode facilmente ser muito mais intensa do que podemos deduzir dos dados sobre a renda” (SEN, 2011, p. 291).

Como se verificou, a ampliação das capacidades (*capabilities*) se dá por intermédio de ações e políticas públicas. Essas proposições, entretanto, devem atentar para fatores que, mesmo com boas políticas, mantêm as desigualdades ou não as diminuem, que são desvantagens peculiares ou inerentes às pessoas que venham dificultar a conversão de rendas em capacidades.

O problema da desigualdade realmente se magnifica quando a atenção é desviada da desigualdade de renda para a desigualdade na distribuição de liberdades substantivas e capacidades. Isso ocorre principalmente devido à possibilidade de [...] vantagens desiguais na conversão de rendas em capacidades, de outro. Este último aspecto tende a intensificar o problema da desigualdade já refletido na desigualdade de renda. Por exemplo, uma pessoa incapacitada, doente, idosa ou que apresenta alguma outra desvantagem pode, por um lado, ter dificuldade para auferir uma renda apropriada e, por outro, também enfrentar dificuldades ainda maiores para converter renda em capacidades e em uma vida satisfatória. Os próprios fatores que podem impossibilitar uma pessoa de encontrar um bom emprego e ter uma boa renda (como a incapacidade) podem deixá-la em desvantagem na obtenção de uma boa qualidade de vida até mesmo com um bom emprego ou boa renda. Essa relação entre potencial para auferir renda e potencial para usar a renda é um conhecido fenômeno empírico nos estudos sobre a pobreza. A desigualdade interpessoal de renda nos resultados de mercado pode tender a ser magnificada por esse “acoplamento” de baixas rendas com desvantagens na conversão de rendas em capacidades. (SEN, 2010b, 121).

Pode-se dizer que as diversidades no ambiente físico – condições ambientais, climáticas e outras do entorno – resultam na diminuição das capacidades (*capabilities*) da pessoa. Isso ocorre, por exemplo, quando os cidadãos vivem em áreas de risco, em regiões com sazonalidades de inundações, clima seco ou desértico, ou, ainda, sem acesso a saneamento básico ou transporte coletivo decorrente da omissão do homem. Em casos assim, a renda salarial laboral universal – salário mínimo ou de determinada categoria profissional – pode ser insuficiente para aquelas pessoas que têm diferentes adversidades no ambiente onde vivem. Políticas paliativas promovidas pelo Estado executadas para remediar situações críticas não contribuem para diminuir a pobreza, mas se caracterizam como políticas públicas emergenciais, quando, de fato, são necessárias ações permanentes, com foco nas adversidades do ambiente físico do território do governo que tenha competência para tanto.

Todavia, não se deve negar validade às ações paliativas que tenham por objetivo imediato atender situações de vulnerabilidades catastróficas ou de urgência – em razão de

eventos da natureza ou sociais –, mas entendê-las como simples atenuantes momentâneos da gravidade maior que as atingem.

Percebe-se que, embora exerçam suas atividades na área central da mesma cidade, há mais limitações para quem reside na periferia. Nesse caso, apesar de perceber similares rendas ou remunerações, suas capacitações (*capabilities*) são afetadas em razão das diversidades do ambiente físico. O centro é comumente provido de acesso imediato e/ou facilitado a saneamento básico, a unidades de saúde e de educandários. A periferia exige locomoção, seja pelo transporte urbano coletivo ou por meios próprios. E acaba se limitando ao lugar a que se volta apenas para dormir, uma vez que as atividades comerciais e de prestação de serviços ocorrem prioritariamente no centro. Novamente, reitera-se que a renda não é suficiente para aferir a ampliação das capacitações (*capabilities*) dos cidadãos que possuem um hiato de oportunidades em razão da localidade onde vivem, mesmo quando se trata de um mesmo conglomerado de domicílios em bairros de um centro urbano.

A ordem constitucional brasileira possui diretrizes que visam atender a essas heterogeneidades, inclusive determinando o sujeito passivo dessa relação, isto é, apontando a pessoa do Estado responsável pela ação estatal que combaterá as adversidades do ambiente físico.

No caso de saneamento básico, por exemplo, a Constituição Federal determina ser competência privativa da União Federal a instituição de suas diretrizes (CF, art. 21, XX), e de competência comum de todos os entes federados, incluindo as municipalidades, a sua melhoria (CF, art. 23, IX).

Na medida em que o Poder Público não pode atender ou não tem interesse em executar essas atividades de melhoria de saneamento, mas em razão do comando normativo constitucional deve fazê-lo, permite-se delegar a particulares a execução de prestação de serviços públicos de forma adequada (CF, art. 175). Assim, garante-se a executoriedade dessas ações.

Quanto às variações no clima social, é necessário que essas condicionantes sociais para a diminuição da pobreza sejam contempladas com saúde pública eficiente e educação básica, gratuita e de qualidade, que somente podem ser ofertadas pelo Estado, especialmente nas localidades onde há maior número de pessoas de baixa renda. Desse modo, se garantem oportunidades para autopromoção das suas capacitações (*capabilities*).

Onde não há acesso (ou ele é limitado) a instituições de saúde e educação, ou por questões climáticas, por exemplo, as variações no clima social – ou “ambiente” social (SEN, 2018, p. 69) – condicionam que o ambiente físico – ou diversidades ambientais – tenha aptidão de promover o máximo do que dispõe a ofertar às pessoas.

Não é suficiente, por exemplo, possuir um posto de saúde em determinada zona urbana afastada do centro da cidade, cujo atendimento se limita a horários restritos. Ou que não possua médicos, outros profissionais de saúde ou insumos suficientes para atender de forma efetiva as pessoas e lhes garantir integridade na sua saúde mental e/ou corporal ditadas pelas enfermidades que lhes acometem.

Da mesma forma, não é suficiente possuir escola de educação básica que careça de profissionais de educação qualificados, materiais didáticos e infraestrutura adequada. Ou, ainda, que o policiamento nas zonas de maior crime e violência em face da segurança pública seja insuficiente ou inexistente.

No Brasil, para exemplificar, houve um aumento considerável de instituições federais de ensino que ofertam ensino gratuito à população. Essa interiorização da educação foi criada por lei, em 2008, e uma de suas finalidades é “orientar sua oferta formativa em benefício da consolidação e fortalecimento dos arranjos produtivos, sociais e culturais locais” (Lei

11.892/08, art. 6º, IV), por ser um direito social (CF, art. 6º)<sup>10</sup> de todos e dever do Estado e da família (CF, art. 205)<sup>11</sup>.

A busca para oportunizar a geração de capacitações (*capabilities*) frente às variações no clima social, no exemplo da educação pública, é atingir o resultado de garantir ensino que enseje o desenvolvimento de capacitações (*capabilities*) da pessoa. Com a aprendizagem, buscaram-se novas oportunidades de auferir renda mais adequada, correspondente a melhor qualificação profissional que recebeu.

Por fim, as diferenças de perspectivas relacionais – diferenças na privação relativas relacionadas com padrões habituais de consumo (SEN, 2018, p. 69) – dizem respeito ao comportamento de uma comunidade, cidade ou país. Os seus partícipes exigirão, naturalmente, recursos necessários para pertencer socialmente dessa localidade, como consumo de determinado padrão de bens e/ou serviços.

Enquanto política de redistribuição de renda mínima para subsistência das famílias de baixa renda, o programa Bolsa Família oportuniza acesso à escola, ao vestuário e ao alimento para a família. Objetiva que jovens e crianças dependentes dos pais não fiquem à mercê das adversidades que acometem seus tutores e tenham suas capacitações (*capabilities*) ceifadas precocemente por falta de subsídios que comprometem o acesso a bens primários. Nessa fonte de variação, na conversão de renda, prepondera a ideia de rendimento, “uma vez que as oportunidades de que uma pessoa desfruta numa economia de mercado podem ser gravemente limitadas pelo seu nível de rendimentos” (SEN, 2018, p. 69).

O programa tem como eixos principais o complemento de renda e acesso a direitos, em que as famílias beneficiadas devem cumprir determinadas condicionalidades, como acompanhamento nutricional e de saúde.

Todavia, de acordo com o órgão vinculado ao Ministério da Economia do Brasil, tais condicionalidades não possuem concepção punitiva, mas visam garantir que as pessoas em pobreza ou pobreza extrema tenham acesso a direitos sociais, motivo pelo qual o Poder Público tem como comprometimento garantir a oferta de serviços públicos adequados (BRASIL, 2015).

O benefício assistencial concebido para combater a pobreza das pessoas, como mencionado, não visa apenas agregar renda, embora seja de extrema importância em razão das condições apresentadas pelos beneficiados. Visa também desenvolver as suas capacitações (*capabilities*) a fim de oportunizar, além de melhores escolhas, o acesso a serviços essenciais, como saúde e educação aos dependentes da família beneficiária, contribuindo, pois, com a última fonte de variações na conversão de renda defendida por Sen.

São esses os exemplos em execução no Brasil que visam ampliar as condições para as capacitações (*capabilities*) das pessoas, ofertando meios diversificados de atender, na medida do possível, a todas as adversidades cada um pode sofrer e a deixar em desigualdade perante outras melhor afortunadas.

#### 4 CENÁRIO DE CRISE E OS DIREITOS SOCIAIS

A crise mundial, não somente econômica, mas também de saúde pública – como a atual Pandemia Covid-19 –, pode provocar a redução da produtividade em escala mundial e, conseqüentemente, contribuir para o aumento das desigualdades sociais e diminuição das

---

10 Constituição Federal 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.

11 Constituição Federal de 1988: Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

capacitações (*capabilities*) das pessoas. Nesse caso, exige maior esforço por parte do Estado em garantir direitos básicos, como renda mínima, saúde pública e outros direitos conexos – educação, trabalho e moradia, por exemplo.

O cenário de crise atual não possui um precedente histórico recente, o que difere, em situação análoga ao cenário de crise apresentado na obra de Sen (2010a). O autor atribui às organizações privadas o compromisso da responsabilidade social como um fator preponderante na colaboração no combate a crises, compartilhando com o Estado essa atribuição.

No contexto da obra, Sen elencou algumas características que uma empresa com responsabilidade social (responsabilidade social empresarial – RSE) deveria contemplar. Entre elas, apresenta a existência de políticas de pessoal que favorecem o desenvolvimento das pessoas, inclusive no ambiente familiar, valendo-se de inovações tecnológicas que promovem esse bem-estar, ao mesmo tempo em que busca aniquilar temas críticos, como a discriminação sexual no ambiente de trabalho (SEN, 2010a, s.p).

Essa visão no atual contexto de pandemia mundial (Covid-19) exprime a contemplação da proposta de Sen no cenário brasileiro por proposta governamental, como atividades remotas (teletrabalho) proposta pela Medida Provisória nº 927, editada em março de 2020. Apesar de sua validade ter expirado em julho do mesmo ano, contribuiu como uma ação estatal em resposta à crise desencadeada pela pandemia.

Outra característica de responsabilidade observada por Sen é a chamada transparência e boa governança corporativa. O autor tece comentários acerca da necessidade da existência de políticas de informações com acesso público e alimentadas continuamente, a existência de mecanismos de intervenção pelos acionistas, a existência de uma instância de direção com idoneidade e passível de controle, além da abolição de conflitos de interesse (SEN, 2010a, s.p), características que devem estar presentes no âmbito das repartições públicas.

É a partir do debate público que teremos, na ideia de Sen, melhores retornos na efetivação de políticas públicas, aliadas também a outros instrumentos sociais, políticos ou legais (mídia independente, oposição pública, acesso à informação), porque:

A discussão pública sobre a natureza da calamidade pode fazer do destino das vítimas um formidável tema político, com efeitos de longo alcance sobre a cobertura da mídia e o debate público e, em última instância, sobre a votação de uma maioria potencial. Dentre as conquistas da democracia, está sua capacidade de fazer com que as pessoas se interessem, através de discussão pública, pelas dificuldades dos demais e tenham uma melhor compreensão das vidas alheias (SEN, 2011, p. 329).

Interessante destacar que o Brasil internalizou nos órgãos e nas entidades públicas alguns conceitos tratados para a iniciativa privada por Sen. É o caso da governança corporativa, conceituada no Decreto nº 9.203/2017, como o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade” (BRASIL, 2017, art. 2º, I).

Outrossim, adotou-se a transparência dos atos governamentais a partir da edição da Lei de Acesso à Informação (LAI), na qual se estabelece que qualquer cidadão (BRASIL, 2011, art. 10) poderá solicitar informações, documentos e direito de resposta a atos do governo (BRASIL, 2011 art. 7º), inclusive sobre processos, atos de gestão. E o seu não atendimento pelos agentes públicos enseja responsabilização administrativa e, quiçá, crime de improbidade administrativa (BRASIL, 2011, art. 32, §2º).

Trata-se, portanto, de ferramentas disponíveis aos cidadãos para acessar informações de atos e políticas promovidas pelo Estado. Todavia, os instrumentos normativos da LAI podem não trazer resultados imediatos, porque inexistente um controle sobre as informações

que foram prestadas ou não aos requerentes, até porque a lei, que prima pela transparência (art. 3º, IV, da LAI), colabora para isso, criando empecilhos que merecem ser aqui destacados.

Convém esclarecer que, para Byung-Chul Han, a “sociedade da transparência é uma sociedade da informação”, é opaca, “tudo penetra e torna tudo transparente” (2017, p. 92). Dito de outro modo, informações e comunicações demasiadas não ensejam transparência, ou seja, não lançam luz ao mundo, sendo que a massificação de informações não gera verdade. Quanto mais informações liberadas, menos transparente torna-se o mundo, logo, “a hiperinformação e a hipercomunicação não trazem luz à escuridão” (HAN, 2017, p. 92, 95-96).

As informações do Poder Público são demasiadas e estão disponíveis em portais de transparência, cujos dados são acessíveis a qualquer cidadão. Contudo, apenas há informações, cujos conteúdos (processos e procedimentos) permanecem no âmbito dos órgãos públicos e serão acessíveis apenas quando solicitado de forma expressa por quem se interessar. Não há, portanto, transparência efetiva, mas expectativa de direito de acesso a informações que serão exteriorizadas a partir da manifestação do requerente.

Nessa busca de concretude e efetividade, uma lei necessita de impulsos, como condutas comportamentais das pessoas e de organismos privados que sejam proativos e não estejam à mercê de ingerências, isto é, garantir-se a liberdade aqui proposta. Nesse sentido, cabe considerar o que Sen (2015) afirma:

[...] temos de buscar uma combinação de iniciativas que incluam a reforma dos sistemas de administração e de investigação, alterando a estrutura de incentivos, a realização de reformas legais adequadas, reduzindo a tolerância social da desonestidade financeira e expandindo o uso de disposições já codificadas na Lei do Direito à Informação e em legislações relacionadas, e o estabelecimento de um jornalismo investigativo que vise relatar, de forma sistemática, o mau comportamento do qual não se presta conta (p. 171).

181

Essa possível efetividade da lei, no entanto, é dificultada a partir do momento em que se exige, como requisito, a identificação do requerente (BRASIL, 2011, art. 10), não colaborando com a impessoalidade e proteção daquele que não pretende se identificar e pretende acessar informações públicas.

Partindo-se da ideia de que, como regra, as informações guarnecidas pelo Poder Público são públicas, a obrigatoriedade da identificação do usuário que pretende acessar informações – que são públicas, frise-se – não garante proteção da identidade do requerente. Isso significa que é passível de intimidação ou retaliação por órgão estatal ou por agente público, comumente em comunidades pequenas onde todas as pessoas têm conhecimento de quem é cada morador, onde labora ou reside.

Em trabalho empírico, corroborando essa percepção de fragilidade e limitação da LAI, a organização internacional, Artigo 19, contribui com a seguinte passagem:

Os reflexos dessa “cultura do sigilo” adquirem características especialmente preocupantes no nível municipal, onde a pessoalidade frequentemente permeia as relações entre sociedade e servidores públicos, de modo que a identificação gera constantemente constrangimentos em relações de trabalho e tratamento diferenciado em respostas a demandas por informação. Em trabalho de campo realizado pelo Artigo 19 em municípios pequenos, por exemplo, notou-se o receio da população quanto à realização de pedidos de informação. Temia-se que a prática pudesse colocar em risco serviços básicos providos por autoridades locais e a própria integridade física dos requerentes, uma vez que muitos já haviam sido ameaçados (ARTIGO 19, 2018, p. 9).

Ora, não há proteção de dados pessoais daqueles requerentes de acesso a informações perante o Poder Público de forma expressa na Lei de Proteção de Dados Pessoais brasileira.

O que gera “entrave à efetividade do seu exercício, já que a exigência pode colocar em risco não só o próprio conteúdo da informação apresentada como também o próprio solicitante” (SIGARINI; SANTOS, 2020, s.p).

A par das fragilidades da LAI, percebe-se que, em cenários de crises, a proposta de Sen de se valer o Estado das corporações privadas para seu enfrentamento é válida. Compartilhando com elas esse ônus, mediante colaboração, percebe-se que o próprio ente estatal incorporou instrumentos de organismos privados como transparência, governança e políticas de pessoal aliadas a inovações tecnológicas como formas de colaboração no enfrentamento das crises (financeira, econômica e, agora, humanitária, no dizer de Sen), visando combater a pobreza.

Nesse contexto, Sen traz medidas de enfrentamento, como o reforço de que as pessoas dependerão de políticas públicas de qualidade para combater crises, prescrevendo que as empresas possuem, além da responsabilidade social empresarial (RSE), como obrigação no cenário que se apresenta com a crise:

[...] colaborar ativamente com as políticas públicas na criação e na manutenção de “empregos decentes”. A crise pode estimular a adoção de ajustes por meio do desemprego ou da degradação dos empregos existentes. A demanda da sociedade, ao contrário, é de que, em parceria com as políticas públicas, as empresas multipliquem seus esforços no sentido de proteger o emprego. (SEN, 2010a, s.p)

Essa ilustração aplica-se à atual conjuntura vivenciada em contexto global de forma análoga, em que, no lugar da empresa, que hoje depende de ações públicas para manter emprego e renda, tem-se o Estado como garantidor e senhor absoluto no combate à crise humanitária. Esse protagonismo ocorre a partir de condutas que promovem ações nesse sentido, a exemplo de políticas públicas normativas editadas pelo governo brasileiro, como a Medida Provisória nº 927, de março de 2020, e a de nº 936, de abril de 2020, as quais tratam, em síntese, de medidas trabalhistas para manutenção de emprego e renda.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: POLÍTICAS PÚBLICAS, *ACCOUNTABILITY* E COMBATE À POBREZA

A partir da ideia de que o Estado é responsável por atingir os fins públicos a que está constitucionalmente incumbido, ele deve dar atenção às adversidades e/ou aos infortúnios que acometem as pessoas, de forma individual ou concentrada, e a partir de bases informacionais mais próximas da realidade possível.

Para cada fonte de heterogeneidade ditada por Sen nos trabalhos aqui retratados, há algumas políticas públicas no Brasil, como seguridade e assistência social, saúde e educação, com o objetivo de atingir sua finalidade, que é a assistência às pessoas para desenvolver suas capacidades. E, assim, promover oportunidades para que elas possam, por si mesmas, escolher a vida boa que querem desfrutar, proveniente, essencialmente, do comando normativo constitucional.

Assim como existe assistência social aos desamparados, há saúde pública aos enfermos, educação pública para qualificação profissional dos jovens e trabalhadores, seguro social para os idosos ou incapacitados ao trabalho. Trata-se de meios institucionais para que seja possível elevar as capacitações das pessoas para optarem por oportunidades que melhor lhes satisfarão, seja em ter ou ser.

A pobreza real, para além dos dados sobre renda, serve como consideração importante na avaliação da ação pública ao atendimento de grupos de pessoas com dificuldades na

conversão da renda nos tipos de vida que melhor lhes aprouver (SEN, 2011, p. 291), não a realização em si, mas às oportunidades que elas possam ter.

Logo, compete ao Estado o dever de atentar-se às características pessoais e ambientais, a fim de melhor canalizar políticas e recursos públicos para auxiliar e atenuar as variações que comprometem a renda dos cidadãos e ampliar suas capacidades em converter a renda em boa vida, dando-lhes oportunidades reais.

Verificou-se que, em períodos de crises, os direitos sociais devem ser intensificados e agilizados mediante proposições de políticas públicas – mesmo que temporárias, como edição de medidas provisórias –, a fim de garantir emprego e renda. Isso deve ocorrer, no entanto, sem descuidar da transparência, mediante uso de instrumentos sociais, políticos e jurídicos como o acesso à informação, embora tenha sido demonstrados a fragilidade e os limites na efetivação desse direito. Nesse ambiente, o Estado é o único – em raras vezes tem colaboração de organizações privadas – que pode promover ações ativas em prol das adversidades que afloram e se intensificam nesses períodos de incertezas. *A priori*, pode-se afirmar que o Brasil está a garantir justiça ao promover o desenvolvimento das capacidades (*capabilities*) às pessoas (e grupos) em razão das suas adversidades, a fim de que possam, no futuro, ter a oportunidade de escolher a vida que querem viver. Todavia, é necessária uma análise mais aprofundada do papel dessas instituições promotoras de políticas públicas, mediante instrumentos que visam garantir a transparência.

## REFERÊNCIAS

ARTIGO 19. **Identidade revelada:** entraves na busca por informação pública no Brasil. Maio 2018. Disponível em: <https://artigo19.org/?p=13806>. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, out. 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004**. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm). Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.892, de 29 de dezembro de 2008**. Institui a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, cria os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11892.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11892.htm). Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm). Acesso em 27 maio 2020.

BRASIL. **Ministério da Cidadania**. Secretaria Especial de Desenvolvimento Social. Brasília, 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia/o-que-e>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm). Acesso em 24 de abr. 2020.

HAN, Byung-Chul. **Estado de transparência.** Tradução de Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

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

LEAL, Dionis Janner. *Accountability* no setor público sobre a perspectiva de Amartya Sen: do estado eficiente ao estado de controle e gestão de riscos. In: LUCAS, Douglas Cesar et al (Orgs.). **Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise: a proteção jurídica das minorias.** Vol. 2. p. 544-558. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. Disponível em: [https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206\\_2da4445f97c94b8b9f8074df4630c076.pdf](https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_2da4445f97c94b8b9f8074df4630c076.pdf). Acesso em 12 set. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** São Paulo: Malheiros, 2009.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Interesse Público.** Belo Horizonte, v. 51, n. 2, p. 107-121, abr./jun. 2000. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51586>. Acesso em: 23 ago. 2019.

PAIVA, Luis Henrique; FALCÃO, Tiago; BARTHOLLO, Letícia. Do Bolsa Família ao Brasil Sem Miséria: um resumo do percurso brasileiro recente na busca da superação da pobreza extrema. In: CAMPELLO, Tereza; NERI, Marcelo Côrtes. (orgs.). **Programa Bolsa Família: uma década de inclusão e cidadania.** Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: [http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/bolsa\\_familia/Livros/Bolsa10anos.pdf](http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/bolsa_familia/Livros/Bolsa10anos.pdf). Acesso em: 08 nov. 2019

REICHER, Stella C. Diversidade humana e assimetrias: uma releitura do contrato social sob a ótica das capacidades. **SUR. Revista internacional de direitos humanos.** São Paulo, v. 8, n. 14, p. 173-185, jun. 2011. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=92338](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=92338). Acesso em: 20 maio 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM,** Belo Horizonte, ano 17, n. 60, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240515>. Acesso em: 19 maio 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC,** Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=56009>. Acesso em: 19 maio 2020.



SIGARINI, Danilo Cavalcante; SANTOS, Fábio de Sousa. A obrigatoriedade de identificação do solicitante da informação como obstáculo para garantia do direito de acesso à informação. *In: Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 13, p. 129-144, abr.- jun. / 2020.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução de Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010a.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010b.

SEN, Amartya; DRÈZE, Jean. **Glória incerta**: a Índia e suas contradições. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SEN, Amartya. **Escolha coletiva e bem-estar social**. Tradução de Ana Nereu Reis. Coimbra: Almedina, 2018.

SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de; VAZ, Fabio M. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Brasil. *Cadernos ODS. ODS1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares*. IPEA, 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190524\\_cadernos\\_ODS\\_objetivo\\_1.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190524_cadernos_ODS_objetivo_1.pdf). Acesso em: 03 jun. 2020.

ZAMBAM, Neuro José. **Introdução à teoria de justiça de John Rawls**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2016.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

MEDIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA  
DE ACCESO A LA JUSTICIA DE ACUERDO COM LA LEY  
N. 13.140/2015

AMANDA DA CRUZ SARAIVA  
FABIANA MARION SPENGLER

# MEDIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ACCESO A LA JUSTICIA DE ACUERDO CON LA LEY N. 13.140/2015

Recibido: 30/09/2020  
Aprobado: 01/12/2020

Amanda da Cruz Saraiva<sup>1</sup>  
Fabiana Marion Spengler<sup>2</sup>

## RESUMEN:

Este artículo tiene como objetivo analizar el procedimiento de mediación extrajudicial como política pública de acceso a la justicia en la composición de conflictos en Brasil, luego de la promulgación de la Ley n. 13.140/2015. Cabe decir que la mediación, que está sobrevalorada como instrumento judicial, se considera un procedimiento en el que el objetivo es que el tercer intermediario ayude a los participantes a enfrentar la situación conflictiva, restablecer el diálogo y promover reflexiones sobre el problema. Por lo tanto, considerando la gran relevancia de este instituto, se hace la pregunta: ¿Cómo se ha empleado el desarrollo y por quién se ha empleado la mediación extrajudicial como una política pública de acceso a la justicia basada en la Ley n. 13.140/2015 en el escenario brasileño? Para hacer posible el trabajo, se utilizó la técnica de investigación indirecta, el método de enfoque deductivo y, como método de procedimiento, se utilizó la monografía, basada en la investigación bibliográfica, libros y trabajos relacionados con el tema.

**Palabras clave:** Conflicto. Ley 13.140/2015. Mediación. Mediación extrajudicial. Política Pública.

187

## CONSIDERACIONES INICIALES

La presente investigación tiene como objetivo aclarar sobre el instituto de Mediación Extrajudicial como una política pública de acceso a la justicia en el tratamiento de conflictos, además de calificar el desempeño del mediador extrajudicial, esencial para la efectividad del procedimiento. El tema abordado, por lo tanto, tiene relevancia social, considerando la inserción de este instituto como un método autocompuesto de tratamiento de conflictos que se considera un instrumento efectivo de pacificación social, así como para la prevención y resolución de litigios judiciales.

Por lo tanto, reconociendo los esfuerzos de la Ley N ° 13.140 de 2015, que no solo estaban dirigidos a la mediación judicial, buscando, por lo tanto, establecer reglas, también para la mediación extrajudicial, o también llamada privada, el estudio se basa en Mediación extrajudicial que se caracteriza por prever un cambio de escenario en la sociedad, trayendo consigo una nueva metodología cuando se trata de los conflictos. Además, termina desencadenando un medio seguro de pacificación social y promoviendo una transformación en el modelo de acceso a la justicia tradicional, que actualmente está congestionada debido a la gran cantidad de disputas que ingresan al Poder Judicial.

<sup>1</sup> Mestranda em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação UNISC, com bolsa BIPPS Edital 02/2019, na linha de pesquisa de Políticas Públicas de Inclusão Social. Pós Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) email: manda\_saraiva@hotmail.com

<sup>2</sup> Bolsista de Produtividade em Pesquisa (PQ2) do CNPq. Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1994), mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1998). É doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2007) com bolsa CAPES e pós-doutora pela Universidade degli Studi di Roma Tre (2011) com bolsa do CNPq. email: fabiana@unisc.br

Sin embargo, se destaca la mediación extrajudicial en lo molde de la comunidad, la escuela y los servicios extrajudiciales, como se establece en el artículo 42 de la Ley 13.140 / 2015, ya que es un modelo complementario de acceso a la justicia, es de gran valor estudiar este tema para contribuir a la Ciencia del Derecho, en vista del hecho de que todavía no está muy extendido y, por lo tanto, tiene poca producción científica.

Para llegar a esta conclusión, se utilizó el método de enfoque deductivo y monográfico, con técnicas de investigación bibliográfica y documental, principalmente basadas en libros y artículos científicos.

## 2 CONSIDERACIONES SOBRE EL CONFLICTO

Para abordar la política de mediación pública como un medio de acceso a la justicia, es necesario observar primero el factor principal: el conflicto, que surge y que puede resolverse o, mejor, tratarse, también de manera independiente. Por lo tanto, el conflicto demuestra ser un movimiento de interacción importante, ya que evita el estancamiento social, por lo que es necesario reconocer que la voluntad conflictiva es inherente a la condición humana (SPENGLER, 2019, p. 119). Se observa que fue a partir de la formación de una institución social (contrato), nacida de la contratación de todos con el objetivo de garantizar su seguridad y pacificación social, que la intervención del Estado se hizo necesaria (SPENGLER, 2017), para evitar el “Guerra de todos contra todos”, lo que le otorga el monopolio de la violencia legítima, lo que confirma la importancia del conflicto.

La corriente que funciona bajo la perspectiva de conflicto, llamada corriente funcionalista, destaca la importancia de las estructuras en la sociedad. Según Giddens (2009), los teóricos del conflicto enfatizan la importancia de las divisiones en la sociedad, centrando el análisis en cuestiones de poder, desigualdad y lucha. Por lo tanto, los estudiosos del conflicto analizan las tensiones entre los grupos dominantes y desfavorecidos de la sociedad, tratando de comprender cómo se establecen y perpetúan las relaciones de control (SPENGLER, 2018).

De lo contrario, las teorías de Acción Social ponen más énfasis en el papel que desempeña la acción y la interacción de los miembros de una sociedad en la configuración de la estructura social. Mientras que el servicio civil y las perspectivas de conflicto desarrollan modelos relacionados con el funcionamiento global de la sociedad, las teorías de la acción social se centran en el análisis de la forma en que los actores sociales se comportan entre sí y hacia la sociedad (GIDDENS, 2009).

Dadas estas teorías consideradas más importantes en la concepción de Giddens, definir la palabra conflicto es una tarea difícil, ya que un conflicto puede ser social, político, psicoanalítico, familiar, interno, externo, entre personas o entre naciones, puede ser un conflicto étnico, religioso o un conflicto de valores (SPENGLER, 2016).

Cabe señalar que el concepto de conflicto no es armonioso. Hay varias denominaciones relacionadas con la palabra conflicto, sin embargo, todas tienen enfoques comunes. A juicio de los autores

El conflicto se puede definir como un conjunto de propósitos, métodos o conductas divergentes que terminan causando un choque de posiciones antagónicas, en un momento de desacuerdos entre las personas, ya sean físicas o legales. (SAMPAIO; NETO, 2014, p. 35).

En este contexto, este choque de posiciones es el resultado de alguna situación que el sujeto experimenta e intenta la posibilidad de algún cambio. Este cambio, en consecuencia,

cambiará la realidad de ese momento, lo que hará que surja el conflicto, ya que no hay conflicto sin cambio, ya que la perspectiva de cambio conduce a un conflicto, muchas veces. Para Spengler (2017, p. 109):

El conflicto intenta romper la resistencia del otro, porque consiste en la confrontación de dos voluntades cuando una busca dominar a la otra con la expectativa de imponerle su solución. Este intento de dominación se puede lograr a través de la violencia directa o indirecta, o por una amenaza física o psicológica. Al final, el resultado puede surgir del reconocimiento de la victoria de uno sobre la derrota del otro. Por lo tanto, el conflicto es una forma de tener razón, independientemente de los argumentos racionales (o razonables), a menos que ambas partes hayan aceptado el arbitraje de un tercero. Entonces, se puede ver que no se reduce a una simple confrontación de deseos, ideas o intereses. Es un procedimiento contencioso en el que los antagonistas se tratan entre sí como oponentes o enemigos.

El conflicto es una acción inevitable y saludable y tiene una importancia sociológica y política que se puede ver en la organización y transformación de las relaciones en una sociedad, dado que el conflicto es inherente a los individuos y grupos sociales, lo que hace que “es un hecho, un evento fisiológico importante, positivo o negativo de acuerdo con los valores insertados en el contexto social analizado” (SPENGLER, 2018, p. 20). Dicho esto, hay algunas circunstancias en las que el conflicto necesita una intervención externa (que se atribuye a un tercero) a grupos o individuos que están en conflicto, y esta intervención se lleva a cabo para evitar un resultado trágico, rompiendo con la polaridad instituida y permitiendo aproximación y comunicación.

Aún así, según Spengler (2017, p. 187), la noción de conflicto no es unánime:

Nacida del latín antiguo, la palabra conflicto tiene como raíz etimológica la idea del choque, o la acción del choque, de palabras opuestas, ideologías, valores o armas. Por lo tanto, para que ocurra un conflicto, es necesario, en primer lugar, que las fuerzas enfrentadas sean dinámicas, conteniendo en sí mismas el significado de la acción, reaccionando entre sí.

Con respecto a la importancia sociológica del conflicto, Simmel parece resumir cuando dice que así como el universo necesita “amor y odio”, fuerzas de atracción y fuerzas de repulsión para tener alguna forma, la sociedad también necesita lograr cierta configuración, que necesita cantidades proporcionales de armonía y desarmonía, de asociación y competencia, de tendencias favorables y desfavorables. Definidas, las sociedades verdaderas no solo resultan en fuerzas sociales positivas por la ausencia de factores negativos que pueden obstaculizarlas. La sociedad, como la conocemos, es el resultado de ambas categorías de interacciones positivas y negativas, que se manifiestan de esta manera de manera positiva (SIMMEL, 1983).

Por lo tanto, se basa en esta dinámica conflictiva que es posible verificar que el conflicto puede ser tanto positivo como negativo y que la valoración de sus consecuencias ocurrirá, precisamente, por la legitimidad de las causas que pretende defender. El conflicto transforma a los individuos, ya sea en su relación entre ellos o en su relación con ellos mismos, lo que demuestra que tiene consecuencias desfigurantes y purificadoras, debilitadoras o fortalecedoras.

Además, los conflictos pueden explicarse como una “confrontación entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan, entre sí, una intención hostil, generalmente con respecto a un derecho” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2019, p. 45). Suceden en diferentes niveles dependiendo del grado de organización y la intensidad de las emociones

de cada parte. Según el autor Calmon, los conflictos pueden presentar diferentes niveles, que pueden ser: latente, emergente y manifiesto (2008, p. 22).

En cuanto a los conflictos latentes, se entiende por conflictos donde hay una tensión que aún no se ha desarrollado bien, cuyas partes a veces no son conscientes de que hay un conflicto que desea manifestarse. Puede suceder en relaciones personales, cuando, por ejemplo, en una ruptura con una unión estable (SPENGLER, 2018). Si bien los conflictos emergentes son los que se caracterizan cuando el problema ya se reconoce, no se ha establecido una forma de lidiar con esta oposición. En este caso, se puede ilustrar un conflicto emergente en una relación laboral (SPENGLER; COSTA, 2019). Cuando el punto muerto ya se ha establecido y las partes ya se han comprometido a una disputa, el conflicto se llama manifiesto. A menudo se han iniciado negociaciones para resolver problemas. En este caso, una disputa familiar puede usarse como ejemplo, como el divorcio y la custodia de los hijos (MOORE, 2003, p. 17).

En este camino, el conflicto no es más que el “sinónimo de choque, oposición, pendiente, reclamo; en el vocabulario legal, prevalece la sensación de choque de ideas o intereses, debido a lo cual se establece una divergencia entre hechos, cosas o personas” (TARTUCE, 2016, p. 3). Es la expresión de una crisis experimentada, en un sentido amplio, como una disputa; Se le puede llamar controversia, disputa, disputa y litigio.

La sociedad se caracteriza por la convivencia entre personas, compuesta por las más variadas formas de relación, lo que permite la conclusión lógica de que esta organización experimentará situaciones de fricción. En base a esta perspectiva, se busca la paz social, razón por la cual el Estado legitimó al Poder Judicial (juez) como tradicionalmente el tercero encargado de brindar asistencia a los opositores con la expectativa de un procedimiento ordenado en la resolución de disputas (SPENGLER; WRASSE, 2011, p. 13).

“El conflicto, dice Dahrendorf, surge principalmente de los diferentes intereses que tienen los individuos y los grupos. Marx vio diferencias de interés principalmente en términos de clases, pero Dahrendorf las relaciona más ampliamente con la autoridad y el poder” (GIDDENS, 2005, p. 35). Dicho esto, para enfrentar este conflicto, es decir, con el objetivo de una solución adecuada, la jurisdicción estatal se presenta como un medio ordinario para este propósito. Sin embargo, esta no es la única forma de abordar la disputa, porque, según Spengler y Wrasse (2011, p. 13), el poder judicial tiene dificultades para resolver adecuadamente todas las demandas que propone la sociedad, lo que resulta en la demora de la justicia en ofrecer respuestas que cesen (ríen) las disputas. Por lo tanto, se presenta la propuesta de mediación, donde el mediador da, o simplemente trata de poner fin al conflicto latente.

### 3 EL INSTITUTO DE MEDIACIÓN: UNA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA

Al principio, es importante aclarar el concepto amplio de políticas públicas. Las políticas públicas se insertan en el área de conocimiento de la Ciencia Política y, vale la pena decir que tiene un concepto establecido en el Estado Contemporáneo. Harold Lasswell, uno de los padres de la ciencia política, señaló que el objetivo principal de la nueva área era la aplicación del conocimiento científico a los problemas del gobierno (SCHMIDT, 2018).

La importancia “práctica” del estudio de las políticas públicas comprende varios aspectos, entre los cuales cabe destacar la efectividad de la participación y el discernimiento de los ciudadanos frente a las complejidades de la gestión pública. Una comprensión sólida de

las políticas permite una acción ciudadana más calificada y más poderosa. (SCHMIDT, 2018, p. 121).

La política pública consiste en un conjunto de medidas coordinadas, cuyo propósito es dar impulso al Estado con respecto a la realización de los derechos sociales y legalmente relevantes del ciudadano. Actuando en paralelo con el Poder Judicial o incluso antes del proceso judicial, es esencial que la población comprenda el significado de las políticas públicas, por lo que es posible percibir que son el resultado del proceso político, de la gestión pública, que termina demostrando su forma jurídica e institucional, vinculado al contexto social y la cultura política misma.

El gobierno es actualmente el principal administrador de recursos y es el que garantiza el orden y la seguridad privada del estado. Por lo tanto, es él quien debe atender y resolver los problemas, llevando a cabo un proyecto de planificación, elaboración, implementación y evaluación de políticas públicas necesarias para cumplir la función que la sociedad le ha delegado.

Vale la pena mencionar el hecho de que la implementación (RUA, 2014) es un proceso de múltiples etapas que comprende muchas decisiones para la ejecución de una sola decisión básica, previamente definida en un conjunto de instrumentos legales. La idea es que esta decisión identificará los problemas a resolver, los objetivos a alcanzar y las estructuras de ejecución.

Otra definición de políticas públicas se puede resumir de la siguiente manera: son las acciones tomadas o no por los gobiernos las que deben establecer condiciones de equidad en la vida social, con el objetivo de proporcionar condiciones para que todos puedan lograr una mejora en la calidad de vida compatible con la dignidad humana (DIAS y MATOS, 2015, p. 12).

Según el entendimiento del autor Schmidt (2018, p. 122), la política pública puede entenderse como una respuesta a un problema político:

Existen numerosas definiciones en la literatura de ciencias políticas, pero se destaca un concepto: las políticas públicas son respuestas del gobierno a los problemas políticos. En otras palabras, las políticas designan iniciativas estatales (gobiernos y autoridades públicas) para satisfacer las demandas sociales con respecto a problemas políticos públicos o colectivos.

Se puede decir que es política pública, entonces, debido a la necesidad de responder a las demandas sociales cuando los funcionarios del gobierno crean comisiones, grupos de trabajo o un nuevo organismo público después de la ocurrencia de eventos de gran repercusión, por ejemplo: desastres daños ambientales, deslizamientos de tierra, inundaciones. Es de destacar que ninguna política se realiza con acciones aisladas, ya que una política comprende un conjunto de acciones e iniciativas coherentes entre sí, que generalmente involucran varias áreas.

Como se ve, este término se usa con diferentes significados, ambos relacionados con cuánto decide o no hacer el gobierno, y con un programa de acción para los ciudadanos. Para Spengler (2017), las políticas públicas comprenden un conjunto de acciones gubernamentales con el objetivo de impulsar el engranaje estatal y, por lo tanto, satisfacer una necesidad social, o legalmente hablando, de hacer realidad un derecho. Dye (1972) citado por Spengler (2017, p. 67, cursiva en el original) destaca tres aspectos fundamentales:

a) el agente principal de la formulación de políticas públicas es un agente del gobierno; b) la formulación de políticas implica una decisión fundamental de los gobiernos de hacer o no hacer algo sobre un problema, y esta decisión la toman los funcionarios electos y otros funcionarios oficiales. Por lo tanto, es una elección para emprender un curso particular en acción; c) la política pública es una determinación consciente de un gobierno.

Dicho esto, en un segundo momento, se pretende aclarar la política pública como un instrumento adecuado para hacer frente a los conflictos, ya que la idea es crear una política pública que contribuya con mecanismos para aliviar al poder judicial y, además, en consecuencia, reducir el carga de trabajo debido a la sobrecarga de las numerosas demandas judiciales, ofreciendo el tratamiento adecuado a los conflictos de las personas.

La inclusión de estos métodos se produce mediante la creación de las llamadas políticas públicas promovidas por el Estado, con el fin de satisfacer los deseos de los ciudadanos. En este contexto, Spengler (2019, p.103) afirma que:

Más que un medio de acceso a la justicia que fortalece la participación social de los ciudadanos, la mediación es una política pública que ha ganado importancia y aliento por parte del Ministerio de Justicia. La Secretaría de Reforma del Poder Judicial, el Consejo Nacional de Justicia del legislador brasileño, ya que sigue demostrando ser empíricamente eficiente en el manejo de conflictos.

En síntesis, es posible afirmar que la política pública puede designar no solo una política pública del Estado, sino la política pública de todos, ya que es esa política la que se compromete a promover los objetivos colectivos y sociales de la comunidad.

Con respecto a la política pública como instrumento para enfrentar los conflictos, se observa su papel en el cumplimiento, entre otros, de un objetivo específico: proporcionar un acceso adecuado y eficiente a la justicia en el tratamiento de los conflictos sociales.

Además, esta política pública clasificada como política de Estado, ya que expresa opciones ampliamente apoyadas por las fuerzas políticas y sociales, tiene una disposición legal y cuenta con mecanismos reguladores para implementarlas. En opinión de Schmidt (2018, p. 131), hay cinco fases que permiten comprender cómo se desarrollan las políticas públicas: (i) percepción y definición del problema; (ii) inserción en la agenda política; (iii) formulación; (iv) implementación; y finalmente, (v) evaluación.

“En el caso de las políticas públicas dirigidas a la sociedad, el proceso de su formulación debe estar atento al contexto en el que se encuentra, buscando información para su correcta implementación” (SPENGLER, 2019, p. 106).

Aún así, recordando que al permitir el acceso a la Justicia y resolver conflictos sociales, las políticas públicas actuarán en paralelo con el Poder Judicial o antes del proceso judicial y, por ejemplo, la mediación como un medio de autocomposición, lo que sucederá antes o después del establecimiento de la demanda judicial y el acuerdo entre los involucrados, cuando se llegue, pueden ser ratificados en los tribunales, válidos como una orden de ejecución judicial.

Por lo tanto, la mediación se considera una de las diversas formas de posible autocomposición de controversias y tiene como premisa principal el hecho de adoptar los medios más apropiados para enfrentar el conflicto, siempre que haya elementos que confirmen que dicho mecanismo es efectivo. La etimología de la palabra Mediación tiene el significado de centro, medio, equilibrio y presenta requisitos fundamentales como la existencia del conflicto, la presencia de personas que se oponen a una realidad y la participación de un tercero imparcial.



Dicho esto, el Instituto de Mediación es visto como un procedimiento en el que un tercero, llamado mediador, ayudará a las partes en una situación de conflicto a fin de abordarlo, permitiendo que sea posible la continuidad de la relación entre las personas involucradas en ese conflicto. Six (2001) citado por Spengler (2019, p. 53) resume la mediación:

Es una “gestión activa de conflictos a través de la catálisis de un tercero”, con una “técnica mediante la cual las mismas partes están inmersas en el conflicto que intentan llegar a un acuerdo con la ayuda del mediador, un tercero imparcial que no tiene poder de decisión”.

Sin embargo, este medio alternativo de acceso a la justicia se considera, en la mayoría de los casos, un proceso informal, en el que un tercero mediaría en las partes en conflicto, a través de la organización de intercambios, confrontación de opiniones, buscando el tratamiento adecuado para ese tipo de conflicto. Spengler (2019, p. 54) afirma que

El tratamiento del conflicto a través de la mediación puede ocurrir a través de una pluralidad de técnicas que implican negociar con la terapia. Los contextos en los que es posible aplicarlo son, entre otros, mediación judicial, mediación en derecho laboral, derecho de familia, en la escuela. La mediación tiene el propósito de volver a conectar lo que se rompió, restablecer una relación para, en la continuidad, lidiar con el conflicto que causó la ruptura.

Además, debe decirse que la mediación se considera una forma muy importante de lidiar con el conflicto latente, especialmente teniendo en cuenta la sociedad actual, que es cada vez más compleja, produciendo demandas que superan cualitativa y cuantitativamente, cada día más (SPENGLER, 2019). Por lo tanto (SPENGLER; GHISLENI, 2013), además de ser una forma democrática de resolver conflictos, la mediación es una práctica consensuada de reestructurar la comunicación y facilitar el diálogo dentro de la jurisdicción, ya que permite que los involucrados se comuniquen ampliamente, restablecer el diálogo perdido, en un intento de resolver adecuadamente esa disputa existente, sin la imposición de una decisión de una tercera persona, como ocurre en el proceso judicial.

#### **4 CARACTERIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN EXTRAJUDICIAL BASADA EN LA LEY N ° 13.140 / 2015 EN LA PRÁCTICA BRASILEÑA**

Esta vez, con el propósito de abordar la idea de qué es la mediación extrajudicial en la práctica brasileña, la Ley N ° 13.140, promulgada el 26 de junio de 2015, viene a regular esta propuesta consensuada para el tratamiento de conflictos.

En esta perspectiva, la Ley de Mediación brinda una oportunidad para que el conflicto resuelva sus controversias utilizando espacios que van más allá de la esfera judicial, dada la mediación extrajudicial que puede llevarse a cabo en las comunidades (SPENGLER, 2012), en las escuelas (SPENGLER; SILVA, 2018) y en servicios extrajudiciales.

En vista de esto, evidenciando una mediación extrajudicial, es la que se lleva a cabo fuera de las instalaciones forenses y sin estar vinculada al expediente del caso. Disciplinado en los artículos 21 y siguientes de la Ley N ° 13.140 / 2015, este procedimiento puede contratarse y, en caso de conflicto, utilizarse para resolver el reclamo ante una demanda; Por eso se dice que esta forma de mediación es buscada espontáneamente por las partes.

En este contexto, la regulación presentada por la Ley 13.140 / 2015 no tiene el poder de someter la mediación extrajudicial a reglas estrictas, sino solo para guiar cómo se llevará a

cabo el procedimiento, preservando la libertad inherente al instituto (CAHALI, 2015, p. 104-105).

La mediación extrajudicial es aquella realizada fuera de las instalaciones forenses y sin estar vinculada al expediente del caso. Puede ser contratado y, en caso de conflicto, utilizado para resolver el reclamo antes de la demanda, por lo que se dice que esta forma de mediación es buscada espontáneamente por las partes (SPENGLER, 2019, p. 35).

Por lo tanto, la mediación extrajudicial se aplica según lo establecido en el artículo 42 de la Ley, según corresponda, a otras formas consensuadas de resolución de conflictos, como las mediaciones comunitarias y escolares, y a las realizadas en servicios extrajudiciales, siempre que dentro del alcance de tus habilidades.

Con respecto a la mediación comunitaria, esto corresponde a la práctica desarrollada en la comunidad para tratar los conflictos que surgen de este entorno, es decir, la comunidad creará respuestas a los problemas de la comunidad. En efecto, su objetivo es fortalecer a la población valorando sus creencias y conocimientos, promoviendo así el empoderamiento, la conciencia, la rendición de cuentas de los involucrados y una cultura de paz. En palabras de Foley (2010, p. 150, énfasis agregado en el original), la mediación comunitaria “opera a través de, para y en la comunidad misma, convirtiendo el conflicto en una oportunidad para tejer una nueva red social”.

Esta práctica de mediación ocurre en la esfera comunitaria, brindando la posibilidad de más información, inclusión, participación y responsabilidad del ciudadano por sus elecciones y la consecuencia de integrar a través de esas estrategias de reorganización toda esa esfera comunitaria. A diferencia del magistrado que tiene poder estatal cuando se trata de conflictos, el mediador comunitario tiene legitimidad basada en su conducta y valores personales, por lo que la referencia está en la ética de la otredad y no en la autoridad de la ley.

Por lo tanto, los conflictos dirigidos a la mediación comunitaria tienen la presencia de un tercero que conoce la realidad, los valores y los hábitos de las personas en conflicto; habla el mismo idioma que ellos y tiene una legitimidad que no es atribuida por el Estado, sino por las propias partes, según sus características, su conducta, su código de ética y moral (SPENGLER, 2012).

En cuanto a la mediación desarrollada en la escuela (SPENGLER, 2019), trata los conflictos que ocurren dentro o fuera de la escuela, pero que interfieren directa o indirectamente en el comportamiento y/o desempeño de los estudiantes, padres y maestros. Este procedimiento fomenta la participación activa en la resolución de conflictos a través del diálogo cooperativo y termina permitiendo un cambio en la forma en que la escuela maneja los conflictos que ocurren diariamente, en sus diversos segmentos, porque quien participa en la mediación escolar, ya sea como usuario o como mediador, ellos mismos son los estudiantes y eso, la ley no determina, lo que dificulta la introducción de este método.

Sin embargo, la mediación escolar es una herramienta importante para enfrentar la violencia. Desde entonces, busca a través de las técnicas empleadas para desarrollar habilidades que permitan identificar el conflicto y tratarlo, evitando que se manifieste a través de la violencia, tanto física como verbal (SPENGLER; SILVA, 2018).

Hay que decir que el mediador, en ambos contextos, será un tercero elegido por las partes. Este tercero será el miembro en el que los demás se reconocerán y confiarán en sí mismos, además de que deben conocer las experiencias y la realidad local, es decir, deben estar cerca del conflicto. El factor determinante para su desempeño es la legitimidad, que es atribuida por las propias partes y no por el Estado (SPENGLER, 2019).

Finalmente, y aún siguiendo las disposiciones de la ley en su artículo 42, destaca la mediación que tuvo lugar en los servicios extrajudiciales, que es la mediación realizada en los registros extrajudiciales. La disposición N. 67/2018 del CNJ establece procedimientos de conciliación y mediación en los servicios notariales y de registro de Brasil. Por lo tanto, se enfatiza que las reglas en esta disposición aún son nuevas y muy complejas, dado que la mediación extrajudicial es realizada por un mediador extrajudicial, simplemente siendo una persona capaz que tiene la confianza de las partes (mediadores), según lo prescrito por Artículo 9 de la Ley N° 13.140 / 2015. Sin embargo, el requisito contenido en el artículo 6 de la Disposición bajo análisis sugiere que dichos profesionales completen previamente un curso de mediación acreditado y realicen cursos de mejora cada dos años, coincidiendo así con el requisito formulado para el ejercicio de la mediación judicial. Por lo tanto, la Disposición CNJ No. 67/2018 parece indicar que la mediación realizada por los servicios extrajudiciales, de hecho, está sujeta a un régimen híbrido.

Debido a esto, el CNJ emitió la Recomendación No. 28/2018, a través de la cual recomienda a los tribunales del país, después de llevar a cabo un estudio de factibilidad, a firmar acuerdos con notarios y registradores, para que los registros extrajudiciales sean acreditados como Cejuscs y para llevar a cabo la mediación judicial prevista en el artículo 334, CPC/15. Sin embargo, no se puede decir que la mediación realizada por notarios clericales coincida perfectamente con el modelo de mediación judicial, quedando así como mediación extrajudicial, como también figura en la Ley 13.140 /2015 en su artículo 42.

De hecho, parece que la mediación en cuestión se acerca al modelo extrajudicial, ya que el procedimiento se lleva a cabo en las instalaciones del registro extrajudicial, es decir, fuera de las instalaciones físicas del foro, lo que ayuda a desviar la mediación de la solución estatal. Aunque la oficina de registro extrajudicial necesita acreditarse formalmente como Cejusc, el hecho concreto es que la mediación se llevará a cabo en las instalaciones del registro y no en un tribunal. Explica el autor Flávia Pereira Hill (2018, p. 307):

Cabe agregar que, al analizar la rutina de los servicios extrajudiciales, podemos concluir que la mediación ya es, en cierta medida, un mecanismo utilizado día a día por funcionarios y empleados como una forma efectiva de evadir redadas e impases que surgieron entre aquellos interesados en la práctica. del acta notarial o de registro y eso podría hacerlo inviable. Para que se lleven a cabo los registros, es necesario instar a las partes interesadas a llegar a un acuerdo sobre uno o algunos puntos necesarios para que se realice el acto. *Ad exemplum tantum*, podemos señalar diferencias entre los padres en cuanto al apellido que se asignará al niño en el registro de nacimiento, los puntos muertos sobre el régimen de propiedad que se adoptará después de la boda o el apellido de la novia y el novio después de la boda, entre muchos otros disidentes.

Por lo tanto, es posible percibir la práctica de los principales registradores y notarios para el desarrollo y la promoción del diálogo como una forma de poner fin a los callejones sin salida entre los sujetos interesados, restaurando los espíritus entre los mediadores, protagonistas en la elaboración de una solución consensual, caminando buscando el acuerdo. Aquí, destacamos la imparcialidad que debe tener el mediador, así como la independencia, es decir, sin presión externa para el desempeño de su actividad y con su distancia del poder judicial y otras instituciones.

En resumen, a través de estos ejemplos, está claro que la mediación en su formato extrajudicial es una experiencia emancipadora que promueve la autonomía de las partes, proporcionando un cambio de escenario en la sociedad, desencadenando una forma segura y apropiada en el tratamiento de conflictos. Por lo tanto, queda por demostrar que este medio representa un importante instrumento de acceso a la justicia, considerando la inserción de

este instituto como un método de autocomposición para ser considerado un procedimiento efectivo de pacificación social, evitando litigios.

## CONSIDERACIONES FINALES

Además de descongestionar al Poder Judicial, que se convierte en una consecuencia, la mediación se considera otra forma (y complementaria) de resolver conflictos sociales y legales, que no impone una decisión de manera coercitiva, pero que trata mucho menos que ese conflicto. , trata la relación de los involucrados, brinda nuevas posibilidades de tratamiento para el problema, a través del diálogo, de manera consensuada.

De lo anterior, la mediación extrajudicial es vista como una política pública de acceso a la justicia establecida por la Ley N ° 13.140/2015, con todo su procedimiento previsto en los artículos 21 a 23 y utilizado con el objetivo de llegar a un consenso a través del diálogo entre partes, a través de un mediador que a veces actuará como un tercero imparcial, alentando la solución extrajudicial y promoviendo reflexiones sobre el problema.

Así, la mediación extrajudicial, tal como se establece en el artículo 42 de la Ley mencionada, puede llevarse a cabo en comunidades, escuelas, en servicios extrajudiciales, siempre que dentro del alcance de sus poderes, así como en cámaras privadas, permitiendo la relación de involucrado es resuelto, tratado o simplemente mediado en busca de una solución.

En resumen, la intención de la ley es muy clara, no tiende a limitar la mediación extrajudicial, sino a guiarla. Por lo tanto, lo que se percibe es que el propósito de la práctica de la mediación extrajudicial es proporcionar un acceso amplio y complementario a la justicia, así como una idea transformadora en la forma de enfrentar los conflictos.

## REFERENCIAS

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENLGER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: Alternativas à Jurisdição!** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 262 p. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponible em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acceso en: 29 jan. 2020.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010.** 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015.

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento Nº 67, de 26 de março de 2018**. Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/provimento-67-cnj-cartorios-mediacao.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 28, de 17 de agosto de 2018**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3527>. Acesso em: em 29 jan. 2020.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Editora Atlas. 2015.

FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça Comunitária: por uma justiça de emancipação**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução de Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed. 2005.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

HILL, Flávia Pereira. “**Mediação nos Cartórios Extrajudiciais: desafios e perspectivas**”. In Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 3. Setembro a Dezembro. 2018. Disponível em: <[www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br)>. Acesso em: 27 set. 2019.

MOORE, Christopher W. **The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict**. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2003.

RUA, Maria das Graças. **Políticas públicas** / Maria das Graças Rua. – 3. ed. rev. atua. – Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 130p. : il. 2014.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014. – (Coleção primeiros passos; 325).

SCHMIDT, João Pedro. **Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas**. v. 3, n. 56, Revista do Direito, p. 119-149, set/dez. 2018. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

SIMMEL, Georg. **Sociologia**. Organização: Evaristo de Moraes Filho. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli, et al. São Paulo: Ática, 1983.

SPENGLER, Fabiana Marion.; WRASSE, Helena Pacheco. **Políticas públicas na resolução de conflitos: alternativas à jurisdição**. *Diritto & Diritti*, v. 4, p. 19-32, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijuí, v. 1, p. 276, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. GHISLENI, Ana Carolina. **A mediação como instrumento de resolução de conflitos baseada na teoria da ação comunicativa de Habermas.** Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 47-71, jan./abr. 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à Mediação. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos.** Ijuí: UNIJUÍ, v.1. p. 272, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos: da teoria à prática.** 2. ed. rev. e ampl. 222 p. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. **O pluriverso conflitivo e seus reflexos na formação consensual do Estado.** Revista direitos fundamentais & democracia, v. 22, n. 2, p. 182-209, mai./ago. 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação no direito familista e sucessório.** Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, v.1. P. 99, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. **O terceiro e o triângulo conflitivo: o mediador, o conciliador, o juiz e o árbitro.** São Carlos: Pedro & João Editores, v.1. P.129, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; SILVA, Silvio Erasmo Souza da. **A mediação como instrumento de pacificação e tratamento adequado dos conflitos escolares.** Revista eletrônica de direito do centro universitário Newton Paiva, v.36, p.48 - 58, 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/01/DIR36-03.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Chi è dunque il Terzo? Riflessioni su società e conflitto.** Firenze: Classi, v.1. p.149, 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Dicionário de Mediação.** Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, v. I e v. II. 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion; COSTA, Márcio da. **A mediação processual de conflitos coletivos trabalhistas.** In: Escritos sobre Direito, Cidadania e Processo: Discursos e Práticas. 1 ed. Niterói: EDITORA PPGSD — PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA E DIREITO UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE, v.1, p. 239-262, 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 3 ed., rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

QUESTÕES CANDENTES DA REFORMA TRABALHISTA  
DE 2017: PERCEPÇÕES E REALIDADE DO TRIBUNAL  
REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO

IVAR A. M. HARTMANN  
ROBERTO DA SILVA FRAGALE FILHO  
LORENA ABBAS DA SILVA

# QUESTÕES CANDENTES DA REFORMA TRABALHISTA DE 2017: PERCEPÇÕES E REALIDADE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO

## HIGHLIGHTED ISSUES OF 2017 LABOR REFORM: PERCEPTIONS AND REALITY OF THE REGIONAL LABOR COURT OF THE 1ST REGION

Recebido: 30/09/2020  
Aprovado: 01/12/2020

Ivar A. M. Hartmann<sup>1</sup>  
Roberto da Silva Fragale Filho<sup>2</sup>  
Lorena Abbas da Silva<sup>3</sup>

### RESUMO:

Esta pesquisa tem como objetivo verificar o grau de compatibilidade entre a percepção subjetiva dos magistrados do TRT/RJ sobre aspectos da dinâmica do processo trabalhista e as modificações trazidas pela Lei nº 13.467/2017. Um *survey* online foi distribuído entre os magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT/RJ) abordando questões sobre litigiosidade, carga de trabalho, acesso gratuito à justiça e honorários de sucumbência. A investigação foi pautada nas seguintes indagações: se uma mudança em relação à litigiosidade, e conseqüentemente à carga de trabalho individual, foi percebida pelos magistrados e pode ser constatada em nível institucional; e se a opinião dos magistrados é compatível com as mudanças promovidas pela reforma da CLT quanto ao benefício da justiça gratuita e à sistemática dos honorários de sucumbência. As respostas dos magistrados indicam uma percepção da diminuição da litigiosidade após a reforma trabalhista, apesar da manutenção da carga de trabalho. Ademais, verificou-se que as percepções subjetivas dos magistrados sobre o acesso gratuito à justiça e a cobrança de honorários sucumbenciais são compatíveis com as alterações realizadas pela Lei nº 13.467/2017.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Lei nº 13.467/2017. Reforma trabalhista. Justiça do Trabalho.

**Classificação JEL:** K31. K19. K41.

<sup>1</sup> Doutorado em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Público pela PUC-RS. Mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School. Professor e Pesquisador da FGV Direito Rio. Coordenador do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio e do Núcleo de Ciência de Dados Jurídicos da FGV Direito Rio. Ex-Coordenador do Projeto Supremo em Números. Coordenador Executivo da Revista Direitos Fundamentais e Justiça (A2). Ex-bolsista da CAPES, do DAAD e da Harvard Law School. email: ivar.hartmann@fgv.br

<sup>2</sup> Doutor em Ciência Política pela Université de Montpellier I (1997) e Professor Titular em Sociologia Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), onde integra o corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD). É Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de São João de Meriti (RJ), atuando como Juiz Auxiliar da Escola Judicial do TRT-RJ desde março de 2015. Foi Professor Visitante na University of Illinois at Urbana-Champaign (2006), na Université Paul Valéry (2009 e 2010), na Université de Nantes (2016) e na Université Paris Ouest Nanterre La Défense (2016, 2017, 2018 e 2019), além de Bolsista de Investigação no Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra (Prêmio "Um mês no CES", 2011) e Fellow no Institut d'Études Avancées de Nantes, França (2012-2013). email: roberto.fragale@gmail.com

<sup>3</sup> Doutoranda em Políticas Públicas na Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPED/UFRJ) e pesquisadora na Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito-Rio) com bolsa do CNPq. Mestrado e graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora/MG. email: lorenaabbas@tutanota.com



## ABSTRACT:

This research aims to verify the degree of compatibility between the subjective perception of the magistrates of the TRT/RJ on aspects of the dynamics of their labor process and the changes brought by Law No. 13.467/2017. An online survey was distributed among the magistrates of the Regional Labor Court of the first Region (TRT/RJ) addressing issues on litigiousness, workload, free access to justice and defeated party's fees. The investigation was based on the following questions: whether a change in relation to litigation, and consequently to the individual workload, was perceived by magistrates and could be verified at the institutional level; and whether the magistrates' opinion were compatible with the changes promoted by the Brazilian Consolidated Labor Laws reform regarding the benefit of free access to justice and the system of defeated party's fees. The magistrates' responses indicated a perception of the decrease in litigation after the labor reform, despite the maintenance of the workload. Furthermore, it was found that the magistrates' subjective perceptions about free access to justice and the collection of defeated fees are compatible with the changes made by Law No. 13.467/2017.

**Keywords:** Labor Law. Law No. 13.467/2017. Labor reform. Labor Justice.

## INTRODUÇÃO

Este artigo explora as respostas dos magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT/RJ) a um questionário online sobre alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e na sistemática processual trabalhista após a promulgação da Lei nº 13.467/2017.

A CLT recebe críticas de uma suposta inadequação ao mercado de trabalho nacional desde sua publicação, em 1943. Seu caráter adaptável diante de tantos cenários políticos e sociais vividos no Brasil poderia revelar, nas palavras de Fragale Filho e Siqueira Neto (2018, p. 48-50), “uma inesperada flexibilidade normativa que contradiz a reprovação original”, mas, além disso, o exercício de um papel central na sociedade brasileira seria o fundamento para sua resistência durante todos esses anos.

O Projeto de Lei nº 6.787, de 23 de dezembro de 2016, foi enviado ao Congresso Nacional pelo então presidente Michel Temer, cerca de quatro meses após o *impeachment* de Dilma Rousseff. Pouco mais de seis meses se passaram desde a proposta até a promulgação como Lei nº 13.467, em 13 de julho de 2017. A reforma da legislação trabalhista, cuja intenção, segundo o governo, era conceder mais autonomia aos parceiros sociais para valorizar a negociação coletiva e ampliar o diálogo entre empregados e empregadores, culminou em mudanças significativas na forma como o trabalho passou a ser regulado (FRAGALE FILHO; SIQUEIRA NETO, 2018, p. 55).

A proposta inicial introduzia sete alterações na CLT, mas ao final do célere trâmite legislativo, o diploma sofreu mais de uma centena de modificações pelos parlamentares. Entre elas, é possível citar o fim da contribuição sindical obrigatória; a prevalência do negociado entre as partes sobre as disposições normativas, mesmo quando isso não resulte em ampliação de direitos ou melhoria nas condições de trabalho; a cobrança de honorários sucumbenciais; a introdução da comissão de empregados nas empresas com mais de duzentos empregados; o reconhecimento da possibilidade de prescrição intercorrente e a tarifação do dano extrapatrimonial.

Outro ponto da CLT que sofreu alteração e foi objeto de indagação aos magistrados, assim como os honorários sucumbenciais, é a concessão do benefício da justiça gratuita. O custo do processo pode ser considerado um dos óbices ao acesso à justiça, tendo em vista que ele diferencia aqueles que têm ou não condições financeiras para acionar a justiça. Como forma de minimizar os riscos da judicialização de demandas por parte das pessoas sem ou com poucos recursos econômicos, a legislação prevê a concessão de gratuidade das custas e despesas decorrentes do trâmite processual. Antes da reforma de 2017, esse benefício, previsto no artigo 790, § 3º da CLT, poderia ser concedido às partes que recebiam salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou apresentavam declaração de hipossuficiência. Após 2017, a justiça pode conceder a gratuidade àqueles que recebem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (nova redação do § 3º) e comprovem insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo, conforme o § 4º do mesmo artigo, inserido pela reforma.

Até 2017 a CLT não previa condenação da parte em honorários advocatícios sucumbenciais. Consoante Súmulas 219 e 329 do TST prevalecia o entendimento de que os honorários advocatícios não decorrem pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. A previsão se deve ao fato de, no contexto processual trabalhista, existir o instituto do *jus postulandi*, pelo qual as partes possuem capacidade postulatória para reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final (artigo 791, *caput* da CLT), ou seja, independentemente de representação por advogado. Isso mudou com a inserção do artigo 791-A na CLT, segundo o qual os honorários são devidos nos processos trabalhistas, ainda que o advogado atue em causa própria e mesmo que a parte sucumbente seja beneficiária da justiça gratuita.

Esses dois elementos - acesso gratuito à justiça e sucumbência - dividem opiniões e influenciam, como os demais incentivos de natureza normativa, legal ou institucional colocados aos indivíduos e às empresas (YEUNG, 2017, p. 892), na decisão de judicializar ou não determinada demanda. Essa decisão, por sua vez, impacta diretamente nos níveis de litigiosidade e carga de trabalho do sistema judicial.

O intuito da pesquisa é analisar os tópicos de litigiosidade, carga de trabalho, acesso à justiça e sucumbência, a partir das respostas do *survey* aplicado aos magistrados do TRT/RJ. Desse modo, pergunta-se: qual o grau de compatibilidade entre a percepção subjetiva dos magistrados entrevistados do TRT/RJ, os indicadores objetivos desse tribunal e as mudanças proporcionadas pela Lei nº 13.467/2017?

O trabalho se divide, além desta introdução, em mais três tópicos. O próximo item é dedicado à exposição da metodologia de aplicação do *survey* e coleta dos dados. As respostas dos magistrados são apresentadas em seguida, junto à discussão da literatura sobre as mudanças promovidas na CLT pela reforma. O quarto tópico, por fim, diz respeito às considerações finais da pesquisa.

## 2 ASPECTOS METODOLÓGICOS

O questionário completo utilizado neste trabalho foi aplicado entre os dias 03 de dezembro de 2018 e 14 de janeiro de 2019, é composto por 21 perguntas e complementa uma pesquisa mais ampla sobre grandes litigantes na jurisprudência do TRT/RJ (HARTMANN *et*

al., 2019). Com o apoio da Escola Judicial do TRT/RJ (EJ1), todos os magistrados trabalhistas do Estado do Rio de Janeiro foram comunicados sobre a pesquisa. Do universo de 320 juízes<sup>4</sup>, 114 enviaram respostas. A participação dos magistrados foi livre, cabendo ressaltar, portanto, a possibilidade dos resultados estarem suscetíveis aos vieses de autosseleção e de não-resposta<sup>5</sup>.

As perguntas do questionário de maior relevância para o desenvolvimento do presente artigo são: (i) qual o impacto no seu trabalho que a reforma da CLT de 2017 trouxe quanto à litigiosidade? (ii) qual o impacto no seu trabalho que a reforma da CLT de 2017 trouxe quanto à carga de trabalho?; (iii) na sua opinião profissional, o acesso à justiça trabalhista deve ser gratuito?; e (iv) na sua opinião profissional, deve haver sucumbência?

O *survey* é um dos procedimentos de observação mais utilizados em ciências sociais, tipicamente caracterizado pela administração de um questionário a uma amostra de respondentes selecionados pelo pesquisador. Segundo Babbie (2009, p. 254), os *surveys* podem servir para fins descritivos, explicativos e exploratórios. Sempre que o pesquisador estiver interessado em identificar opiniões, atitudes, valores, percepções ou outros fenômenos, ele pode empregar o *survey* como técnica de coleta de dados (PARANHOS *et al.*, 2013, p. 10).

Caso o *survey* seja realizado online, a pesquisa se torna mais econômica ao mesmo tempo em que viabiliza grandes amostras, preserva a privacidade dos respondentes e diminui a interferência do pesquisador no momento da resposta (GIL, 1989, p. 124-5; BABBIE, 2009, p. 286-7). Um dos problemas levantados por Babbie (2009, p. 287-8), entretanto, é que os *surveys* estão sujeitos à artificialidade<sup>6</sup>. O fato de um indivíduo responder de maneira conservadora o questionário não significa necessariamente que ele seja conservador. O autor ressalta que as pesquisas coletam autorrelatos de ações passadas que são lembradas ou ainda de ações prospectivas ou hipotéticas.

Ribeiro e Vilarouca (2019, p. 275) esclarecem que o instrumento de pesquisa, o questionário, é mais rígido e padronizado nos casos em que deve ser preenchido pelos próprios respondentes. A partir das respostas uniformes de um grupo controlado de entrevistados é possível em determinados casos a generalização dos resultados para toda a população. É, portanto, uma técnica que não coleta dados por si só, mas os produz, na medida em que evidencia diferentes percepções e opiniões sobre vários fatos sociais.

A seguir, são apresentadas e discutidas as respostas dos magistrados às questões descritas acima para verificar 1) se uma mudança em relação à litigiosidade, e conseqüentemente à carga de trabalho individual, foi percebida pelos magistrados e pode ser constatada em nível institucional conforme dados extraídos da base PJe do TRT/RJ<sup>7</sup> (HARTMANN *et al.*, 2019); 2) se a opinião dos magistrados é compatível com as mudanças promovidas pela reforma da CLT quanto ao benefício da justiça gratuita e à sistemática dos honorários de sucumbência.

4 Dado do Conselho Nacional de Justiça sobre o ano-base 2018 (CNJ, 2019, p. 31).

5 Ribeiro e Vilarouca (2019, p. 295) consideram a amostragem o maior problema dos *surveys* online. Isso porque apesar do questionário ser enviado a todos os funcionários de uma instituição não significa que ele será respondido por todos esses indivíduos. Alguns estudos indicam que a taxa de retorno (percentual de questionários respondidos sobre o total de questionários enviados) desse tipo de pesquisa está entre 11 e 20% (COUPER, 2017, p. 131 *apud* RIBEIRO; VILAROUCA, 2019, p. 295). Sobre fatores que podem influenciar a taxa de respostas dos *surveys* online, ver: SALEH, Amany; BISTA, Krishna. Examining Factors Impacting Online Survey Response Rates in Educational Research: Perceptions of Graduate Students. *Journal of MultiDisciplinary Evaluation*, [S.l.], v. 13, n. 29, p. 63-74. Disponível em: [http://journals.sfu.ca/jmde/index.php/jmde\\_1/article/view/487](http://journals.sfu.ca/jmde/index.php/jmde_1/article/view/487). Acesso em: 20 fev. 2020.

6 Segundo Babbie (2009, p. 288): "The problem of artificiality has two aspects. First, the topic of study may not be amenable to measurement through questionnaires. Second, the act of studying that topic—an attitude, for example—may affect it. A survey respondent may have given no thought to whether the governor should be impeached until asked for his or her opinion by an interviewer. He or she may, at that point, form an opinion on the matter."

7 Segundo HARTMANN *et al.* (2019, p. 34), o acesso à base PJe foi concedido mediante autorização do TRT/RJ e ocorreu de forma remota, via rede privada virtual (VPN), entre os dias 6 de junho de 2018 e 25 de julho de 2018.

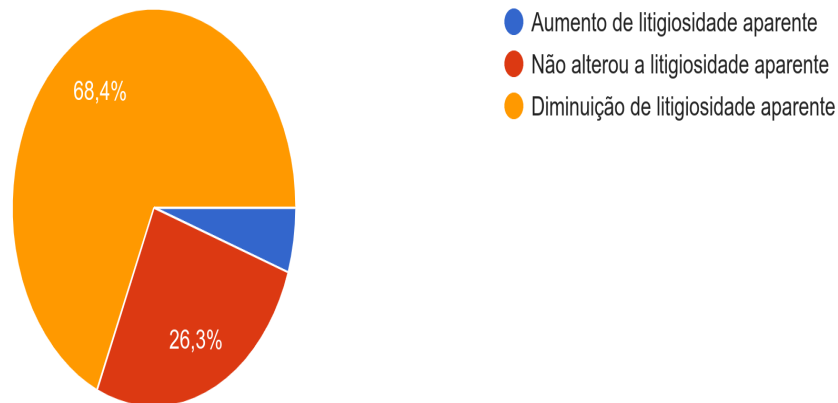
### 3 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

O Gráfico 1 mostra que a maioria dos magistrados do TRT/RJ (68.4%) percebeu uma diminuição da litigiosidade aparente após a reforma da CLT. A taxa de entrevistados que responderam no sentido de que não houve mudança na litigiosidade foi de 26.3% e pouco mais de 5% entendeu que a litigiosidade aumentou após a reforma de 2017.

**Gráfico 1.** Percepção dos magistrados sobre a litigiosidade pós reforma da CLT

Qual o impacto no seu trabalho que a reforma da CLT de 2017 trouxe quanto à litigiosidade?

114 respostas



A Lei 13.467/2017 foi sancionada dia 13 de julho de 2017 e publicada no Diário Oficial no dia seguinte, com período de *vacatio legis* de 120 dias previsto no artigo 6º. Hartmann *et al.* (2019, p. 59-60; 81) observaram que, após o pico anormal de processos iniciados no mês de novembro de 2017<sup>8</sup>, houve uma diminuição significativa do número de processos iniciados no TRT/RJ nos meses seguintes, corroborando com as percepções apresentadas pelos magistrados.

Considerando que os casos iniciados até o dia 10 de novembro de 2017 seriam regidos pela legislação em seu estado pré-reforma, destaca-se, a partir do aumento expressivo<sup>9</sup> de ações ajuizadas pelos que não são considerados grandes litigantes antes das alterações na CLT entrarem em vigor e da subsequente redução desse número, o comportamento dos trabalhadores como uma mensagem de que as mudanças legislativas advindas com a reforma trabalhista seriam mais desfavoráveis aos seus interesses do que as disposições vigentes até então (HARTMANN *et al.*, 2019, p. 59).

Apesar da diminuição da litigiosidade, tanto da perspectiva dos magistrados quanto em relação à diminuição do número de processos iniciados nos meses seguintes à efetiva entrada em vigor da reforma, verifica-se pelo Gráfico 2 que 64% dos entrevistados não percebeu alteração na sua carga de trabalho. De acordo com 23.7% dos respondentes houve uma diminuição da carga de trabalho, enquanto 12.8% afirmaram que essa carga aumentou após a reforma de 2017.

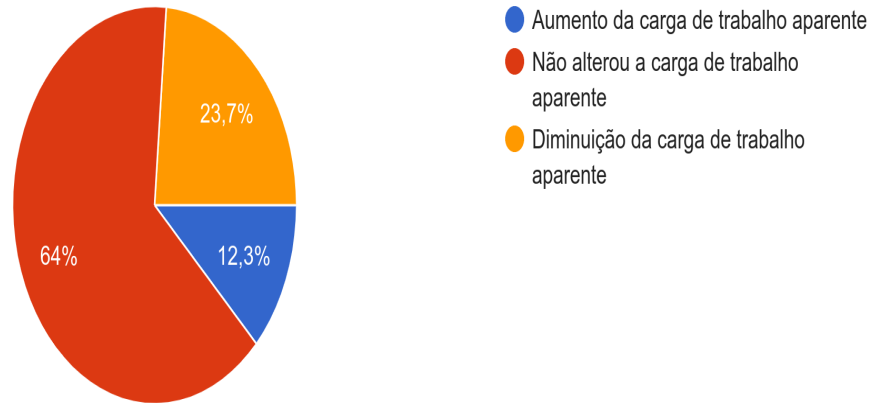
<sup>8</sup> Gráfico 53 - Linha do tempo com a quantidade de processos iniciados em intervalos de 6 meses (HARTMANN *et al.*, 2019, p. 81).

<sup>9</sup> Gráfico 19 - Série histórica com o número de processos iniciados por dia no tempo de referência (HARTMANN *et al.*, 2019, p. 60).

**Gráfico 2.** Percepção dos magistrados sobre a carga de trabalho pós reforma da CLT

Qual o impacto no seu trabalho que a reforma da CLT de 2017 trouxe quanto à carga de trabalho?

114 respostas



A percepção de que a carga de trabalho dos magistrados não foi reduzida após a reforma pode ser verificada em nível institucional se considerarmos conjuntamente o aumento do número de processos iniciados antes da vigência da reforma (HARTMANN *et al.*, 2019, p. 81, Gráfico 53) e a redução do número de processos terminados entre dezembro de 2017 e dezembro de 2018 (HARTMANN *et al.*, 2019, p. 82, Gráfico 55), além dos processos pendentes de julgamento, ou seja, o passivo que já existia no tribunal. Desse modo, o aumento da litigiosidade verificado antes da reforma entrar em vigor, somado ao acervo de processos já acumulados no tribunal, pode ser uma explicação para a manutenção dos níveis de carga de trabalho dos magistrados, conforme a maioria respondeu.

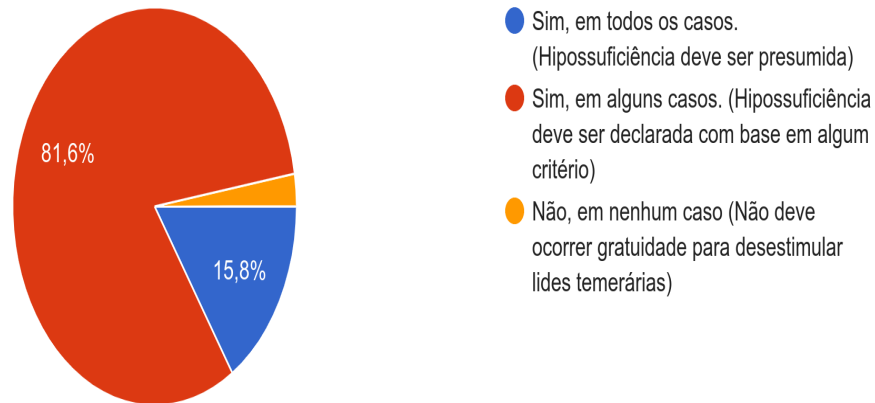
Contudo, vale destacar também a possibilidade da carga de trabalho percebida pelos magistrados não diminuir, mesmo após a redução desse passivo acumulado no tribunal. Ou seja, cogitar a manutenção dessa carga de trabalho diante das alterações introduzidas pela reforma, apesar do número de processos pendentes diminuir, é plausível. Isso decorreria, por exemplo, em razão da maior dedicação de tempo e esforço à análise minuciosa de cada caso por parte dos juízes. Assim, ainda que o número de processos pendentes diminua, bem como os novos litígios que chegam ao tribunal, as complexidades trazidas pelas mudanças legislativas fariam com que a carga de trabalho seguisse sendo a mesma.

Outros dois aspectos sobre os quais os juízes foram questionados dizem respeito ao acesso gratuito à justiça trabalhista e à cobrança de honorários sucumbenciais. Como a Lei nº 13.467/2017 trouxe modificações em relação a esses aspectos da sistemática processual trabalhista, indaga-se se essas alterações coincidem com as opiniões dos magistrados entrevistados.

No que diz respeito ao acesso gratuito à justiça trabalhista, a maior parte dos respondentes (81.6%) entendeu que somente em alguns casos ele deve ser concedido, ou seja, a hipossuficiência deve ser declarada com base em algum critério e não presumida. Somente 15.8% dos juízes concordaram que em todos os casos esse acesso deve ser gratuito.

**Gráfico 3.** Percepção dos magistrados sobre o acesso gratuito à justiça trabalhista  
Q7) Na sua opinião profissional, o acesso à justiça trabalhista deve ser gratuito?

114 respostas



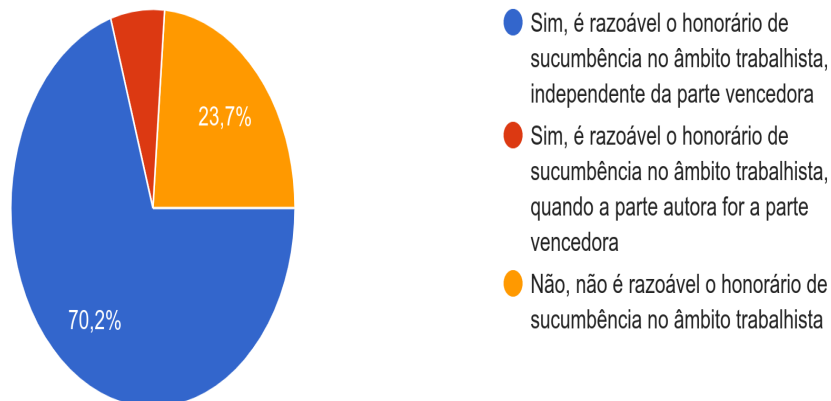
De acordo com o artigo 790, § 3º da CLT, o benefício da justiça gratuita pode ser concedido de ofício ou a requerimento da parte, por qualquer juiz independentemente da instância, ao trabalhador que perceba salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Antes da reforma da CLT de 2017, esse benefício era concedido aos trabalhadores cujo salário era de até dois salários mínimos ou que não tinham condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de seus dependentes (HARTMANN *et al.*, 2019, p. 29-31).

Acerca dos honorários de sucumbência, 70,2% dos juízes entenderam que a cobrança é razoável independentemente da parte vencedora, enquanto 23,7% julgaram não ser razoável essa cobrança no âmbito trabalhista. Entre as mudanças realizadas pela Lei nº 13.467/2017 no processo do trabalho, está a previsão de cobrança de honorários sucumbenciais independentemente se a parte vencida for beneficiária da justiça gratuita (art. 791-A da CLT), o que também vai ao encontro das percepções da maioria dos respondentes do *survey*.

**Gráfico 4.** Percepção dos magistrados sobre a cobrança de honorários de sucumbência

Q8) Na sua opinião profissional, deve haver sucumbência?

114 respostas



Leite (2018, p. 59) considera que as mudanças no artigo 790, especialmente nos §§ 3º e 4º, comprometem o acesso à Justiça do Trabalho, pois restringem a concessão do benefício da justiça gratuita apenas aos trabalhadores que recebem até 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social ou que não consigam comprovar efetivamente a insuficiência de recursos para custear as despesas do processo.

A cobrança dos honorários de sucumbência ao beneficiário da justiça gratuita, segundo o § 4º do artigo 791-A da CLT, também é um dos pontos mais polêmicos da reforma. Na hipótese de ausência de recursos, o dispositivo prevê uma condição suspensiva de exigibilidade por até dois anos, período no qual o advogado credor poderá cobrar a dívida se demonstrar que a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade deixou de existir.

Em maio de 2019, a questão chegou ao Tribunal Superior do Trabalho<sup>10</sup> e os magistrados da 3ª Turma entenderam, por unanimidade, que a condenação em honorários de sucumbência não é inconstitucional. No acórdão, o ministro relator Alberto Bresciani ressaltou que “a imposição pelo legislador de honorários sucumbenciais ao reclamante reflete a intenção de desestimular lides temerárias. É uma opção política.” (BRASIL, 2019).

Enquanto os defensores da reforma argumentam no mesmo sentido, de que essas alterações buscam reduzir o acionamento temerário da justiça trabalhista, outros advogam no sentido de que o novo arcabouço normativo inviabiliza o exercício do direito fundamental de acesso à justiça relativamente à maioria dos trabalhadores brasileiros, tendo em vista os elevados riscos econômicos que integram o contexto processual trabalhista para as pessoas sem muitos recursos (DELGADO, MG; DELGADO, GN, 2017, p. 329; LEITE, 2019, p. 134).

Sobre acesso à justiça e litigiosidade, é importante diferenciar o excesso de litigiosidade do uso predatório da jurisdição. Enquanto o primeiro caracteriza-se como um desequilíbrio quantitativo e momentâneo dos recursos jurisdicionais, o segundo é o abuso do direito de acesso à justiça com características específicas. O grande volume de litígios não implica necessariamente em uso predatório, mas o uso predatório da jurisdição quase invariavelmente implica grande volume de litígios (HARTMANN *et al.*, 2019, p. 11).

Destaca-se que o comportamento habitual dos grandes litigantes não é resolver as queixas trabalhistas por outros meios que não os judiciais. Pelo contrário, e de maneira racional<sup>11</sup>, esses litigantes consideram mais vantajoso que a demanda seja judicializada do que constituir um sistema administrativo de acordos, pois sabem que apenas uma parcela dos trabalhadores prejudicados ingressam com uma ação na Justiça do Trabalho (HARTMANN *et al.*, 2019, p. 32).

O problema da lentidão e da baixa qualidade da prestação jurisdicional, fruto do congestionamento do sistema pelo grande número de processos, é algo que se tenta combater. Vale salientar, entretanto, que com frequência a estrutura judicial é acionada intencionalmente para lidar com questões passíveis de composição ou solução extrajudicial, de modo a prejudicar o acesso à justiça por aqueles que realmente dependem dela como única forma de pleitear seus direitos.

Na ausência de medidas de negociação consistentes durante a vigência do contrato, ocorre uma transferência do lugar de resolução dos conflitos para a Justiça do Trabalho em momento posterior, o que em larga escala culmina no contexto de excessiva litigância. Com o processo, as partes procuram recuperar os prejuízos decorrentes de uma relação trabalhista frustrada desenvolvendo as estratégias que mais as aproximam de seus interesses.

<sup>10</sup> Processo AIRR-2054-06.2017.5.11.0003 (Acórdão publicado em 31 de maio de 2019). Disponível em: <https://bit.ly/2RHN83d>.

<sup>11</sup> Segundo Hartmann *et al.* (2019, p. 32), “os litigantes habituais fazem da judicialização parte de sua economia de escala, podendo diluir o peso de cada derrota em um maior número de casos, além de contar com algumas vitórias como produto de sua expertise.”

Tanto o uso predatório da jurisdição por grandes litigantes quanto o excesso de litigância vindo dos empregados são, em resumo, estratégias racionais para maximização de benefícios. Todavia, a questão que se coloca com as reformas trabalhistas empreendidas nos últimos anos a fim de diminuir a judicialização das demandas é o combate às consequências e não às causas dos problemas no âmbito das relações de trabalho. Ademais, esse processo ocorre de maneira desfavorável ao empregado, pela introdução de obstáculos mais intensos para o seu ingresso no judiciário se comparado aos demais, tornando ainda mais perversa essa relação. Nesse sentido, conforme destacam Martins e Bernardo Braz (2018, p. 113-4), as interpretações normativas e práticas que confrontam direitos sociais dos trabalhadores, sujeitas ao princípio da proibição do retrocesso, não são admissíveis. Assim, segundo os autores, o desequilíbrio da ordem jurídica às custas de retrocessos à classe trabalhadora e para favorecer uma minoria privilegiada, deve ser repreendido.

A análise dos fundamentos favoráveis à Lei nº 13.467/2017 e o comportamento do mercado evidenciam as contradições inerentes ao contexto trabalhista brasileiro. Bevilaqua (2018), averiguando algumas justificativas dos representantes do setor empresarial brasileiro em defesa à reforma trabalhista nas audiências públicas realizadas na Câmara dos Deputados, identificou discursos, como redução dos custos trabalhistas, flexibilização dos contratos, autonomia privada coletiva e afastamento do Estado do processo de negociação coletiva, entre os pontos mobilizados para justificar as alterações legislativas.

Segundo o autor, durante a discussão foram comumente levantadas alegações de que a legislação trabalhista protege demais o trabalhador, que se mudanças não fossem feitas em relação aos contratos de trabalho o contexto econômico demandaria atitudes drásticas como diminuição do emprego ou ainda que as negociações trabalhistas deveriam envolver apenas trabalhadores e empresários, afastando a figura do Estado. Essas justificações mobilizadas pelos representantes empresariais mascaram interesses particulares em favor da reforma cuja orientação é, em síntese, correspondente à lógica mercantil orientada ao lucro, à redução de custos e à livre circulação de bens e mercadorias (BEVILAQUA, 2018, p. 1067-80).

Dias e Cavalcante (p. 233-4), em pesquisa realizada com gestores de empresas prestadoras de serviços à Caixa Econômica Federal sobre as modificações na legislação trabalhista realizadas em 2017, por exemplo, identificaram que a possibilidade de cobrança de honorários de sucumbência ao empregado foi a alteração mais citada pelos entrevistados como benefício da reforma. No mesmo sentido, os gestores afirmaram que a relação de trabalho era muito engessada e que a jornada intermitente foi uma outra melhoria incorporada pela legislação. De forma geral, segundo os autores, os entrevistados argumentaram no sentido de que a terceirização da atividade-fim acarretaria uma melhora na qualidade do serviço, uma vez as empresas privadas, por seu empreendedorismo, prestam um serviço de maior qualidade do que os agentes públicos.

Krein, Maracci e Freitas (2019) analisaram o comportamento do mercado de trabalho brasileiro durante o primeiro ano de vigência da reforma e o primeiro trimestre de 2019. Os autores concluíram que a perspectiva de criação de empregos e aumento da formalização sinalizada por parte dos defensores da reforma não se concretizou. Pelo contrário, o que os indicadores observados sobre esse contexto mercadológico demonstraram foi a diminuição do mercado formal de trabalho e o aprofundamento das desigualdades (KREIN; MARACCI; FREITAS, 2019, p. 638).

Para esses autores, a reforma parece corresponder à institucionalização das práticas precárias que já existiam no mercado de trabalho anteriormente. Considera-se que, mesmo com a ampliação das regras de maior liberdade para os empregadores e a mitigação de funções essenciais à proteção social e direitos trabalhistas, “a reforma trabalhista não cumpriu as



promessas feitas e que o mercado de trabalho continua a se desestruturar e a ampliar as formas de ocupação que potencializam a vulnerabilidade social daquele que trabalha” (KREIN; MARACCI; FREITAS, 2019, p. 642; 650).

#### 4 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi verificar o grau de compatibilidade entre a percepção subjetiva dos magistrados do TRT/RJ sobre aspectos da dinâmica do processo trabalhista e modificações trazidas pela Lei nº 13.467/2017. A partir das respostas recebidas via survey, foram abordadas questões sobre litigiosidade, carga de trabalho, acesso à justiça e sucumbência. A investigação foi pautada nas seguintes indagações: se uma mudança em relação à litigiosidade, e consequentemente à carga de trabalho individual, foi percebida pelos magistrados e pode ser constatada em nível institucional; e se a opinião dos magistrados é compatível com as mudanças promovidas pela reforma da CLT quanto ao benefício da justiça gratuita e à sistemática dos honorários de sucumbência.

Destaca-se que a maioria dos magistrados entrevistados afirmou que a litigiosidade no tribunal diminuiu após a reforma trabalhista. Em nível institucional, segundo dados de Hartmann *et al.* (2019), houve de fato uma queda no número de processos iniciados no TRT/RJ depois da entrada em vigor da reforma, após novembro de 2017.

Apesar da diminuição da litigiosidade, a maior parte dos juízes respondeu que não houve mudança em sua carga de trabalho. Uma explicação possível para essa situação era a existência de processos ainda pendentes de julgamento no órgão à época da realização da pesquisa. Isso não exclui, entretanto, a possibilidade de que ainda que esse passivo acumulado diminua, a carga de trabalho percebida pelos magistrados continue a mesma, tendo em vista a sua maior dedicação aos casos que chegam para apreciação.

Com relação ao acesso gratuito à Justiça do Trabalho, grande parte dos entrevistados respondeu que somente em alguns casos ele deve ser concedido, ou seja, que a hipossuficiência da parte não deve ser presumida no processo trabalhista. A maioria dos juízes fluminenses que responderam à pesquisa também entendem que a cobrança de honorários de sucumbência deve acontecer independentemente da parte vencedora. Ambos os resultados estão em consonância com as alterações legislativas promovidas na CLT pela reforma de 2017, revelando que as opiniões da maioria dos magistrados respondentes sobre o acesso à justiça e a cobrança de honorários sucumbenciais estão representadas na atual configuração desse diploma.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BABBIE, Earl. **The Practice of Social Research**. 12ª Ed. California: Wadsworth, 2009.

BEVILAQUA, Vinicius Foletto. Entre direitos e redução de custos trabalhistas: a reforma trabalhista justificada pelos representantes empresariais. **Século XXI: Revista de Ciências Sociais**, [s.l.], vol. 8, n. 3, Ed. Esp., p. 1051-84, mar. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/seculoxxi/article/view/37538>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm).

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm).

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento (AIRR - 2054-06.2017.5.11.0003)**. Agravante: Cristiano da Silva Pantoja. Agravado(s): Órgão Gestor de Mão de Obra do Trabalhador Portuário Avulso do Porto de Manaus; Super Terminais Comércio e Indústria Ltda; Chibatão Navegação e Comércio Ltda. Relator: Ministro Alberto Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 28 de maio de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2RHN83d>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2VAkeTV>.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DIAS, Glauco Braga; CAVALCANTE, Luiz R. M. Teixeira. Custos, insegurança jurídica e terceirização: percepção das empresas. **Direito e Desenvolvimento**, v. 10, n. 2, p. 222-240, 19 dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/1123>.

FRAGALE FILHO, Roberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. Reforma trabalhista: uma cartografia das discussões equivocadas, esquecidas e frustrantes. **Revista Fevereiro - Política, Teoria e Cultura**, [s.l.], v. 10, p. 48-62, jan. 2018. Disponível em: <https://revistafevereiro.com/pag.php?r=10&t=01>. Acesso em: 26 dez. 2019.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1989.

HARTMANN, IVAR A. M.; PINHEIRO JÚNIOR, Fausto M.; ALMEIDA, Guilherme F. C. F.; ARAÚJO, Felipe; CORREIA JUNIOR, Fernando; SILVA, Abner. **Demandas Repetitivas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 2019.

KREIN, José Dari; MARACCI, Denis; FREITAS, Paula. Balanço de um ano da contrarreforma trabalhista no Brasil: 2017-2018. **Cadernos do CEAS: Revista Crítica de Humanidades**. Salvador, n. 248, set./dez., p. 637-667, 2019. DOI: <https://doi.org/10.25247/2447-861X.2019.n248.p637-667>. Acesso em: 06 abr. 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e a desconstitucionalização do acesso à Justiça do Trabalho: breves comentários sobre alguns institutos de direito processual do trabalho**. In: TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (Coord.). **A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 51-66.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Thiago Penido; BERNARDES BRAZ, Virgínia Lara. As transformações nas relações de trabalho, a reforma trabalhista e a proibição ao retrocesso social. **Direito e Desenvolvimento**, v. 9, n. 2, p. 95-117, 3 dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/675>.

PARANHOS, Ranulfo; FIGUEIREDO FILHO, Dalson Britto; CARVALHO DA ROCHA, Enivaldo; DA SILVA JUNIOR, José Alexandre. Corra que o survey vem aí. Noções básicas para cientistas sociais. **Revista Latinoamericana de Metodología de la Investigación Social - ReLMIS**. Argentina, nº 6, ano 3, out. 2013 - mar. 2014. Disponível em: <http://www.relmis.com.ar/ojs/index.php/relmis/article/view/74>. Acesso em: 26 fev. 2020.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; VILAROUCA, Marcio Grijó. **Como devo fazer entrevistas?**. In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.). Metodologia da Pesquisa em Direito - técnicas e abordagens para a elaboração de monografias, dissertações e teses. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

SALEH, Amany; BISTA, Krishna. Examining Factors Impacting Online Survey Response Rates in Educational Research: Perceptions of Graduate Students. **Journal of MultiDisciplinary Evaluation**, [S.l.], v. 13, n. 29, p. 63-74. Disponível em: [http://journals.sfu.ca/jmde/index.php/jmde\\_1/article/view/487](http://journals.sfu.ca/jmde/index.php/jmde_1/article/view/487). Acesso em: 20 fev. 2020.

YEUNG, Luciana. Análise Econômica do Direito do Trabalho e da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017). **Revista Estudos Institucionais**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/227/157>. Acesso em: 14 abr. 2020.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

FRUIÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS POR ESTRANGEIROS À  
LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ESTUDO DO CASO  
DOS VENEZUELANOS

JORDÂNIA CARDOSO SOARES  
ANDRÉ RICARDO FONSÊCA DA SILVA

VOLUME 11 | NÚMERO 2 | JUL/DEZ 2020

# FRUIÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS POR ESTRANGEIROS À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ESTUDO DO CASO DOS VENEZUELANOS

## FRUITION OF SOCIAL RIGHTS BY FOREIGNERS IN THE LIGHT OF THE EQUALITY PRINCIPLE: STUDY OF THE CASE OF THE VENEZUELANANS

Recebido: 19/12/2020  
Aprovado: 19/12/2020

Jordânia Cardoso Soares<sup>1</sup>  
André Ricardo Fonsêca da Silva<sup>2</sup>

### RESUMO:

Este artigo trata do gozo dos direitos fundamentais sociais pelos estrangeiros, mais especificamente pelos venezuelanos à luz do princípio constitucional na igualdade. A partir daí, considerando o aumento do fluxo de fronteiriços da Venezuela nos últimos cinco anos na condição de imigrante ou refugiado de forma definitiva, tornou-se necessário abordar essa temática, pois essas pessoas passaram a utilizar os serviços públicos sociais brasileiros, tem-se por objetivo analisar se a Constituição e as leis brasileiras tratam os estrangeiros de maneira igualitária para que eles usufruam dos mesmos direitos sociais que os nacionais brasileiros. A abordagem da teoria das “Capabilities” de Amartya Sen foi exposta e estabeleceu-se sua relação com a imigração venezuelana. Desse modo, por meio do método dedutivo, qualitativo e bibliográfico, concluiu-se que os venezuelanos, de acordo com o princípio da igualdade, têm pleno direito de usufruir dos mesmos direitos sociais que os nacionais brasileiros.

**Palavras-chave:** Direitos Sociais. Princípio da Igualdade. Venezuelanos. Desenvolvimento.

### ABSTRACT:

This article deals with the enjoyment of fundamental social rights by foreigners, more specifically by Venezuelans in the light of the constitutional principle of equality. From then on, considering the increase in the flow of frontiers from Venezuela in the last five years as a permanent immigrant or refugee, it became necessary to address this issue, as these people started to use Brazilian social public services, there is for the purpose of analyzing whether the Brazilian constitution and laws treat foreigners equally so that they enjoy the same social rights as Brazilian nationals. Amartya Sen’s Capability theory approach was exposed and its relationship with Venezuelan immigration was established. Thus, through the deductive, qualitative and bibliographic method, it was concluded that Venezuelans, according to the principle of equality, have full right to enjoy the same social rights as Brazilian nationals.

<sup>1</sup> Mestranda em Direito e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-graduação em Direito pelo Unipê, Especialista em Ciências Criminais pelo Unipê em 2014, Graduada em Direito pelo Unipê em 2010. Advogada desde 2011. E-mail: jordaniacardososoares@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutor em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ, Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB, Especialista em Direito Municipal pela UNIPÊ e Graduado em Direito pela UNIPÊ. Professor do Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE). E-mail: professor.andrefonseca@gmail.com.

**Keywords:** Social Rights. Principle of Equality. Venezuelans. Development.

## 1 INTRODUÇÃO

Todo cidadão, não importando qual seja sua nacionalidade, carrega consigo, onde for, os direitos e deveres concernentes à cidadania. Implica em afirmar que citado atributo integra o acervo de garantias do indivíduo, não do Estado originário dele.

Como um direito humano, a cidadania deve ser respeitada por todos os países signatários dos Tratados e Convenções internacionais relativos à temática, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 6º) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A cidadania decompõe-se em direitos civis, políticos e sociais, que é objeto de estudo do presente artigo.

Assim, os direitos sociais surgiram, primeiramente, na Europa como forma de promover a igualdade material na sociedade da época, marcada pelo Estado Liberal e a igualdade formal. A partir de então, se instala o Estado Social, voltado para a satisfação das necessidades materiais das pessoas, como direitos sociais, econômicos e culturais, embasados no princípio da igualdade.

Sob esse espírito, a Constituição Federal de 1988, conhecida também como Constituição Cidadã, coloca no art. 1º, II, a cidadania como um fundamento da República. E no art. 5º, caput, aduz que todos são iguais perante a lei (igualdade formal).

Com base nessas premissas, o presente artigo abordou, especificamente, o acesso dos estrangeiros, notadamente os venezuelanos, aos direitos sociais no Brasil à luz do Princípio da Igualdade.

Quanto aos aspectos metodológicos, foi escolhida uma pesquisa qualitativa, pois apresenta o intuito de analisar o acesso dos venezuelanos aos direitos sociais e não a elaboração de dados estatísticos. Quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa é bibliográfica, tendo em vista que sua base foi material já elaborado, como livros e artigos científicos. Quanto à abordagem, a pesquisa é dedutiva, tendo em vista que partiu da análise geral dos direitos sociais e do princípio da igualdade, para depois, particularmente, abordar as ações concretas relacionadas ao venezuelanos.

Por fim, o presente artigo está dividido em seis tópicos, onde o primeiro e o último tratam da introdução e considerações finais, respectivamente. Já o segundo versa sobre a evolução do princípio da igualdade. O terceiro aborda os direitos sociais, como uma das dimensões da cidadania. O quarto foca no Poder Judiciário como efetivador de direitos fundamentais sociais. E o quinto aborda as ações implementadas pelo Governo brasileiro, por meio da Operação Acolhida.

## 2 EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Nesta seção serão analisados os significados assumidos pelo princípio da igualdade ao longo do tempo.

Como muitos institutos jurídicos, o princípio da igualdade sofreu mutações, conforme o contexto histórico em que se estabeleceu.

No início dos tempos, existia uma ideia amplamente difundida de desigualdade natural. Com isso, as pessoas não eram tratadas de forma igualitária, ou seja, tinham

tratamento inferior ou superior, de acordo com a sua classe social. Nesse primeiro momento, essa diferença no tratamento das pessoas devia-se ao relacionamento do conceito de diferença com o de desigualdade. (GONÇALVES, 2010).

No final do século XVIII, com as Declarações de Direitos da Virgínia (1776) e a dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), foi inaugurada a igualdade formal (isonomia). A partir desse momento as pessoas começaram a ser tratadas de maneira igualitária, sem nenhuma espécie de privilégio, quando se encontravam em uma situação semelhante. Era a chamada igualdade perante a lei, que apenas se preocupava com a aplicação isonômica da lei, não com a justiça social. (MENEZES, 2007). Essa ficção jurídica surgiu após a queda do Antigo Regime e ascensão do Estado –Liberal Burguês, marcado pelas ideias do constitucionalismo clássico liberal (SARMENTO, 2006).

Mas apenas uma igualdade perante a lei não seria o suficiente para suprir as demandas de uma sociedade cada vez mais diversificada. Por isso, a partir do século XX, o Estado Social ofertou direitos sociais, que são prestações positivas, um fazer estatal, que veio para realmente fazer justiça social, conceder igualdade de oportunidades para indivíduos que se encontravam em situações desiguais. Essas são as bases da chamada igualdade material. (GONÇALVES, 2010)

Para Aristóteles, deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Celso Antônio Bandeira Mello (1998) concorda em parte com o filósofo grego, pois ele levanta a seguinte indagação: “Quem são os iguais e quem são os desiguais?” (MELLO, 1998). Na obra, o autor leciona que a igualdade seria mantida se a norma fosse geral (individualização abstrata do destinatário) e abstrata (renovação da hipótese de incidência sobre um ou mais indivíduos). Também a simetria seria respeitada se o fator de *discrímen* tivesse relação lógica com os regimes autorizados. Para finalizar, prescreve que a norma para determinado nicho deve ser específica o suficiente para alcançar a igualdade material. (GONÇALVES, 2010)

O princípio da igualdade substancial é concretizado por meio das ações afirmativas, que são políticas ou ações públicas voltadas para a correção das desigualdades reais. Exemplos de ações afirmativas são: cotas raciais para universidades públicas, percentual mínimo de vagas em concursos públicos para deficientes físicos, gratuidade de passagem em transporte coletivo para maiores de 65 anos de idade, mínimo de 30% de candidaturas de um gênero distinto, prioridade de recebimento de imposto de renda por idosos (acima de 60 anos). (CLÈVE, 2016)

Não há como falar de igualdade sem mencionar o conceito de justiça. Há autores que utilizam os termos igualdade justa ou justiça igualitária (RAPOSO, 2004).

Aristóteles dividia a igualdade em duas categorias. A igualdade aritmética estaria para a justiça comutativa e a igualdade geométrica voltada para a justiça distributiva. (AMARAL, 2005).

Outro conceito relacionado à igualdade que deve ser abordado é o da diferença. Ferrajoli (1999) enumera quatro formas de tratar juridicamente as diferenças.

A primeira forma é simplesmente ignorar as diferenças. Aqui não há qualquer proteção às minorias. (GONÇALVES, 2010)

A segunda consiste em diferenciar juridicamente as situações desiguais, o que permite diferenciação de tratamento. (GONÇALVES, 2010)

A terceira fazia a homologação jurídica das diferenças. (GONÇALVES, 2010)

A última forma baseia-se no princípio do livre desenvolvimento da personalidade. Significa que só haverá igualdade quando se conhecer e se respeitar as diferenças. Essa foi a maneira de tratar a diferença no ordenamento jurídico brasileiro. (GONÇALVES, 2010)

Por isso que somos iguais, mas também somos diferentes. Somos iguais, pois devemos receber a mesma proteção do Estado, concernente a nosso direito de identidade. Somos diferentes, porque temos características únicas que nos diferencia dos demais.

Com relação ao estrangeiro, o constituinte originário foi categórico ao prever expressamente o princípio da igualdade na redação do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e sua aplicação ao mesmo no gozo dos direitos sociais, haja vista esses estarem insertos no título relativo aos direitos e garantias fundamentais.

A redação do *caput* do artigo 5º da CF/88 é a seguinte: “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 (...)”. (BRASIL, 1988)

A partir da leitura do artigo, os estrangeiros residentes no Brasil têm o direito de usufruir, no caso, os direitos sociais, que estão expressos no art. 6º e ao longo da CF/88.

Além da previsão constitucional, a aplicação do princípio da igualdade aos estrangeiros /migrantes também está expresso nos artigos 3º, IX e XI e 4º, *caput*, da Lei nº 13. 445/2017 (Nova Lei de Migração) nos seguintes termos:

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

(...)

IX - igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares;

(...)

XI - acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social;

(...)

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

(...) (BRASIL, 2017)

O migrante, com a nova Lei de Migração, passa a dispor do mesmo conjunto de direitos sociais disponíveis ao brasileiro nato e naturalizado. Representa um grande avanço no tratamento jurídico do refugiado/migrante, tendo em vista que na lei de migração antiga (já revogada) era visto como um ser humano de categoria “inferior”, em relação ao nacional do Brasil.

A presente seção abordou a evolução do princípio da igualdade e sua repercussão no texto constitucional e infraconstitucional.

### 3 A TEORIA DAS “CAPABILITIES” E A IMIGRAÇÃO VENEZUELANA

A presente seção fará a análise da teoria de Amartya Sen e sua aplicação à situação venezuelana.

Para o autor indiano, a pobreza é consequência da privação de liberdades ou capacidades básicas, não apenas uma questão meramente numerária (SEN, 2010).

Para ele, tais questões só serão resolvidas com a expansão das liberdades, atingindo assim, o desenvolvimento. Mediante a eliminação das privações que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas, elas podem exercer sua condição de agente (SEN, 2010).



O desenvolvimento se dá, pois, a partir da ampliação das capacidades dos indivíduos promoverem os seus objetivos por meio da melhoria de suas oportunidades e alcance dos seus funcionamentos (SEN, 2010).

Funcionamentos são as várias coisas que o sujeito considere como valioso para fazer ou ter. Varia de um indivíduo para outro.

Capacidades são as combinações alternativas de funcionamentos que uma pessoa pode ter. É a liberdade substantiva de realizar livremente os funcionamentos.

O alcance do desenvolvimento só é possível pela expansão das seguintes liberdades instrumentais:

- a) Liberdades políticas: oportunidades que as pessoas têm de determinar quem vão governá-las, além de fiscalizar essas autoridades eleitas e criticá-las, quando necessário;
- b) Facilidades econômicas: oportunidades que os indivíduos têm para utilizar os recursos econômicos livremente com o intuito de consumo, produção e troca;
- c) Oportunidades sociais: disposições que a sociedade estabelece na área dos direitos sociais para o indivíduo viver melhor;
- d) Garantias de transparência: necessidade de probidade que as pessoas esperam umas das outras e das instituições públicas e privadas;
- e) Segurança protetora: rede de proteção para que a população não fique vulnerável materialmente.

Desta feita, o processo de desenvolvimento centrado na liberdade é voltado para o agente. Com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros. O indivíduo pode ser sujeito ativo, livre e sustentável, ao invés de sujeito passivo de programas de governo (SEN, 2010).

Transpondo a Teoria das “Capabilities” para a realidade dos imigrantes venezuelanos, como essas pessoas não conseguiram se desenvolver em seu país de origem, não tiveram outra opção a não ser migrarem para outras nações da América do Sul e Caribe em busca do desenvolvimento, que não foi proporcionado por sua terra natal.

Enquanto a Venezuela não resolver seus problemas sociais, econômicos e políticos, milhões de venezuelanos estão sendo obrigados a deixarem o país em busca de melhores condições de vida, para se desenvolverem como agentes ativos.

#### **4 DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA DAS VERTENTES DA CIDADANIA**

Nesta seção serão analisados os aspectos teóricos dos direitos sociais, de acordo com a Constituição Federal de 1988.

Antes de ingressar no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessária uma breve incursão na historicidade dos direitos sociais.

A origem dos direitos sociais encontra-se na crise do Estado Liberal, provocada pelo avanço desmedido do capitalismo e omissão do Estado em promover a justiça social (igualdade material) (MASSON, 2014). Vale lembrar que no Estado Liberal-Burguês era caracterizado pela igualdade formal (na lei) e pelos direitos de primeira dimensão (civis e políticos – um não fazer do Estado – prestações negativas).

Daí surgiram os direitos sociais (de segunda dimensão – um fazer do Estado – prestações positivas – direitos prestacionais) para conceder a classe trabalhadora igualdade de oportunidades, ou seja, um mínimo de dignidade e de justiça social. (DALLARI, 2004)

A primeira Constituição a inserir os direitos sociais foi a Constituição de Weimar de 1919. No Brasil, o texto constitucional de 1934 os colocou no título referente à ordem econômica e social. (MASSON, 2014)

A Constituição de 1988 inseriu os direitos sociais no Título II referente aos direitos e garantias fundamentais. Esses direitos são dotados de normatividade, força vinculante e estão previstos nos artigos 6º, 7º a 11, 194, 196 e 205, CF/88. (MASSON, 2014)

Segundo Miranda (2000, p. 386), a finalidade dos direitos sociais é promover o aumento do “bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas, em especial, das mais desfavorecidas, de operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (...)”.

O intuito dos direitos sociais é construir uma sociedade menos heterogênea, com mais justiça social.

A redação do artigo 6º da CF/88 é a seguinte: “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”. (BRASIL, 1988)

O artigo 6º da CF/88 apresenta de forma genérica os direitos sociais. Os demais artigos aprofundam cada direito social apresentado no artigo 6º.

Na temática dos direitos sociais, três institutos são necessários serem estudados. O primeiro deles é a cláusula da reserva do possível.

A Cláusula da Reserva do Possível é uma limitação jurídico-fática que pode ser apresentada pelos Poderes Públicos em duas circunstâncias: restrições orçamentárias impeditivas de implementação de direitos e prestação demandada pelo indivíduo for desproporcional.

A origem do instituto foi no julgamento do *leading case* pelo Tribunal Federal alemão na década de 1970 do século XX, chamado “*numerus clausus*”. A teoria, em sua origem, relacionava-se com a razoabilidade da pretensão deduzida com vistas à sua efetivação.

No direito nacional, acabou se transformando na “teoria da reserva do financeiramente possível”, segundo à qual a falta de recursos públicos passou a ser um limite à concretização de direitos fundamentais sociais. O Supremo Tribunal Federal também compartilha desse entendimento, ao julgar a ADPF nº 45- MC- DF:

(...) a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir (...) a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (Relator: Min. Celso de Mello, noticiada no Informativo 345, STF)

Sachs (2016) afirma que os direitos sociais e econômicos, por sua própria natureza, implicam racionamento. Os direitos socioeconômicos são diferentes quanto à sua fruição, ou seja, sua implementação é progressiva de acordo com os recursos financeiros disponíveis. Um sistema de distribuição é fundamentação para a sua existência. (SACHS, 2016)

Segundo Sarlet (2009), a Teoria da Reserva do Possível tem três dimensões.

A primeira é a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Deve-se exigir do Estado uma prestação que passe no teste da universalização, ou seja, que possa ser estendida a quem se encontrar na mesma situação. (MASSON, 2014)

A segunda é a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a determinação das prioridades na alocação de receitas. Deve-se

determinar os órgãos competentes para formular e efetivar as políticas públicas, para o gasto eficiente dos recursos públicos. (MASSON, 2014)

E a terceira é a proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Deve-se adequar a pretensão individual às reservas orçamentárias. (MASSON, 2014)

Portanto, essa cláusula é um ônus que deve ser demonstrado de forma inequívoca pelo Poder Público, por meio de elementos orçamentários e financeiros, que não pode concretizar um direito fundamental prestacional. (MARMELSTEIN, 2008)

O segundo instituto é o mínimo existencial. É um subgrupo de direitos fundamentais mínimos para uma vida digna, que devem ser respeitados pelo Poder Público na elaboração das políticas públicas (BARROSO, 2011).

Na visão de Barcellos (2002), o conteúdo do mínimo existencial deve conter os seguintes direitos: educação fundamental, saúde básica, assistência aos necessitados (alimentação, vestuário e abrigo) e acesso à Justiça. (BARCELLOS, 2002)

A oponibilidade da cláusula da reserva do possível para os direitos relacionados ao mínimo existencial não prospera. Como são direitos mínimos para uma vida com dignidade, não podem ser desrespeitados. À propósito, esse é o pensamento do STF exteriorizado no RE 482.611-SC: “impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (Relator: Min. Celso de Mello)”.

O último instituto é a Teoria da Vedação do Retrocesso. Significa a proibição da edição de qualquer medida tendente a abolir ou limitar um direito social conquistado e já implementado, sem alguma contrapartida equivalente que assegure sua preservação de fruição. Esse princípio não está expresso no texto constitucional, mas pode ser abstraído dos princípios da dignidade da pessoa humana, da máxima efetividade e do Estado Democrático de Direito (arts. 1º, caput, III e 5º, §1º, CF/88). (CUNHA JÚNIOR; NOVELINO, 2016)

Dentre os direitos (civis, políticos e sociais) que compõem a cidadania, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, II, CF/88), os direitos sociais são os mais demorados para serem implementados, pois dependem de recursos públicos, muitas vezes escassos. Ademais, necessitam de políticas públicas para serem concretizados, que são de competência, tipicamente, do Poder Executivo.

Então os gestores não elaboram as políticas públicas e, se as formulam, não satisfazem as necessidades dos seus destinatários.

Por isso, recorre-se ao Poder Judiciário para suprir omissões ou fazer correções nas ações do Poder Público.

## **5 O PODER JUDICIÁRIO COMO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Nesta seção analisar-se-á a atuação do Poder Judiciário como uniformizador das discrepâncias nas legislações internas concernentes ao acesso a direitos sociais pelos estrangeiros. Neste tópico o foco será nos direitos sociais previdenciário e assistencial.

Milhares de imigrantes e refugiados chegam ao Brasil em busca de melhores condições de vida. Há os que ainda podem trabalhar, a chamada população economicamente ativa. Quando os estrangeiros residentes no país resolverem aposentar-se, pelo princípio da isonomia (igualdade) previsto no art. 5º, *caput*, CF/88, aplicam-se as mesmas disposições

concernentes à Previdência Social para os brasileiros, tendo em vista que contribuíram com as prestações e atingiram a idade exigida (art. 201, CF/88). (MILESI; LACERDA, 2008)

Mas também existem pessoas que não podem mais prover seu sustento, por causa da idade avançada ou alguma deficiência que possuam. A Assistência Social (caracterizada pelo princípio da não contribuição e pela garantia de direitos universais) se encarregará de prestar auxílio a esses grupos vulneráveis, nos termos do art. 203, CF/88.

Nesse sentido, a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993, estabelece no seu art. 20, o BPC (benefício de prestação continuada), nos seguintes termos:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (BRASIL, 1993)

O pagamento do benefício deve ser feito até 45 dias após satisfeitas as condições para a sua implementação (art. 37, da Lei nº 8.742/1993).

O INSS editou a Resolução nº 435 de 18 de março de 1997, estendendo o BPC para estrangeiros e indígenas naturalizados, da seguinte forma: “4. São também beneficiários os estrangeiros idosos e portadores de deficiência, naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem, bem como os indígenas.” (BRASIL, 1997).

Percebe-se que a Resolução, uma espécie normativa hierarquicamente inferior à Constituição, foi mais severa ao cobrar o requisito da naturalização para os estrangeiros (idosos e deficientes) obterem o benefício assistencial.

Com esse posicionamento, o INSS adotou uma interpretação restritiva, deixando à mingua os idosos e deficientes estrangeiros que não tenham adquirido a naturalização.

O texto constitucional em nenhum momento cobrou a naturalização como critério para concessão de algum direito, inclusive os assistenciais. Ademais, a naturalização deve ser uma faculdade individual, não uma imposição para concessão de algum direito. E o Estado de acolhida do estrangeiro pode ou não conceder a naturalização, ou seja, é um poder discricionário. (MILESI; LACERDA, 2008)

A citada Resolução fere o princípio da isonomia, na medida em que não trata nacionais e estrangeiros com igualdade de direitos e de deveres.

No plano internacional, a exigência de naturalização como requisito para concessão de benefício assistencial também fere a art.8º, I, c da Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos que não são nacionais do país em que vivem, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 13 de dezembro de 1985. A Declaração reconhece aos estrangeiros que residam legalmente no território de um Estado:

c) O direito à proteção sanitária, atenção médica, seguridade social, serviços sociais, educação, descanso e férias, com a condição de que reúnam os requisitos de participação previstos nas regulamentações pertinentes e de que não seja imposta uma carga excessiva sobre os recursos do Estado. (BRASIL, 1985)

A única exigência é ser não-nacional residente no país de acolhida para gozar dos direitos acima descritos e limites da capacidade orçamentária desse Estado.

Com esse requisito (naturalização) sendo exigido pela Resolução, os pedidos de benefício assistencial foram sendo negados na via administrativa (INSS). Consequentemente, o Poder Judiciário foi sendo acionado por milhares de ações previdenciárias, circunscritas ao

mesmo tema: direito do estrangeiro ao benefício de amparo assistencial. Os autores ganham em primeira instância. O INSS (réu) recorre, alegando a falta do requisito da naturalização. Mas o acórdão confirma a sentença por unanimidade.

A seguir algumas decisões ilustrativas do assunto em comento.

Inicialmente, não procede a preliminar de ausência de direito do estrangeiro ao benefício de amparo social.

De acordo com o caput do art. 5º, da CF, é assegurado ao estrangeiro, residente no país, o gozo dos direitos e garantias individuais, em igualdade de condições com o nacional. Desta forma não se pode restringir o direito ao amparo social por ter a parte autora condição de estrangeira. Apelação Cível nº 976415 (Processo nº 2004.03.99.033604-1) - Relatora Des. Fed. Vera Jucovsky - 8ª Turma. Data do Julgamento: 22/11/2004. Publicação: DJU de 09/02/2005, p. 141. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento>.

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ARTIGO 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONCESSÃO AO ESTRANGEIRO. ARTIGO 20, § 3º, DA LEI Nº. 8.742/93. ABONO ANUAL INDEVIDO. BENEFÍCIO PERSONALÍSSIMO E INACUMULÁVEL. REVISÃO.

1 - A condição de estrangeiro do autor não afasta seu direito à percepção do benefício assistencial ora pleiteado, em razão do princípio constitucional da igualdade e da universalidade que rege a Seguridade Social. Precedente deste Tribunal.

2 - Preenchido o requisito idade (67 anos) e demonstrada a insuficiência de recursos para a própria manutenção ou de tê-la provida pela família, é de se conceder o benefício, nos termos do artigo 203, V, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n.º 8.742/93 e Decreto n.º 1.744/95. Apelação Cível nº 948588 - SP (Processo nº 2002.61.19.004613-0) - Relator Nelson Bernardes de Souza, 9ª Turma do TRF - 3ª Região. Data do Julgamento: 08/08/2005. Publicação: DJU de 09/09/2005, p.720. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento>.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL - DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

- O benefício de assistência social tem o escopo de prestar amparo aos idosos e deficientes que, em razão da hipossuficiência em que se acham, não tenham meios de prover à própria subsistência ou de tê-la provida por suas respectivas famílias.

- Em juízo de cognição sumária, impossível ao agravado, diante da situação concreta, ter vida digna, ou, consoante assevera a Constituição Federal, ter respeitada a sua cidadania, que são, às expressas, tidos por princípios fundamentais do almejado Estado Democrático de Direito.

- Impertinente a alegação de ausência de direito do estrangeiro ao benefício colimado. De acordo com o caput do art. 5º, da CF, é assegurado ao estrangeiro, residente no país, o gozo dos direitos e garantias individuais, em igualdade de condições com o nacional. Ademais, a assistência social é um direito fundamental, e qualquer distinção fere a universalidade deste direito. Dessa forma não se pode restringir o direito ao amparo social por ter o agravado condição de estrangeiro, vez que, no caso presente, o exame perfunctório revelou que o mesmo se encontra em situação regular e reside no país há mais de 30 (trinta anos), tendo laborado com carteira assinada. Outrossim, aos autos não foram carreados quaisquer documentos aptos a ilidir o decism em tela.

- Agravo a que se nega provimento. Agravo de Instrumento nº 244330 - SP (Processo nº 2005.03.00.066821-3). Relatora: Vera Lúcia Jucovsky- 8ª Turma. Decisão em 23/01/2006. Publicação: DJU 15/02/2006, p.300. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento>.

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (AMPARO SOCIAL) A ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS. POSSIBILIDADE.

- A condição de estrangeiro não impede o agravado de receber benefício previdenciário de prestação continuada, pois, de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal é assegurado ao estrangeiro, residente no país, o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional.

- Satisfeitos os requisitos para a implementação do benefício de amparo assistencial. Demonstrado ser o autor idoso, sem filhos, não tendo como prover sua manutenção, nem de tê-la provida por parentes, mais idosos que o próprio autor e impossibilitados de auxiliá-lo.

- Aplicação do artigo 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

- Agravo de instrumento a que se nega provimento. Agravo de Instrumento nº 249149-SP (Processo nº 2005.03.00.080501-0). Relatora: Ana Pezzarini (Convocada) – 8ª Turma. Julgamento em 21/08/2006. Publicação DJU em 21/02/2007, p. 123. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento>.

O grande volume de ações dessa natureza fez com que o INSS ingressasse no dia 29 de maio de 2008 com o Recurso Extraordinário nº 587970 – SP para uniformizar a concessão do benefício de amparo assistencial aos estrangeiros, figurando como o Relator do processo o Ministro Marco Aurélio. No dia 26 de junho de 2009, o Tribunal pleno reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada, nos termos do art. 1035, § 1º, CPC. No dia 20 de abril de 2017, o Tribunal Pleno julgou o mérito do tema da repercussão geral nos seguintes termos:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 173 da repercussão geral, negou provimento ao recurso, fixando a seguinte tese: “Os estrangeiros residentes no País são beneficiários da assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais”.

A partir da tese fixada pelo STF, os únicos requisitos exigidos para a concessão do benefício de prestação continuada para idosos e pessoas com deficiência estrangeiras são: ser não-nacional residente no Brasil; ter 65 anos ou mais de idade ou ser uma pessoa com deficiência; não ter como se sustentar ou alguém de sua família para fazê-lo (art. 5º, caput, CF/88 e art. 20 da Lei nº 8.742/1993).

Como a decisão do STF foi tomada em sede de repercussão geral, vincula toda a Administração Pública e demais órgãos do Poder Judiciário (o que inclui o INSS).

O requisito da naturalização exigido pela Resolução nº 435/1997 do INSS não deve ser observado para a concessão dos benefícios assistenciais para os estrangeiros.

O Poder Judiciário, na prolação de decisões judiciais, corrige as distorções cometidas pelos órgãos do Poder Executivo no exercício da função legislativa.

## 6 VENEZUELANOS E A REDE DE PROTEÇÃO SOCIAL BRASILEIRA

Neste tópico serão apresentadas ações sociais em andamento com os venezuelanos desde o início da Operação Acolhida em 2018.

A partir de 2015, o grande fluxo migratório venezuelano impulsionado pela crise humanitária do país sul-americano (CIDH, 2018) sobrecarregou os serviços públicos das cidades da fronteira norte do Brasil (Pacaraima e Boa Vista- Estado de Roraima), que culminou por gerar tensão nessa localidade. (MIRANDA, 2020)

Em resposta a essa situação, o Governo brasileiro promulgou a Medida Provisória nº 820/2018, convertida posteriormente na Lei nº 13.684/2018, apelidada de Operação Acolhida.

A Operação Acolhida foi criada para receber os venezuelanos com dignidade e está dividida em três eixos: ordenamento da fronteira, acolhimento e interiorização, que é o objeto desse tópico.

A interiorização é a realocação de venezuelanos para outras cidades do país, em busca de melhores condições de vida. E na realocação apenas podem participar venezuelanos regularizados, imunizados, avaliados clinicamente e com termo de voluntariedade assinado. (ACNUR, 2020)

A legislação interna brasileira propicia a fruição de direitos sociais pelos venezuelanos, principalmente o trabalho, a educação e a assistência social.

Desde o início da interiorização (abril de 2018), o programa já realocou mais de 27.000 venezuelanos para mais de 450 municípios em 25 das 27 unidades da Federação do Brasil. Os cinco que mais concentram realocados são: São Paulo, Amazonas, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Paraná. Na Paraíba, até dezembro de 2019, tinha 485 interiorizados venezuelanos. (ACNUR, 2020)

Com relação ao mercado de trabalho, os venezuelanos estão tendo cada vez mais acesso ao emprego formal (com carteira de trabalho assinada) desde que a interiorização começou. Dos mais de 260.000 venezuelanos que estão no Brasil, 72% deles (185.000) têm entre 18 e 64 anos de idade, de acordo com a Polícia Federal. Desses 185.000, 10% (18.855 pessoas) estavam empregados formalmente em dezembro de 2019. Na Paraíba, no mesmo período, havia 82 venezuelanos empregados formalmente. Seus ramos de atividade principais são restaurantes, cafeterias, lanchonetes, comércio varejista, construção e acondicionamento de carnes. (ACNUR, 2020)

No tocante à educação, até dezembro de 2019, mais de 20.000 alunos venezuelanos estavam matriculados nas escolas primárias e secundárias brasileiras, principalmente nos Estados de Roraima, Amazonas e São Paulo (80% do total). Na Paraíba, no mesmo período, havia 102 venezuelanos matriculados. (ACNUR, 2020)

Quanto à assistência social, há dois programas, quais sejam: o Bolsa Família e o Benefício de Prestação Continuada.

O Bolsa Família é um programa de transferência direta de renda que beneficia famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o país, por meio de reforço de renda se o beneficiário cumprir requisitos em saúde (serviços para gestante) e educação (frequência escolar mínima). O Ministério da Cidadania elege as famílias pelo Cadastro Único, cadastro central que existe desde 2003 para identificar e incluir comunidades pobres em programas federais. (ACNUR, 2020)

A gestão do Bolsa Família é descentralizada, com os governos federal, estaduais e municipais atuando em conjunto para a sua concretização. O Ministério da Cidadania é o principal órgão articulador, a nível nacional. E a Caixa Econômica Federal é a responsável pelo pagamento dos valores aos beneficiários. O valor médio mensal por família equivale a cerca de R\$170,00 (cento e setenta reais) por família. (ACNUR, 2020)

Os venezuelanos, imigrantes ou refugiados, podem se inscrever no Bolsa Família, desde que cumpram os requisitos de concessão. Como cada município tem sua quantidade limite de famílias participantes, possa ser que eles não consigam o benefício assistencial.

Em janeiro de 2020, 16.707 venezuelanos (6,5% do total de venezuelanos no país) eram beneficiários do Bolsa Família em todo Brasil. Desse número, 125 estão na Paraíba. (ACNUR, 2020)

O Benefício de Prestação Continuada é outro programa social que fornece um salário-mínimo para idosos e pessoas com deficiência estrangeiras que não possam se manter e não possam ser mantidos por suas famílias. Embora a Constituição Federal e a legislação brasileira não façam distinção entre o acesso a direitos sociais entre brasileiros e estrangeiros, esse benefício assistencial teve que ser analisado pelo STF em 2017 (abordado no tópico anterior). Em fevereiro de 2020, 309 venezuelanos estavam recebendo esse benefício assistencial. (ACNUR, 2020)

A baixa adesão a esses benefícios assistenciais deve-se aos seguintes fatores: falta de informação sobre os serviços disponíveis, falta de documentação ou documentação expirada, barreiras do idioma, não atendimento a outro critério de elegibilidade, o município atingiu o limite máximo de beneficiários. (ACNUR, 2020)

Portanto, os venezuelanos estão tendo acesso a uma ampla rede de apoio para recomeçarem suas vidas no Brasil, com vistas a alcançarem sua autonomia econômica e o fortalecimento de sua cidadania.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo ao analisar o gozo dos direitos sociais pelos estrangeiros, mais especificamente, dos venezuelanos, primeiro fez uma digressão pelas várias acepções do princípio da igualdade (desigualdade natural, igualdade formal e igualdade material).

Além disso, o conceito de desenvolvimento foi explorado juntamente com a teoria das “Capabilities” e foi estabelecido um liame com a situação dos venezuelanos.

Neste sentido, a falta de oferecimento de liberdades instrumentais por parte do governo venezuelano afetou o desenvolvimento de seus nacionais. Por conseguinte, os obrigou a migrar para nações que possam proporcionar tais condições para o desenvolvimento dessas pessoas.

Depois, foi feito o estudo dos direitos sociais à luz da Constituição Federal de 1988, passando pelos institutos da reserva do possível, do mínimo existencial e da vedação do retrocesso.

Em seguida, analisou-se as decisões do Poder Judiciário que uniformizaram o acesso dos estrangeiros ao benefício de prestação continuada.

E por último, verificou-se as ações empreendidas atualmente no Brasil com os venezuelanos após o início da Operação Acolhida, criada em resposta à imigração venezuelana decorrente da crise humanitária, que ainda ocorre na Venezuela.

Os venezuelanos, de acordo com o princípio da igualdade, têm pleno direito de usufruir dos mesmos direitos sociais que os nacionais brasileiros. Apesar de ser um direito previsto na própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, teve que ser chancelado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de um Recurso Extraordinário com repercussão geral, para que os estrangeiros pudessem dispor desse direito.

O Governo brasileiro tem empreendido esforços para que os venezuelanos recomecem suas vidas, com o intento de se desenvolverem como indivíduos e, conseqüentemente, como povo venezuelano.



## REFERÊNCIAS

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Venezuelanos no Brasil**: integração no mercado de trabalho e acesso a redes de proteção social. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2020/07/Estudo-sobre-Integra%C3%A7%C3%A3o-de-Refugiados-e-Migrantes-da-Venezuela-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da República**: uma introdução ao estudo do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios fundamentais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm). Acesso em: 9 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.684 de 21 de junho de 2018**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13684-21-junho-2018-786881-publicacaooriginal-155890-pl.html>. Acesso em: 9 de outubro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 9 de outubro de 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 820 de 15 de fevereiro de 2018**. Operação Acolhida. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2018/medidaprovisoria-820-15-fevereiro-2018-786169-norma-pe.html>. Acesso em: 9 de outubro de 2020.

BRASIL. **Declaração sobre os direitos humanos dos indivíduos que não são nacionais do país em que vivem**. 1985. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Refugiados-Asilos-Nacionalidades-e-Ap%C3%A1tridas>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm). Acesso em: 15 de outubro de 2020.

BRASIL. **Resolução nº 435 do INSS de 18 de março de 1997**. Disponível em: [https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-435-1997\\_95352.html#:~:text=Estabelece%20normas%20e%20procedimentos%20para,Idoso%20e%20od%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias.&text=Portaria%20MPS%20n%C2%BA%20458%2C%20de%2024.09.1992](https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-435-1997_95352.html#:~:text=Estabelece%20normas%20e%20procedimentos%20para,Idoso%20e%20od%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias.&text=Portaria%20MPS%20n%C2%BA%20458%2C%20de%2024.09.1992). Acesso em: 15 de outubro de 2020.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos na Venezuela**. 2018. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>. Acesso em: 5 de outubro de 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol.3, n.3, p. 542-557, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/115614>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías, la ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Princípio Constitucional da Igualdade. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, a. 1, n.2, julho/dezembro 2010. Disponível em: <https://periodicos.unipe.edu.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/152>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. (8ª tiragem). São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MENEZES, Paulo Lucena de. Igualdade. In: **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILESI, Rosita; LACERDA, Rosane. Políticas Públicas e Migrações: a acesso a direitos previdenciários e sociais. **Caderno de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, Brasília, v.3, n.3, 2008, p. 33-50.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2000, p.386.

MIRANDA, Uira Lopes. **Trajetórias venezuelanas: o processo de integração em Belo Horizonte**. 2020.185f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, 2020.

RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. **O poder de Eva: o princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos- problemas suscitados pela discriminação positiva**. Coimbra: Almedina, 2004.

SACHS, Albie. **Vida e Direito: uma estranha alquimia**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Ver. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

EMPRESAS ESTATAIS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES  
SOBRE O SEU PAPEL NO DESENVOLVIMENTO  
ECONÔMICO BRASILEIRO

GLAUBER DE LUCENA CORDEIRO  
PAULO HENRIQUE SILVA FIGUEIREDO

# EMPRESAS ESTATAIS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O SEU PAPEL NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO

## STATE-OWNED COMPANIES: SOME CONSIDERATIONS ABOUT YOUR ROLE IN BRAZILIAN ECONOMIC DEVELOPMENT

Recebido: 28/10/2020  
Aprovado: 19/12/2020

Glauber de Lucena Cordeiro<sup>1</sup>  
Paulo Henrique Silva Figueiredo<sup>2</sup>

### RESUMO:

Este artigo tem por objetivo uma análise histórica do papel desempenhado pelo Estado brasileiro, por meio da atuação de suas empresas, no processo de desenvolvimento econômico nacional. A partir da análise de seis períodos históricos, observa-se qual foi o grau de intervenção praticado por tais entidades na economia, a coerência de tal atuação com o arcabouço constitucional vigente, as motivações ideológicas e pragmáticas que a embasaram e os resultados práticos obtidos. Pretende-se narrar a criação e atuação das empresas estatais no século XX, onde é possível verificar que o seu desenvolvimento se deu de modo descontrolado, muito em face da posição ideológica dos governantes do período, que conduziram à excessos e usos inapropriados de sua atuação em determinados momentos históricos e/ou em setores econômicos específicos. Mas também, não se pode negar que tais entes foram imprescindíveis para garantir a realização de atividades essenciais ao Estado, ante a falta de interesse econômico ou ausência de recursos suficientes por parte da iniciativa privada. Deste modo, procura-se discorrer sobre a existência das estatais para cumprir os papéis que lhe são reservados na ordem econômica constitucional e sobre as perspectivas que as estatais possuem no cenário administrativo atual no país.

**Palavras-chave:** Estado. Empresas estatais. Análise. Desenvolvimento.

K100

### ABSTRACT:

This article aims at a historical analysis of the role of Brazilian State, through the performance of its state-owned companies, in the process of national economic development. From the analysis of six historical periods, it is possible to observe the degree of intervention practiced by such entities in the economy, the coherence of such action with the current constitutional framework, the ideological and pragmatic motivations that supported it and the practical results obtained. It is intended to describe the creation and performance of state-owned companies in the twentieth

<sup>1</sup> Possui graduação em direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (2000), Especialização em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco (2003), Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (2008) e Doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2015) (Linha de pesquisa: Direito da cidade). É professor Titular do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ), onde foi Coordenador-Adjunto do curso de Graduação em Direito desta Instituição. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa - PPGD/UNIPE. Professor Adjunto da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). email: glauber.lucena@unipe.br

<sup>2</sup> Graduado em Engenharia Civil e Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Tributário, pela Uniderp/Anhanguera. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil lotado na Delegacia da Receita Federal do Brasil em João Pessoa/PB. Conselheiro titular, representante da Fazenda Nacional, junto à Primeira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda - CARF. Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável, pelo Centro Universitário de João Pessoa. email: phsfigueiredo@gmail.com

century, where it is possible to verify that their development took place in an uncontrolled way, much in the face of the ideological position of the government of the period, which led to excesses and inappropriate uses of their performance at certain historical moments and / or in specific economic sectors. But also, it cannot be denied that such entities were essential to guarantee the performance of essential activities to the State, given the lack of economic interest or the lack of sufficient resources on the part of the private sector. Thus, it seeks to discuss the existence of state-owned companies to fulfill the roles reserved for them in the constitutional economic order and the prospects that state-owned companies have in the current administrative scenario of Brazil.

**Keywords:** State. State-Owned Companies. Analysis. Development.

## 1 INTRODUÇÃO

De que tamanho deve ser o aparato estatal? O quanto ele deve intervir na economia? Estas são perguntas que sustentam um debate multidisciplinar histórico e sem qualquer perspectiva de ser encerrado.

Dentro de tal discussão, o presente artigo irá fazer um breve exame, a partir da revisão bibliográfica e do exame da legislação, do papel atribuído e desempenhado pelo Estado Brasileiro em busca de seu objetivo constitucional do desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. III da CF/88), em especial, a abordagem de sua intervenção na Economia, por meio das empresas de sua propriedade.

Tais empresas são os próprios espelhos da forma de intervenção estatal direta na economia, quando o Poder Público decide se revestir da qualidade de sujeito econômico empresarial de determinado setor, desde que tal posição seja necessária em função dos requisitos constitucionais do imperativo da segurança nacional ou do relevante interesse coletivo (art. 173, caput). As empresas estatais, aceitas em seu papel por uns e rejeitadas por outros, tem participado do cenário administrativo-econômico do país desde os tempos do Brasil-colônia, tendo algumas existindo até o presente, como Casa da Moeda do Brasil, entidade que hoje é constituída como empresa pública, fundada em 1694. Independente da função que elas exercem, seja na implementação de um serviço público para a coletividade ou na exploração de determinada atividade econômica, as empresas estatais têm sido importante instrumento de personificação do Estado nas relações com sua população - em especial, no que se refere a implementação de várias políticas públicas voltadas às mais diversas camadas sociais -, e com os agentes econômicos do capital privado, no que tange ao exercício da atividade empresarial nos seus diferentes setores de atuação.

Metodologicamente, o presente arrazoado constitui-se como pesquisa qualitativa desenvolvida basicamente através na análise bibliográfica de textos doutrinários sobre a temática central, bem como das normatizações jurídicas inerentes às empresas estatais no país em determinados períodos históricos até chegar a atual regulamentação geral para elas, a Lei Federal n. 13.303/16 (Estatuto jurídico das empresas estatais). Apresenta-se com a seguinte estruturação: são nove itens, cujo primeiro é esta introdução. No segundo será apresentado um breve resumo dos termos e conceitos relacionados à intervenção estatal na economia, em especial aqueles prescritos da doutrina de Eros Roberto Grau; para fomentar, após, a discussão sobre o papel das empresas estatais nessa área. No item seguinte será relacionada algumas linhas sobre tais empresas e o seu posicionamento jurídico no ordenamento federal brasileiro.

Em seguida, a partir da identificação dos seis períodos temporais relativamente homogêneos que serão distribuídos no decorrer desse texto, os itens versarão sobre os principais pontos que relacionam as empresas estatais dentro na intervenção direta do Estado brasileiro na economia, realizando um exame dos conceitos ideológicos e finalidades práticas que motivaram o incremento ou redução da participação das estatais no fomento ao desenvolvimento do país, buscando um cotejo com as Constituições vigentes e com o ordenamento infraconstitucional. Abordar-se-ão, simultaneamente e de forma crítica, os resultados concretos observados e a importância do papel desempenhado pelas estatais.

O artigo será concluído com uma síntese geral de todos os fatos observados e das conclusões extraídas a partir destes, tentando apontar os pontos favoráveis e desfavoráveis mais expressivos à atuação das empresas estatais como mecanismo de promoção do desenvolvimento. Deve-se ressaltar que o objetivo central do presente texto é trazer uma visão exordial sobre a matéria apresentada, sendo um contributo para ampliação do debate acadêmico sobre o papel daquelas empresas no desenvolvimento econômico nacional.

## 2 CONCEPÇÕES ACERCA DA ATIVIDADE ECONÔMICA, ATUAÇÃO E INTERVENÇÃO ESTATAL

Antes de se adentrar no objeto específico da presente abordagem, faz-se necessária uma breve delimitação acerca de conceitos envolvidos na atuação do Estado por meio das suas empresas e do tratamento dado ao tema no ordenamento constitucional pátrio vigente.

Assim, valendo-se da lição de Grau (2018, pp. 98-100), é possível estabelecer, inicialmente, a relação entre serviço público e atividade econômica. Aquele seria espécie de atividade econômica - entendido este último termo, em sentido amplo, como um gênero, significando meio pelo qual consiga satisfazer uma necessidade humana individual ou coletiva - cuja realização preferencialmente incumbiria ao Estado. De outra parte, a expressão "atividade econômica" também pode ser compreendida em um sentido estrito, quando estaria, tanto quanto o serviço público, debaixo da atividade econômica em sentido amplo. Sob esta ótica, a atividade econômica (*stricto sensu*) seria aquela de competência preferencial do setor privado.

O exame do texto da Constituição Federal de 1988 permite a identificação da classificação concebida por Eros Grau para o termo "atividade econômica", quando se observa que o Capítulo I do Título VII (Dos princípios gerais da ordem econômica), trata da atividade econômica em seu sentido amplo, aí incluídos o serviço público e a atividade econômica *stricto sensu*. Já nos art. 170, parágrafo único, e o art. 173, *caput* e §1º, por exemplo, tem-se a atividade econômica abordada em seu sentido estrito.

Entendida a referida distinção, é possível se extrair que a Constituição de 1988 reserva ao Estado, de modo geral, o papel de prestador de serviço público, diretamente ou por meio de concessões e permissões (art. 175) e explicita atividades econômicas, em sentido estrito, que serão por ele exercidas em caráter de monopólio (art. 177) ou o faz genericamente na possibilidade de concorrer com a iniciativa privada, mas desde que observado o princípio da subsidiariedade econômica. Isso significa que a atividade econômica, em sentido estrito, é destinada à iniciativa privada, nele podendo operar o Estado, de forma excepcional, exclusivamente, por razões de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173, *caput*)<sup>3</sup>. Em relação a tal concepção de atividade econômica (*stricto sensu*), o papel

<sup>3</sup> É importante ressaltar que a forma direta de intervenção estatal em nosso país deve ser subsidiária e excepcional, mesmo nos casos da proclamação de monopólio do Estado em determinado setor, tanto o é que tais hipóteses necessariamente são prescritos no Texto da Carta Magna, pois o fundamento econômico a ser proclamado em qualquer sistema capitalista, mesmo não sendo tão liberal

preponderante do Estado será o de atuar como seu agente normatizador, regulador e fiscalizador (art. 174). Por fim, a Constituição possibilita que determinados serviços públicos possam ser desempenhados também pela iniciativa privada, a exemplo da saúde (art. 199), da educação (art. 209), previdência (art. 202) permitindo-se a atuação empresarial nesses setores. A esses, denomina Grau (2018, p. 118) “serviços públicos não privativos”.

Estabelecidos os referidos conceitos, cabe finalizar apontando, apenas, a distinção entre aquilo que se compreende como atuação e intervenção estatal. A atuação seria o desempenho pelo Estado de atividade econômica em sentido amplo, aí incluídas, portanto, a prestação de serviço público e a atuação na atividade econômica *stricto sensu* que lhe foi reservada por monopólio ou naquela em que se realizará em competição com a iniciativa privada, nos casos permitidos pela Constituição. Já a intervenção estatal se destinaria a designar esta última forma de atuação do Estado, ou seja, quando exercerá atividade que não lhe caberia ordinariamente, atividade econômica em sentido estrito; ou, ainda, quando agindo sobre a atividade econômica no seu papel de agente regulador e normatizador (GRAU, 2018 p. 140).

Neste sentido, tomando por base a classificação prescrita por Eros Grau (2018, p. 141-142)<sup>4</sup>, a intervenção estatal se dará por meio de quatro modalidades: por absorção (quando desempenha atividade econômica *stricto sensu* sob a condição de monopólio), por participação (quando exerce atividade econômica *stricto sensu* em competição com a iniciativa privada), por direção (quando estabelece normas disciplinando o exercício da atividade econômica) e por indução (quando promove o estabelecimento de estímulos ou desincentivos ao desempenho da atividade econômica). Se for espelhar a classificação disposta no texto da Lei Maior de 1988 com estas doutrinariamente trazidas acima, a intervenção por absorção e participação se configuram dentro da forma direta (art. 173), já a direção e a indução seriam exemplos da intervenção indireta do Estado (art. 174).

Prestados os esclarecimentos conceituais acima, pode-se compreender que, ao tratarmos da atuação do Estado por meio das empresas estatais, estar-se-á referindo diretamente, conforme a classificação prescrita por Eros Grau (2018, pp.141-144), à intervenção do estado na atividade econômica *stricto sensu* por meio das modalidades por absorção e por participação, sendo possível, ademais, abarcar também intervenção estatal por indução, quando tais entes promovem atividades que incentivam o desempenho de outras atividades econômicas pela iniciativa privada.

### 3 EMPRESAS ESTATAIS

Para a doutrina tradicional do direito administrativo nacional, as empresas estatais são “todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário” (DI PIETRO, 2019, p. 549). Assim, a partir dos conceitos trazidos desde o Decreto-Lei nº 200/67, as empresas estatais abrangeriam as empresas públicas, assim entendidas aquelas sociedades organizadas sob qualquer forma admitida no direito, cujo capital social seja exclusivamente estatal; e as sociedades de economia mista, compreendidas como as sociedades anônimas cuja maioria do capital social seja detido pelo Estado.

Não obstante, ao longo da história, verificou-se a criação de diversas empresas estatais que não se enquadram perfeitamente aos tipos acima tratados. Assim, apenas para se restringir a algumas das espécies elencadas por Aragão (2018, pp. 106-130), tem-

como o nosso, é o da livre iniciativa (art. 2, inc. IV e 170, caput, da CF/88). Ao Estado, resta o papel inicial de figurante. Só assumindo o protagonismo quando houver uma necessidade coletiva de sua atuação ou quando a iniciativa privada não se interessar por atuar em determinado setor. Ainda assim, sem buscar ampliar demais seu estrelato. (CORDEIRO, 2009, p. 67)

<sup>4</sup> Ressalte-se que autor distingue apenas três modalidades de intervenção do Estado na economia, tratando conjuntamente as formas de absorção e participação.



se: empresas constituídas pelo Estado sem observação das regras impostas às empresas públicas e sociedades de economia mista (a exemplo da prévia autorização legislativa); empresas constituídas com outras nações; e empresas em que o Estado detenha participação minoritária. O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/16) não enquadra estas últimas sociedades no âmbito das empresas públicas ou sociedades de economia mista (DI PIETRO, 2019, p. 557), nem lhes reserva denominação específica. Aragão (2018, p. 360), contudo, chega a propor uma nova espécie de empresas estatais, as “empresas público-privadas”, assim entendidas aquelas sociedades com participação minoritária do Estado. Para outros, a situação não é digna de tal distinção, de modo que tais sociedades seriam tão-somente empresas privadas (DI PIETRO, 2019, p. 557).

De todo, dada que a preocupação fundamental do presente texto é observar a intervenção do Estado na Economia por meio de suas empresas e a relação destas com o desenvolvimento ao longo da história nacional; exclusivamente para seus fins, entender-se-á a expressão “empresas estatais”, como sendo todas as entidades empresariais em que o Estado detenha qualquer forma de participação, sem a preocupação com a classificação específica estabelecida no direito administrativo.

#### **4 PRIMÓRDIOS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO BRASIL: SÉCULO XIX ATÉ DÉCADA DE 1930**

A história da intervenção estatal no Brasil através das empresas estatais tem-se seu relevo ainda no tempo do Brasil-colônia, com a chegada da família real portuguesa, em 1808. A presença da Corte no país demandou, por óbvio, diversas medidas de (re)estruturação da organização administrativa e econômica até então organizadas. Neste contexto, era necessária a existência de instituição destinada a centralizar e agilizar a circulação de moeda, auxiliar o financiamento do crescente aumento do custo do aparato estatal, além de ser fundamental o fomento da atividade manufatureira recém liberada e do comércio de produtos cujo monopólio era detido pela Coroa, razão pela qual, em 12 de outubro do mesmo ano, dentro de tal contexto, criou-se o Banco do Brasil (CARDOSO, 2010, p. 169-170).

Embora pelo projeto original, suas ações seriam adquiridas por capitalista privados, ante a tímida procura, a Real Fazenda, em 1812, passou a ser seu acionista e os recursos dos impostos passaram a ser responsáveis pelo aporte de fundos no capital do Banco (LOBO, 2012). Sua sobrevivência, contudo, estava intimamente relacionada à presença do príncipe-regente no Brasil, cujo patrimônio servia de lastro à instituição, de modo que, alguns anos após ao seu retorno a Portugal, ocorreu a sua liquidação e fechamento. O Banco do Brasil – na verdade, uma nova instituição com o mesmo nome – somente retornaria ao controle estatal em 1905.

Já no Brasil-Império, outra empresa estatal, também de atuação no mercado financeiro, foi instituída, a Caixa Econômica Federal, em 1861, cujo propósito era o fomento da poupança e a concessão de empréstimos. Nessa fase histórica, constatava-se a vigência de constituições eminentemente liberais (1824 e 1891), que não utilizavam tantas prescrições de natureza econômica intervencionista, e a intervenção estatal realizada normativamente apenas em nível infraconstitucional. A presença estatal na economia da época era realizada de modo bem peculiar, em setores estratégicos ao desenvolvimento nacional, em especial, o de transportes. Assim, a forma de intervenção preferencial do Estado se deu através da concessão de subsídios a empresas privadas, de modo a estimular as atividades essenciais na incipiente economia (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015, n.p). Exemplo de tal forma de intervenção se deu no setor

de navegação. Com projeto aprovado em 1888, readequado em 1890, após a proclamação da República, criou-se o Lloyd Brasileiro, sendo a junção das pequenas empresas existentes à época em uma Companhia subsidiada pelo Estado. Já em 1893, porém, devido às dificuldades financeiras, o Lloyd foi nacionalizado. Após breve retorno à iniciativa privada (1901-1913), voltou ao controle exclusivo do Estado em 1913. Entre 1920 e 1937, aquela entidade teve nova passagem à iniciativa privada, para, neste último ano, retornar ao controle estatal, no qual permaneceu até a sua extinção em 1997 (GOULARTI FILHO, 2009).

Experiência semelhante se verificou no setor ferroviário, no qual o Governo forneceu vários incentivos à atuação da iniciativa privada, ao longo do Brasil-Império. Por meio de tal forma de atuação, além do estímulo a entrada de capital estrangeiro no país, houve o desenvolvimento da infraestrutura essencial ao mercado exportador. Após a proclamação da República, houve uma crescente transferência do setor ao comando direto do Estado. Bauer, Kerstenetzky e Villela (1973 p. 885) apontam que, a partir da constatação do excessivo peso da política de subsídio, o Estado optou, mediante a obtenção de empréstimos no exterior, por nacionalizar algumas ferrovias, a partir de 1906, chegando até o controle da maior parte da malha ferroviária, ao final do período.

Finalmente, também essa fase foi marcada pelo surgimento, nas décadas de 1920-1930, de alguns bancos estatais nos Estados da Federação, visando ao apoio ao setor agrícola de tais entes (BAUER, KERSTENETZKY e VILLELA, 1973, p. 886).

Ao se examinar tal período, a constatação é que a participação estatal na economia se dava de modo contido e pontual, destinada à garantia do estabelecimento e desenvolvimento da infraestrutura básica, bem como ao fomento da economia nacional, setores cuja sustentabilidade econômica era inviável sem o apoio estatal (BAUER, KERSTENETZKY e VILLELA, 1973 p. 884). Em essência, salvo as referidas exceções, manteve-se um regime de *laissez-faire* baseada nas ideias liberais de pouca intervenção. Porém, essa sistemática tem profunda modificação a partir da década de 30 do século passado, quando o Estado brasileiro começa a adotar um papel mais interventivo na economia, sendo as empresas estatais um importante personagem desse processo, como se verá no item a seguir.

## 5 ESTADO EMPREENDEDOR: DÉCADAS DE 1930 A 1950

A crise econômica mundial de 1929 e a teoria de John Maynard Keynes, defendendo a atuação do Estado na Economia, no sentido de ampliar o emprego e a renda, são fortes ingredientes desta fase histórica de transformação do antigo posicionamento estatal. Aliado a isto, em boa parte do período, o Brasil esteve sob o governo de característica nacionalista de Getúlio Vargas, o denominado Estado Novo, que se valeu do Estado para robusto investimento na industrialização, amparando a política de substituição de importações.

O panorama normativo constitucional não deixou de refletir tal pensamento econômico. Já na Constituição de 1934, constata-se a grande abertura para a intervenção estatal na economia, inclusive, através de monopólios. Instalado o Estado Novo, a Constituição de 1937 ampliou consideravelmente a intervenção estatal, principalmente a direta, na tentativa de fomentar o desenvolvimento econômico pelas próprias mãos do Governo.

Constata-se, portanto, de um lado, a utilização das instituições financeiras estatais, a exemplo do Banco do Brasil, como instrumento da expansão do crédito ao setor agrícola e industrial; e, de outro, um forte investimento do Estado em empresas industriais (indústria de base), como forma de mitigar o risco da dependência de importação de matéria-prima e produtos industrializados (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015 n.p). Surgiram, neste período, as

grandes indústrias nacionais, como: a Companhia Siderúrgica Nacional, de 1941; a Companhia Vale do Rio Doce, de 1942; a Fábrica Nacional de Automóveis, de 1943; e a Companhia Hidroelétrica do São Francisco, de 1945 (KLIASS, 2018, p. 27).

Apesar da nítida investida do Estado como agente direto na economia, ao final de tal período, não se observava, ainda, um grande número de empresas estatais (PINHEIRO; OLIVEIRA FILHO, 1991, p. 7). A atuação estatal foi restrita a determinados setores considerados imprescindíveis ao desenvolvimento nacional, e, em relação ao quais, não havia recursos privados disponíveis e interessados para o investimento necessário e/ou havia o interesse estratégico em mitigar a dependência internacional.

## 6 ESTADO DESENVOLVIMENTISTA: DÉCADAS DE 1950 A 1980

Após a Segunda Guerra Mundial, as ideias emanadas da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) foram um grande norteador da atuação estatal na economia brasileira. Com lastro na defesa do Estado como grande indutor e norteador do desenvolvimento, teve-se, então, na Segunda Era Vargas e no governo de Juscelino Kubitschek, uma nova fase de criação de empresas estatais.

A ênfase se deu na criação de empresas estatais na área de infraestrutura (transporte, energia e telecomunicações), bem como na produção de matérias-primas básicas, como o aço e o petróleo. O grande símbolo deste momento histórico foi, sem dúvidas, a criação da Petrobrás, em 1953. Contudo, daí também se originaram a Usina Siderúrgica de Minas Gerais, em 1956; as Centrais Elétricas de Furnas, em 1957; a Rede Ferroviária Federal S.A., de 1957, e a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil, em 1956.

Ao lado da criação direta de empresas estatais, o papel do Estado como agente do desenvolvimento foi reforçado com a abertura do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), em 1952, tendo como propósito ser, exatamente, o orientador e formulador de tal política. Era da incumbência deste banco o fornecimento de crédito a longo prazo para investimentos em energia e transportes. Os empréstimos eram formulados com o ingresso da instituição financeira na condição de acionista minoritário das empresas beneficiadas, vindo, porém, em muitos casos a se converter, posteriormente, em acionista majoritário (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015 n.p).

Após a ruptura da ordem institucional, com o golpe militar de 1964, o processo de expansão do número de empresas estatais atingiu o seu auge (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015), com o uso desenfreado da possibilidade de intervenção do Estado, por meio do autoritarismo e da centralização. Datam desse período grandes obras de infraestrutura, a exemplo das Usinas de Itaipu e Angra dos Reis, além dos sistemas de metrô de grandes cidades. Surgiram, aí, também, grandes *holdings* do setor de infraestrutura, como a Telebrás, Infraero, Portobrás e Imbel. A enorme expansão na quantidade de empresas estatais em tal fase histórica decorreu, igualmente, da criação de inúmeras subsidiárias de empresas já existentes, porém para atuarem em setores completamente alheios à atuação inicial que motivou o surgimento destas últimas.

Segundo estatística apresentada por Costa e Miano (2013, p. 153), apenas na década de 1960 e metade da década de 1970, teve-se a criação de mais de 270 empresas estatais, contra 35 surgidas até 1950, o que permite a percepção do nível de expansão da intervenção estatal.

Cabe destacar uma importante norma surgida neste período, que se relaciona com a atuação econômica do Estado. Trata-se do Decreto-Lei nº 200, de 1967, que conferiu às empresas estatais o mesmo tratamento dispensado às empresas privadas. É em tal norma, também,

que apareceram os conceitos legais de Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, como já relatado. As primeiras, de capital exclusivamente público, para o desenvolvimento de atividade econômica por conveniência administrativa ou contingência; as últimas, com maioria do capital do ente público instituidor.

O resultado do novo arcabouço é visto como determinante na recuperação da capacidade de investimento das empresas estatais, propiciando a expansão da sua atuação, por meio da criação de subsidiárias em diversos setores. Ou seja, ao transpor para suas empresas modelos de gestão e tratamento legal próprios da iniciativa privada, o Estado acabou acentuando a sua participação e competição em setores mais lucrativos da economia (PINHEIRO; OLIVEIRA FILHO, 1991, p. 10).

O final desta fase foi marcado pelas consequências do 2º Choque do Petróleo, que impôs à União o uso das estatais como fonte de moeda estrangeira para o pagamento das importações. Com a alta de juros nos Estados Unidos, em 1981, e a declaração da moratória pelo México, em 1982, teve-se o fechamento das linhas de crédito até mesmo para as empresas estatais (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015, n.p). Como resultado, dentro das medidas impostas pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), como exigências para a prestação de auxílio financeiro ao país, constaram o estabelecimento de rígidos limites às empresas estatais. A grave crise econômica, com hiperinflação, controle de preços e recessão comprometeram a lucratividade das empresas estatais, motivaram a descrença no Keynesianismo e acentuaram a pressão pela redução da atuação estatal.

Em linha com este processo, teve-se a instituição do Programa Nacional de Desburocratização, em 1979, pelo Decreto nº 83.740, de julho daquele ano. Cabe destacar de tal norma alguns dispositivos que refletiam o propósito de disciplinar e reduzir a atuação do Estado, por meio de suas empresas:

Art . 3º - O programa terá por objetivo:

(...)

- e) intensificar a execução dos trabalhos da Reforma Administrativa de que trata o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, especialmente os referidos no Título XIII;
- f) fortalecer o sistema de livre empresa, favorecendo a empresa pequena e média, que constituem a matriz do sistema, e consolidando a grande empresa privada nacional, para que ela se capacite, quando for o caso, a receber encargos e atribuições que se encontram hoje sob a responsabilidade de empresas do Estado;
- g) impedir o crescimento desnecessário da máquina administrativa federal, mediante o estímulo à execução indireta, utilizando-se, sempre que praticável, o contrato com empresas privadas capacitadas e o convênio com órgãos estaduais e municipais;
- h) velar pelo cumprimento da política de contenção da criação indiscriminada de empresas públicas, promovendo o equacionamento dos casos em que for possível e recomendável a transferência do controle para o setor privado, respeitada a orientação do Governo na matéria.

Observe-se que, neste primeiro instante, ainda eram tímidas as intenções de se reduzir o número de empresas estatais. O foco principal se mantinha no aumento do controle e na contenção da expansão desenfreada, posto que era imenso o descontrole a que estavam submetidas as empresas estatais até este momento. Não se sabia, com precisão, o número de empresas, onde atuavam e quais os seus resultados. Daí a razão da criação da Secretaria de Controle de Empresas Estatais (Sest), em 1979 (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015, n.p).

A passagem seguinte traz um dado que impressiona e mostra o nível de descontrole vigente, com base apenas em dados das estatais da União:

Em seu primeiro censo, a Sest identificou 505 instituições sob controle público federal, sendo cerca de metade delas (268) empresas estatais. Como evidência do processo caótico de formação das estatais na década de 70, é interessante observar que apenas 40 dessas empresas estatais havia sido criadas por lei. Das outras 228, exatamente um terço eram empresas que havia pertencido ao setor privado e tinham sido assumidas pelo setor público quando em processo de falência (PINHEIRO; OLIVEIRA FILHO, 1991, p. 21).

Com o Decreto nº 86.215, de 1981, que estabeleceu “normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob o controle do Governo Federal”, aí sim, iniciaram-se as medidas de redução do aparato estatal de intervenção na economia. Contudo, continuava presente, explicitamente, na referida norma, a preocupação de resguardar a posição do Estado como viabilizador e controlador do desenvolvimento econômico nacional. O texto do Decreto revela que a ideologia desenvolvimentista ainda era predominante, posto que, ao resguardar determinados setores, o Estado ainda era visto não como um competidor com a iniciativa privada, mas como o impulsionador do seu desenvolvimento (ALMEIDA, 2014, p. 373). A par disso, havia a preocupação nacionalista, ao restringir a possibilidade de aquisição aos cidadãos brasileiros com residência no país ou empresas ou grupos empresariais sob controle nacional.

Por fim, já na era democrática, o Decreto nº 91.991, de 1985, instituiu um programa de privatização marcado pelas mesmas restrições gizadas acima. Porém, inovava ao vedar a criação de novas empresas estatais pela União, bem como a aquisição de empresas privadas por empresas não financeiras controladas por aquele ente estatal, além de estabelecer uma série de restrições a novas participações societárias do Estado no setor privado.

O resultado prático de tal política nos governos de João Figueiredo e José Sarney foi bastante tímido, em termos de redução do número de empresas. Houve apenas trinta e oito privatizações de estatais federais no período, sendo o maior efeito a contenção da acelerada expansão de sua quantidade (COSTA; MIANO, 2013, pp. 155-158). Por outro lado, no mesmo período, várias empresas, assoladas pelas dificuldades financeiras, passaram ao controle estatal, por meio do BNDES, sendo que parte destas foram exatamente aquelas incluídas no processo de privatização.

## **7 PRIMEIRA FASE DE DESESTATIZAÇÃO: 1990 A 2002**

Como já comentado, a Constituição Federal de 1988 trouxe, como regra, a reserva das atividades econômicas à iniciativa privada, com o Estado atuando como agente normativo e regulador. A atuação direta estatal ficou restrita à motivação por segurança nacional, bem como em decorrência de relevante interesse coletivo. Kliass (2018, p. 29-30) aponta três argumentos utilizados, a partir de então, para a defesa da redução da atuação estatal na economia. Em primeiro lugar, obviamente, no plano ideológico, tem-se a influência das ideias liberais, alinhadas com o denominado “Consenso de Washington”, com a proposta de liberalização, desregulamentação e transferência das empresas estatais para a iniciativa privada. Até mesmo a transição do regime autoritário para a democracia é utilizada para defender que um novo modelo deveria ser imposto, desfazendo o forte crescimento da presença do Estado na economia verificado no período ditatorial.

Além disso, um segundo argumento seria a suposta menor eficiência da atuação do Estado naquele setor em relação à iniciativa privada, cuja consequência seria a alteração do normal comportamento dos agentes econômicos e a distorção de elementos basilares

da macroeconomia (tais como preços, renda e oferta). Mais uma vez, a solução viria pela transferência ao setor privado das empresas estatais, o que resultaria em livre funcionamento do mercado, com ganhos de qualidade e competitividade. Para os setores que funcionam em regimes de monopólio ou oligopólio, a solução viria por meio da atuação das agências reguladoras.

Por fim, o argumento final, que seria o mais pragmático: a crise fiscal. Sem recursos para o adequado investimento nas suas empresas, o Estado poderia, com as privatizações, reduzir o seu número e a sua necessidade de recursos para sua manutenção, ao tempo que reforçaria o seu caixa com os ingressos oriundos da alienação desses ativos, ou mesmo, saldar parte ou integralmente algumas de suas dívidas, para deixá-lo mais saneado financeiramente.

Em linha com tal pensamento, teve-se o lançamento, por meio da Lei nº 8.031, de 1990, do Programa Nacional de Desestatização (PND), cujos objetivos fundamentais eram apresentados no art. 1º daquela norma. *In verbis*:

Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

A análise *a posteriori* dos resultados do referido programa, porém, revela a sua concentração em empresas relativamente lucrativas e com atuação em setores estratégicos, a exemplo da Usiminas, da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e da Embraer. A par disso, ao acatar o pagamento do preço por meio das denominadas “moedas de privatização” (títulos públicos e debêntures), o resultado financeiro obtido terminou por se mostrar pífio: apenas 19% dos valores pagos foram realizados em espécie (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015, n.p). A quantidade de empresas alienadas em decorrência do PND também não se revelou expressivo: 33 empresas. Porém, várias delas eram de relevante peso econômico nos seus respectivos setores.

Costa e Miano (2013, p. 160) apontam mais uma crítica às privatizações ocorridas nos Governos de José Sarney, Fernando Collor e Itamar Franco. É que, ao se concentrarem na busca por melhores resultados fiscais, terminou-se sem se avançar, efetivamente, no debate acerca do papel desejado para o Estado na Economia, como se tinha por objetivo quando do estabelecimento do PND.

Com o Governo de Fernando Henrique Cardoso, o enfoque neoliberal foi reforçado com os progressos no estabelecimento do Estado como agente regulador e diminuição de sua intervenção direta na economia. Nesta linha, promoveu-se a terceira onda de privatizações, cujo foco foram as empresas de telecomunicações, eletricidade e parte das financeiras. Aliado a isso, efetivou-se a concessão de portos, e parte da infraestrutura de transporte e saneamento (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015, n.p).

Dentro deste processo, houve decisiva participação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (nova denominação do BNDE), atuando como agente operacional e financiador de alguns compradores, bem como através da aquisição de participações minoritárias nas empresas alienadas. A crítica, porém, é que tal atuação se deu em favorecimento a grandes grupos empresariais, que poderiam ter participado do processo, mesmo sem qualquer tipo de auxílio por parte do Banco (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015, n.p). Para alguns estudiosos:

(...) o resultado das reformas liberalizantes da década de 1990 foram desiguais. A expansão dos investimentos privados em infraestrutura ficou muito restrita aos segmentos mais atraentes e, na maioria dos demais segmentos, o avanço privado não se refletiu no aumento dos investimentos em magnitude suficiente para compensar a queda nos gastos públicos. Explicitando-se uma incapacidade de se alocar recursos na manutenção e expansão da infraestrutura do país, recolocando gargalos ao crescimento, prejudicando a competitividade sistêmica e contribuindo para o fraco crescimento econômico do período. Mais do que mera transferência de responsabilidades à iniciativa privada, houve reconcentração setorial e reconfiguração das articulações entre investimento público e privado, cabendo ao Estado, em conformidade com esse diagnóstico, assumir uma posição mais pragmática para promover a retomada dos investimentos, via intervenção direta ou indireta, por meio de arranjos remodelados com o setor privado, nos quais as empresas, bancos e fundos públicos desempenhariam papel proeminente. (ORAIR; SIQUEIRA, 2018, p. 8)

Sob essa ótica, as empresas estatais foram diminuindo o seu papel na economia estatal, graças à instalação dos preceitos neoliberais já aqui traduzidos. Porém, na primeira década desse século, há um redimensionamento das concepções político-econômicas no país, com a ascensão ao poder de um governo de centro-esquerda, que faz reavaliar o posicionamento descendente que as empresas estatais tinham na economia. Tal período será relatado no próximo item.

## 8 O NOVO DESENVOLVIMENTISMO: 2006 A 2016

A ascensão do Partido dos Trabalhadores ao Governo, em 2003, manteve, em um primeiro momento, um alinhamento com o programa macroeconômico herdado do período anterior (CURADO, 2013, p. 73; PINHO, 2017, p. 339), o que não resultou em significativas alterações em relação ao papel desempenhado pelas empresas estatais na Economia.

Em 2006, contudo, com a substituição do Ministro da Fazenda (saída de Antônio Palocci e entrada de Guido Mantega), observou-se uma inflexão que trouxe de volta ideias inspiradas na doutrina keynesiana, com a acentuação do papel do Estado como promotor do desenvolvimento da economia (NOVY, 2009, p. 123). O fracasso das políticas ortodoxas em promover o crescimento da economia conduziu ao abandono das concepções neoliberais em favor do renascimento da visão desenvolvimentista (PINHO, 2017, p. 340).

Como dito, esta nova fase foi profundamente caracterizada pelo resgate do protagonismo das empresas estatais como agentes do desenvolvimento, bem como pelo papel desempenhado pelos bancos públicos no incremento da oferta de crédito ao mercado (MORAIS; SAAD-FILHO, 2011, p. 517-518). Um exemplo nítido dessa nova política foi o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), por meio do qual, com base em investimentos diretos do Estado, ou a partir de financiamentos do BNDES, foram promovidos substanciais investimentos em infraestrutura (PINHO, 2017, p. 340-341).

De destacar, ainda, dentre as estatais, o papel da Petrobrás, posta como única operadora na exploração e detentora de participação mínima de 30% em todos os blocos de operação na área do pré-sal (LOPREATO, 2015, p. 240).

Esta fase foi caracterizada, ademais, pela formação, com apoio estatal, dos chamados “campeões nacionais”, empresas que recebiam benefícios, notadamente recursos oriundos do BNDES, para promoverem a concentração em setores específicos, de modo a se tornarem competitivas local e internacionalmente com as grandes multinacionais estrangeiras.

Por fim, o período em questão registrou uma grande quantidade de concessões de serviços públicos e formação de parcerias público-privadas (PPP), ao lado da criação de novas empresas estatais, em um abandono do tradicional esquema de privatização utilizado ao longo da fase neoliberal.

A análise de tal fase, em especial dos governos de Luís Inácio Lula da Silva, mostra que a política desenvolvimentista implementada se distinguiu daquela realizada nos períodos históricos anteriores, pela inserção do elemento social, de modo que, em lugar de mero crescimento econômico, foi observado verdadeiro período de desenvolvimento econômico e social. Um “crescimento redistributivo” (PINHO, 2017, p. 342).

O Governo de Dilma Rousseff revelou uma acentuação dessa política desenvolvimentista, inclusive com a criação de novas estatais de atuação na área de infraestrutura: Empresa de Planejamento Estratégico e a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (PINHO, 2017, p. 348).

Esse processo fez desencadear uma fuga dos investidores privados no país, em função dessa maior participação direta do Estado na atividade econômica. Aliado a isso, a elevação da crise político-institucional no país, deflagrada pelas denúncias de corrupção envolvendo, dentre outras coisas, a maior empresa estatal do Brasil, a Petrobrás S/A, que reveladas pela “Operação Lava-jato”, criou um cenário de instabilidade que culminou no processo de *impeachment* daquele Governo, com a retomada das premissas liberalizantes na economia.

## 9 A NOVA FASE NEOLIBERAL: 2016 ATÉ O PRESENTE

O viés liberal dos novos protagonistas da Economia após a queda do Governo Dilma Rousseff, levou-se a uma retomada da defesa da desestatização e a retomada da ideia de privatização das empresas estatais. Em 2016, surge o Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303), no qual se estabeleceu a exigência de estrita obediência aos limites impostos pelo art. 173 da Constituição Federal, para criação de empresas estatais. Além disso, há a previsão de regras claras de transparência e governança em tais entes, como uma reação aos desvios comprovados do período anterior.

No mesmo ano, teve-se a idealização do Programa de Parcerias de Investimento (PPI), instituído pela Lei nº 13.334, de 2016, um amplo programa de redução do tamanho do Estado, com o objetivo, ainda, de utilização dos recursos obtidos para a redução da dívida pública.

O clima de instabilidade política e a brevidade do Governo de Michel Temer impediram a obtenção de resultados muito expressivo com o referido Programa. Não obstante, foi a mais significativa redução no número de estatais nos últimos anos, com a redução de 145 para 134 estatais. O Governo terminou, ainda, com uma série de projetos de privatização e concessões qualificados para a implementação.

A equipe econômica do atual Governo de Jair Bolsonaro mantém o alinhamento nessa área com o governo anterior. Assim, levou-se à declaração de pleno aproveitamento



dos projetos preparados, no âmbito do PPI. Contudo, apesar de a mensagem dirigida ao Congresso Nacional falar em um “amplo programa de privatizações e concessões em todas as áreas relacionadas à infraestrutura” (BRASIL, 2019, p. 18), decorridos mais de quatrocentos dias de governo, observou-se, apenas a realização de leilões de concessões (portos e aeroportos), sem o registro de qualquer empresa estatal privatizada. Deste modo, à data de elaboração do presente artigo, apenas em nível federal, ainda se registra a existência das mesmas 197 empresas estatais, sendo 46 sob controle direto e 151 subsidiárias (BRASIL, 2020).

## 10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise histórica da participação das empresas estatais na economia demonstra uma abundância de excessos, descontroles e abusos do papel reservado ao Estado perante a atividade econômica. Ao longo da história, houve desvios enormes do seu campo de atuação que lhe foi destinado pelas Constituições, passando a atuar em direta concorrência com a iniciativa privada e em áreas nitidamente afastadas do seu escopo. Ao lado disso, a sua estrutura empresarial se agigantou e fugiu aos controles, terminando, por se constituir, em algumas vezes, em mecanismo de arrecadação ilícita de recursos para o atendimento de interesses privados e político-partidários.

Não obstante, essa mesma análise revela a importância da atuação estatal como agente preponderante em momentos históricos e/ou em setores econômicos específicos. As empresas estatais cumpriram nestes contextos um papel fundamental no sentido de propiciar a realização de atividades fundamentais ao desenvolvimento nacional, principalmente quando não havia recursos privados disponíveis em montante suficiente ou, a ausência de interesse e lucratividade da iniciativa privada em determinado setor. Assim, nestas áreas, as necessidades públicas, encontraram e encontram no Estado o único agente capaz de realizar os investimentos indispensáveis.

Foi possível, ainda, observa-se, a baixa aderência entre a ordem constitucional vigente e o grau de intervenção do Estado, por meio das suas empresas, pois sob uma mesma Constituição, observam-se ciclos de maior ou menor intervencionismo na economia. No caso, o fator preponderante verificado foi, mesmo, a orientação ideológica dos governos em relação à posição e ao tamanho do Estado empresário.

Por fim, como resultado desta avaliação, constata-se a importância da mitigação da influência política na criação e atuação das estatais, da implantação de rígidos mecanismos de controle no funcionamento destas e da seleção da mais adequada da sua utilização, em prol de uma melhor atuação dessas entidades no setor econômico e da conjuntura macroeconômica do país.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Monica Piccolo. A reestruturação do setor público estatal brasileiro rumo às privatizações dos anos 1990. In. **Anos 90 - Revista do Programa de Pós-Graduação em História**. Porto Alegre, v. 21, n. 39, p. 363-397, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/anos90/article/view/31087/30807>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BAER, Werner; KERSTENETZKY, Isaac; VILLELA, Annibal V. As modificações no papel do estado na economia brasileira. In: **Pesquisa e planejamento econômico**. Rio de Janeiro: IPEA, v. 3, n. 4, p. 883-912, dez. 1973. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6554/1/PPE\\_v3\\_n3\\_As%20modifica%C3%A7%C3%B5es.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6554/1/PPE_v3_n3_As%20modifica%C3%A7%C3%B5es.pdf). Acesso em: 5 jul. 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF, 01 jul. 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. **Panorama das Estatais**. Disponível em: <http://www.panoramadasestatais.planejamento.gov.br>. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979. Institui o Programa Nacional de Desburocratização e dá outras providências. Brasília, DF, 18 jul. 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D83740.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D83740.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 86.215, de 15 de julho de 1981. Fixa normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob o controle do Governo Federal, nos casos que especifica. Brasília, DF, 16 jul. 1981. Disponível em: [https://www.normasbrasil.com.br/norma/decreto-86215-1981\\_40844.html](https://www.normasbrasil.com.br/norma/decreto-86215-1981_40844.html). Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 91.991, de 28 de novembro de 1985. Dispõe sobre o processo de privatização de empresas sob controle direto ou indireto do Governo Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 29 nov. 1985. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91991-28-novembro-1985-442714-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/delo200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/delo200.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem ao Congresso Nacional. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/mensagemdopresidente/MensagemaoCongresso2019.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

CARDOSO, José Luís. Novos elementos para a história do Banco do Brasil (1808-1829): crônica de um fracasso anunciado. In: **Revista brasileira de história**, São Paulo, v. 30, n. 59, p. 167-192, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbh/v30n59/v30n59a09.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

CORDEIRO, Glauber de Lucena. **Medidas provisórias econômico-tributárias e o seu conflito com os direitos fundamentais do contribuinte**. Recife: Nossa Livraria, 2009.

COSTA, Francisco Lustosa da; MIANO, Vítor Yoshihara. Estatização e desestatização no Brasil: o papel das empresas estatais nos ciclos da intervenção governamental no domínio econômico. **Revista de Gestão Pública**, Santiago, v. II, n. 1, p. 145-181, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.revistadegestionpublica.cl/>. Acesso em: 25 mai. 2019.

CURADO, Marcelo. Do esgotamento do projeto neoliberal ao governo Lula: em busca de um projeto nacional de desenvolvimento. **Cadernos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 12, p. 67-81, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.cadernosdodesenvolvimento.org.br/ojs-2.4.8/index.php/cdes/article/view/158/156>. Acesso em: 05 jul. 2019.

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

GOULARTI FILHO, Alcides. Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro: Uma trajetória de déficit financeiro e desenvolvimento econômico. In: VIII Congresso Brasileiro de História Econômica, 2009, Campinas. **Anais do VIII Congresso Brasileiro de História Econômica e IX Conferência Internacional de História de Empresas**. Campinas: ABPHE, 2009. v. 1. Disponível em: [http://www.abphe.org.br/arquivos/alcides-goularti-filho\\_1.pdf](http://www.abphe.org.br/arquivos/alcides-goularti-filho_1.pdf). Acesso em: 25 mai. 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

KLIASS, Paulo. O debate sobre a atuação empresarial estatal no país: principais argumentos. **Boletim de Análise Político-Institucional**, Brasília: IPEA, n. 15, p. 27-31, jul./dez. 2018. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8626/1/BAPI15\\_Cap2.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8626/1/BAPI15_Cap2.pdf). Acesso em: 25 mai. 2019.

LOBO, Rodrigo. **Banco do Brasil**. Set. 2012. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/138-banco-do-brasil>. Acesso em 20 jul. 2019.

LOPREATO, Francisco Luiz C. In: CALIXTRE, Bojkian; BIANCARELLI, André Martins; CINTRA, Marcos Antônio Macedo. **Presente e futuro do desenvolvimento brasileiro**. Brasília: IPEA, p. 227-260, 2014. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/150605\\_livro\\_presente\\_futuro.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/150605_livro_presente_futuro.pdf). Acesso em: 25 mai. 2019.

MORAIS, Lécio; SAAD-FILHO, Alfredo. Da economia política à política econômica: o novo-desenvolvimentismo e o governo Lula. **Revista de Economia Política**. São Paulo, v. 31, n. 4, p. 505-527, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rep/v31n4/01.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio G. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. **Reinventando o capitalismo de Estado**. 1. ed. São Paulo: Portfolio Penguin, 2015. Edição Kindle.

NOVY, Andreas. O retorno do estado desenvolvimentista no Brasil. Tradução de Carlos Roberto Winckler. **Indicadores econômicos FEE**. Porto Alegre, v. 36, n. 4, p. 121-128, 2009. Disponível em: <https://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/view/2248/2604>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ORAIR, Rodrigo Octávio; SIQUEIRA, Fernando de Faria. Investimento público no Brasil e suas relações com ciclo econômico e regime fiscal. **Economia e Sociedade**. Campinas: UNICAMP, v. 27, p. 939-969, 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-06182018000300939](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182018000300939). Acesso em: 5 jul. 2019.

PINHEIRO, Armando Castelar; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrystóstomo de. **Privatização no Brasil: passado, planos e perspectivas**. Rio de Janeiro: IPEA, 1991. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0230.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0230.pdf). Acesso em: 10 ago. 2019.

PINHO, Carlos Eduardo Santos. Planejamento governamental no novo-desenvolvimentismo democrático: auge e deterioração das capacidades estatais (2003-2016). **Revista política e planejamento regional**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 331-368, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://neic.iesp.uerj.br/carlospinho.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

FERTILIDADE RIMA COM IDADE?  
(ENQUADRAMENTO ÉTICO-LEGAL DA  
CRIOPRESERVAÇÃO DE OVÓCITOS COMO MÉTODO  
DE PRESERVAÇÃO DA FERTILIDADE FEMININA)

VERA LÚCIA RAPOSO

# FERTILIDADE RIMA COM IDADE? (ENQUADRAMENTO ÉTICO-LEGAL DA CRIOPRESERVAÇÃO DE OVÓCITOS COMO MÉTODO DE PRESERVAÇÃO DA FERTILIDADE FEMININA)

## FERTILITY RHYMES WITH AGE? (ETHICAL-LEGAL FRAMEWORK FOR OOCYTE CRYOPRESERVATION AS A METHOD OF PRESERVING FEMALE FERTILITY)

Recebido: 06/10/2020  
Aprovado: 05/01/2021

Vera Lúcia Raposo<sup>1</sup>

### RESUMO:

No mundo moderno as mulheres têm adiado progressivamente o nascimento do primeiro filho, atraídas pelas inúmeras possibilidades que a vida laboral lhes abriu nas últimas décadas. No entanto, a evolução no estatuto legal e profissional das mulheres não foi acompanhada por uma concomitante evolução no desempenho reprodutivo do corpo feminino. Por conseguinte, não é incomum as mulheres descobrirem que é simplesmente tarde demais para engravidar. Para superar os obstáculos que a biologia impõe à reprodução feminina, as mulheres têm recorrido a diversos procedimentos reprodutivos, entre eles a criopreservação de ovócitos, que será o tema do presente estudo. Embora a criopreservação de ovócitos apresente várias vantagens quando comparada com outras possíveis opções disponíveis para permitir às mulheres mais velhas terem filhos, esta técnica suscita ainda preocupações médicas, legais e éticas. Do ponto de vista médico, temem-se riscos para a saúde da mulher e para a condição médica das crianças que assim nascerão. Eticamente, argumenta-se que esse procedimento médico não passa de um capricho de reprodução a qualquer custo, ultrapassando as barreiras da fertilidade feminina. De uma perspectiva jurídica, apontavam-se questões ao uso de recursos escassos, os direitos das mulheres e o destino dos ovócitos criopreservados.

**Palavras-chave:** Criopreservação de ovócitos. Direitos das mulheres. Direitos reprodutivos. Idade reprodutiva. Procriação medicamente assistida.

**K38, I12**

### ABSTRACT:

In the modern world, women have progressively postponed the birth of their first child, attracted by the countless possibilities that the working world has opened to them in recent decades. However, the evolution in the legal and professional status of women has not been accompanied by a concomitant evolution in the reproductive performance of the female body. It is, therefore, not uncommon for women to discover that it is simply too late to become pregnant. To overcome the obstacles that biology imposes on female reproduction, women

<sup>1</sup> Professora Associada da Universidade de Macau, Macau (China) e Professora Auxiliar da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal. Licenciada em direito, pós-graduada em direito médico, mestre em ciências jurídico-políticas e doutorada também em ciências jurídico-políticas, todos estes graus obtidos na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (FDUC). E-mail: vera@fd.uc.pt.

have resorted to several reproductive procedures, among them oocyte cryopreservation, which will be the subject of this study. Although oocyte cryopreservation has several advantages when compared to other possible options available to enable older women to have children, this technique still raises medical, legal and ethical concerns. From a medical point of view, risks are feared for the health of women and for the medical condition of the children who will be born. Ethically, it is argued that this medical procedure is nothing more than a whim of having kids at any cost, overcoming the barriers of female fertility. From a legal perspective, questions were raised regarding the use of scarce resources, women's rights and the destination of cryopreserved oocytes.

**Keywords:** Oocyte cryopreservation. Women's rights. Reproductive rights. Reproductive age. Medically assisted procreation.

## 1 INTRODUÇÃO

Na maioria das sociedades ocidentais, homens e mulheres optam por ter filhos mais tarde. Porém, correm o risco de enfrentar problemas de infertilidade relacionados com a idade, nomeadamente no que diz respeito às mulheres, cujo período fértil é bastante limitado no tempo.

Tal cenário despertou um interesse crescente pelas técnicas reprodutivas e procedimentos conexos, tais como a criopreservação de oócitos para preservação da fertilidade. Essa técnica funda-se no processo biológico de ovulação feminina, com a especificidade de a promover artificialmente e de seguida proceder à conservação dos oócitos para uso reprodutivo futuro.

Esta conquista científica está longe de ser consensual e muitos sublinham os riscos que pode envolver para a saúde da mãe e do futuro filho. Argumentam inclusivamente com preocupações éticas e como a subversão dos 'tempos' naturais da reprodução humana. A notícia de que algumas empresas estão a disponibilizar gratuitamente às suas funcionárias tratamentos pagos de criopreservação de oócitos aumentou a discussão sobre este assunto, sobretudo no sentido de argumentar que as mulheres estão a ser pressionadas para adiar a reprodução.

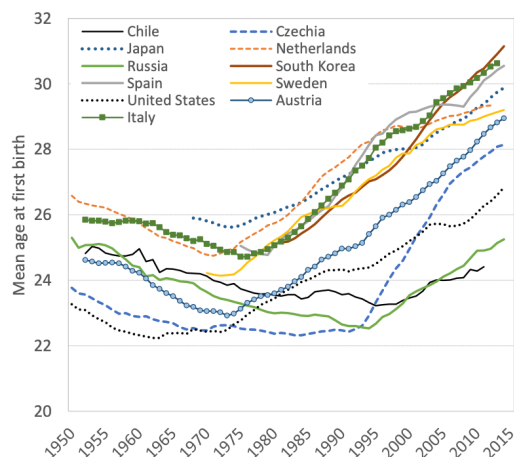
Contudo – e por outro lado – a criopreservação de oócitos surge também como um mecanismo útil para permitir que as mulheres enfrentem os potenciais conflitos entre as exigências profissionais e familiares e, por conseguinte, como uma solução para satisfazer os seus direitos reprodutivos.

Este texto irá esclarecer o quadro jurídico da criopreservação de oócitos, analisar seus riscos e benefícios e fornecer uma avaliação jurídica final desta prática.

## 2 O PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE ACTUAL E A CONSEQUENTE REPRODUÇÃO TARDIA

Desde o final do século passado, mas sobretudo no actual, as mulheres têm vindo a ter filhos cada vez mais tarde (BEAUJOUAN E SOBOTKA, 2017; FRITZ, SANGITA JINDAL, 2018).

Figure 1: Mean age of women at first birth in selected low-fertility countries, period 1950-2014



Sources: Human Fertility Database (2016), Human Fertility Collection (2016). Data for Korea were kindly provided by Sam Hyun Yoo (Yoo and Sobotka 2016).

Figura 1: Beaujouan e Sobotka, 2017, p. 5

Várias razões contribuíram para este cenário (RAPOSO, 2017a, p. 161/162). Novos desafios profissionais e acadêmicos abriram horizontes mais amplos para as mulheres, sendo que a gravidez, o parto e a maternidade nem sempre são compatíveis com as exigências do competitivo mundo laboral de hoje em dia. A isto acresce que novos valores e novos conceitos alteraram o papel da família e da parentalidade, pelo que mesmo mulheres menos envolvidas na carreira se decidam a adiar o momento próprio para ter filhos. Estas novas concepções também afectaram os planos masculinos no que respeita à paternidade, tornando difícil às mulheres encontrar um parceiro reprodutivo em momento compatível com o seu período fértil. O próprio aumento da expectativa de vida nos países desenvolvidos fomentou o adiamento de muitas funções ou etapas que antigamente decorriam em idades mais precoces. Assim é que, na maioria das sociedades ocidentais, muitos - homens e mulheres - são os que optam por ter filhos progressivamente mais tarde (EUROSTAT, 2019).

### 3 OS DESAFIOS BIOLÓGICOS DA REPRODUÇÃO TARDIA PARA AS MULHERES

Porém, se para os homens a paternidade tardia não apresenta desafios de maior em termos biológicos, já o mesmo não é válido para as mulheres. As particularidades próprias da biologia feminina impõem uma janela temporal delimitada em termos reprodutivos. O período mais propício de reprodução feminina situa-se em redor dos 20 anos, sendo que a partir daí a fertilidade vai gradualmente decrescendo, tornando-se o decréscimo particularmente visível após os 35 anos. Aos 40 anos a probabilidade de uma gravidez ronda os 5%... (AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, 2012, p. 4).

O adiar da decisão reprodutiva, por um lado, aliado ao decréscimo etário da capacidade reprodutiva, por outro lado, conduziram a um cenário preocupante para muitas mulheres, que correm contra o tempo para satisfazer o seu 'relógio biológico'.



A medicina e a tecnologia não ficaram alheias a essa nova realidade e têm procurado disponibilizar mecanismos aptos a permitir a reprodução em idades mais tardias. Tais mecanismos enquadram-se no âmbito das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA). Uma das técnicas mais populares para driblar os impedimentos reprodutivos impostos pela idade é o recurso a ovócitos de uma dadora, precavendo-se assim os potenciais riscos do uso de ovócitos ‘velhos’. Outra hipótese, ainda relacionada com a doação por parte de terceiros, é a doação de embriões. A mulher pode ainda optar por fertilizar os seus ovócitos numa idade jovem e criopreservar os embriões daí resultantes. Ou então, pode proceder à fertilização dos seus ovócitos apenas na altura em que efectivamente pretende ter filhos, mas socorrer-se do chamado diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI) para tentar assegurar uma prole saudável.

Resta falar daquele que é um dos procedimentos mais recentes: a criopreservação de ovócitos (especialmente mediante a técnica de vitrificação de ovócitos), para uso em idade mais avançada. Será este o objecto da presente exposição.

Sucedem, porém, que a lei não tem acompanhado (como em regra nunca acompanha) estes avanços científicos. São ainda vários os impedimentos legais ao uso de procedimentos reprodutivos em mulheres de idade avançada, especialmente o uso em particular da criopreservação de ovócitos.

#### **4 A CRIOPRESERVAÇÃO DE OVÓCITOS COMO FORMA DE PRESERVAR A FERTILIDADE FEMININA**

Um mecanismo que é cada vez mais usado para resolver as dificuldades reprodutivas das mulheres que pretendem ter filhos mais tarde é a criopreservação de ovócitos para manutenção da fertilidade, também chamada por criopreservação por motivos sociais, precisamente para a distinguir daquela fundada em razões médicas.

Esse processo opera estimulando artificialmente a ovulação feminina e preservando os ovócitos assim obtidos. Durante um ciclo menstrual normal, apenas um ovócito atinge a maturidade e está pronto a ser fertilizado. Em contrapartida, se a mulher for submetida a terapia hormonal, obtém-se um número mais elevado de ovócitos prontos para serem usados em finalidades reprodutivas. Estes ovócitos são então recolhidos do corpo da mulher por meio de uma agulha, avaliados quanto à sua adequação para fertilizações e aqueles considerados aptos são preservados para uso reprodutivo futuro (PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, AND THE PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, 2013, p. 37/43; ARGYLE, HARPER E DAVIES, 2016, p. 440/449).

A recolha e conservação de gâmetas para uso futuro pelos próprios (ou seja, não destinados a doação para terceiros) foi originalmente pensado por pessoas com condições de saúde que poderiam ameaçar a sua função reprodutiva no futuro (a já referida modalidade fundada em razões médicas). É o caso de pacientes diagnosticados com carcinomas e que iriam ser submetidos a tratamentos com radiações susceptíveis de afectar a sua capacidade reprodutiva (SPECCHIA; BAGGIANI; IMMEDIATA, *et al.*, 2019).

Porém, até recentemente este procedimento defrontava-se com desafios técnicos que diminuía a sua taxa de sucesso. De facto, o elevado teor de água presente nos ovócitos não fertilizados dificultava a sua fertilização. Contudo, subseqüentes avanços científicos conduziram a uma nova técnica de criopreservação: a vitrificação (CHIAN; WANG; LI,

2014, p. 411/420). Com este novo procedimento os ovócitos mantêm as suas potencialidades reprodutivas praticamente intactas após a criopreservação.

Devido ao sucesso atual desta nova técnica, quer a Sociedade Europeia de Reprodução e Embriologia Humana (ESHRE TASK FORCE ON ETHICS AND LAW, W. DONDORP, G. DE WERT, *et al.*, 2012, p. 1231/1237) na Europa, quer a Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva (ASRM) e a Sociedade de Tecnologia de Reprodução Assistida (PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, AND THE PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, 2013, p. 37/43), ambas nos EUA, recomendam o seu uso como prática reprodutiva corrente e não como prática experimental.

## 5 ARGUMENTOS AVANÇADOS CONTRA O USO DA CRIOPRESERVAÇÃO DE OVÓCITOS COMO TÉCNICA DE PRESERVAÇÃO DA FERTILIDADE FEMININA

### 5.1 Crítica fundada na reprodução tardia: A idade como limite geral ao uso da PMA

Tem-se argumentado que a lei deveria estabelecer um limite máximo de idade para o uso geral (ou seja, referente a toda e qualquer técnica) da PMA (Malik, 2013, p. 201/202; Pierce e Mocanu, 2018). Muitas leis relativas a técnicas reprodutivas fixam um limite etário para pacientes femininas (eventualmente também para pacientes masculinos) e, mesmo quando tal limite está omissa da lei as autoridades de controlo da PMA tendem a inferir (de forma por vezes mirabolante) uma idade máxima a partir de várias disposições legais (Raposo 2017, p. 211/213).<sup>2</sup>

Curiosamente, esse limite tem sido advogado maioritariamente para as mulheres, não para os homens.<sup>3</sup> Por um lado, a sociedade acostumou-se à paternidade tardia; por outro lado, a ciência tem vindo a sublinhar que riscos médicos especiais (por exemplo, nascimentos prematuros e várias complicações durante a gravidez) existem para a maternidade tardia, mas não para a paternidade tardia, o que parece tornar a maternidade tardia um factor de risco independente e directo (Sauer, Paulson e Lobo, 1996, p. 2540/2543). Paralelamente, infere-se que a paternidade tardia não representa qualquer risco significativo para a saúde da prole, não obstante alguns estudos demonstrarem o contrário (FRANS; MACCABE; REICHENBERG, 2015, p. 91/93; D'ONOFRIO; RICKERT; FRANS, *et al.*, 2014, p. 432/438).

#### 5.1.1 Riscos para a saúde da mulher

A criopreservação de ovócitos é considerada uma técnica de risco para a mulher (PLATT; CHEN; MAZZUCCO, 2014, p. 3), nomeadamente por força dos riscos gerais inerentes a qualquer extração de ovócitos. A paciente pode sofrer desconforto abdominal após a remoção do ovócito, sangramento ou infecção ovariana durante a extração. Riscos mais graves podem decorrer da síndrome de hiperestimulação ovárica causada pelas injeções hormonais necessárias para a produção de maior número de ovócitos, e que em alguns casos pode ser

<sup>2</sup> É o caso de Portugal, onde o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que considera como limite máximo os 50 anos para as mulheres poderem usar a PMA, ainda que tal limite não esteja estabelecido na lei.

<sup>3</sup> Porém, em Portugal chegou a estar em vigor um limite de idade para pacientes masculinos, de novo sem suporte legal, por força da Deliberação n. 03/11, de 19 de Julho de 2013 – Definição da Idade Limite do Elemento Masculinos nos Casais Elegíveis para a Aplicação das Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Uma crítica a esta solução em Raposo, 2016, p. 214/215.

fatal (LIMA; SOUSA; OLIVEIRA, *et al.*, 2013, p. 24/32). Por outro lado, a própria gravidez em mulheres de idade mais avançada é usualmente tida como factor de risco.

Porém, estas objecções contra a criopreservação de ovócitos merecem alguns reparos.

Desde logo, os riscos decorrentes da recolha de ovócitos não são apanágio deste procedimento, mas de qualquer situação de recolha de ovócitos. A ser levados a sério teriam que impedir vários outros procedimentos corriqueiros da PMA, tais como a FIV, bem como toda e qualquer doação de gâmetas.

Além do mais, é preciso apurar se a verdadeira causa desses riscos é a idade cronológica da mulher ou outras variáveis, tais como doenças pré-existentes, obesidade, uso excessivo de nicotina ou factores socioeconómicos (por exemplo, uma alimentação pobre em nutrientes), como parecem indicar alguns estudos (BERNSTEIN; WIESEMANN, 2014, p. 287).

Alguns estudos sugerem ainda uma ligação entre a fertilização in vitro (FIV)<sup>4</sup> (um procedimento necessário sempre que há que utilizar ovócitos que não se encontravam dentro do corpo da mulher) e uma forma rara de cancro de ovário ou de cancro endometrial. Porém, a ligação entre estas consequências e a FIV é controversa e outros estudos apontam que as mesmas poderão ser um efeito, não da FIV, mas de condições de saúde pré-existentes ou mesmo do estilo de vida (CETIN; COZZI; ANTONAZZO, 2008, p. 169/177).

#### 5.1.2 O uso de recursos escassos em mulheres com baixa probabilidade de sucesso reprodutivo

As técnicas de reprodução assistida são consideradas um recurso escasso, dado o custo que envolvem, pelo que se entende que devem ficar reservadas para os tratamentos que apresentam maior probabilidade de sucesso, ou seja, em mulheres mais jovens. Dado que o sucesso dos procedimentos de PMA diminui à medida que a idade de uma mulher aumenta (Karimzadeh, Ghandi e Tabibnejad, 2008, p. 378/381; National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion - Division of Reproductive Health, 2014), o uso de tais procedimentos por parte de mulheres mais velhas tem sido desencorajado (RAPOSO, 2016, p. 224/226).

É com base neste raciocínio que quando os tratamentos reprodutivos são providenciados no âmbito dos serviços nacionais de saúde, ou seja, custeados maioritariamente pelo Estado, o acesso geralmente está disponível apenas para mulheres mais jovens (Präg e Mills, 2005, p. 10; Raposo, 2017b, p. 211/213). Trata-se de racionalizar a gestão do dinheiro público, financiando apenas tratamentos com maior probabilidade de sucesso. No entanto, essas conclusões são contestáveis (MEYER, 1997, p. 31).

Primeiro, porque o argumento sobre a racionalização dos recursos públicos, sempre escassos, não pode ser aplicado quando as mulheres se disponham a pagar pelo tratamento reprodutivo numa clínica privada. Mesmo que se conclua que o Estado deve usar os limitados recursos económicos e humanos apenas em tratamentos reprodutivos que apresentem maior probabilidade de sucesso (ou seja, aqueles em pacientes jovens e saudáveis), tal não pode impedir que outras mulheres usem as técnicas reprodutivas caso estejam dispostas a pagar por isso.

Em segundo lugar, se o argumento é a salvaguarda de recursos para tratamentos reprodutivos com maior possibilidade de êxito, não apenas as mulheres mais velhas serão excluídas, mas igualmente mulheres que apresentem outros factores que possam afectar o sucesso do procedimento, tais como mulheres fumadoras ou obesas, o que não tem sido prática corrente.

<sup>4</sup> A FIV consiste em fecundar (fertilizar) o ovócito extracorporalmente (ou seja, in vitro) e subsequentemente transferir para corpo da mulher ou resultado da fecundação, isto é, o ou os embriões.

### 5.1.3 A reprodução tardia como um capricho fútil

O argumento da salvaguarda de recursos escassos não se prende apenas com questões financeiras, mas também éticas e morais, assente numa espécie de juiz moral sobre as opções de vida destas mulheres.<sup>5</sup>

Muitos considerem a reprodução tardia como um capricho fútil que a lei não deve satisfazer (DOVEY, 2015). De acordo com essa perspectiva, se nos seus anos de juventude a mulher preferiu reunir experiências (viajar, namorar), ou até mesmo se deu preferência às suas ambições profissionais e/ou académicas, mais tarde não pode pretender aproveitar-se de recursos escassos para satisfazer as suas pretensões egoístas.

Ligado a esta consideração está o argumento de que a criopreservação socialmente fundamentada é menos relevante do que a criopreservação medicamente fundamentada.<sup>6</sup> Pode-se argumentar, no entanto, que a criopreservação de ovócitos por razões sociais se prende ainda com motivos médicos, mais propriamente, a preservação da fertilidade. De certa forma, a preservação de ovócitos em idade mais jovem para uso posterior na vida pode ser vista como uma forma de medicina preventiva, não muito diferente de formas semelhantes de assistência médica preventiva, tal como a vacinação (quem recebe uma vacina não está doente, pretende apenas acautelar uma eventual doença) (RAPOSO, 2017b, p. 215).

Em um tom mais pragmático deve ainda notar-se que atualmente o mercado de trabalho impõe grande pressão sobre os funcionários. Esta pressão tem sido especialmente stressante para as trabalhadoras femininas, confrontadas com as demandas da gravidez e da criação dos filhos. Assim, não é de estranhar que muitas mulheres tenham decidido, consciente ou inconscientemente, adiar a maternidade para uma fase posterior da vida. Esta decisão dificilmente pode ser vista como voluntária, mas deve ser vista como imposta pelo mundo de hoje. O desejo de ter filhos apenas em idade tardia não é um desejo fútil, mas uma decisão que resulta das próprias circunstâncias da vida.

Acrescente-se igualmente que há benefícios na maternidade tardia (GOOLD; SAVULESCU, 2009, p. 54). Muitas destas mulheres têm na altura uma vida - afectiva, profissional, económica - mais estabilizada, o que lhes permite proporcionar à criança um ambiente mais estável.

### 5.1.4 Risco de orfandade precoce

Um dos argumentos contra a maternidade tardia é o risco de deixar crianças órfãs, dado que as mulheres que sejam mães em idade mais avançada dispõem, teoricamente, de menos tempo útil de vida para cuidar dos seus filhos e vê-los crescer.

Tal argumento funda-se naquilo que se entende ser a razão de existir da parentalidade: as pessoas têm filhos para poderem cuidar deles (ZWEIFEL, 2015, p. 513/519). Por conseguinte, advoga-se que a reprodução deve suceder durante a juventude e início da fase adulta, quando o fim de vida ainda vem distante, para que possam efectivamente cuidar dos seus filhos.

Certo é, porém, que o argumento de que a orfandade é um resultado comum quando a reprodução ocorre mais tarde na vida é válido tanto para mulheres quanto para homens, sem que na verdade tenha servido de obstáculo para impedir a reprodução masculina em idade mais tardia. Curiosamente, seria aplicável aos homens por maioria de razão, dado que a sua esperança de vida é mais reduzida do que a das mulheres. Segundo dados do Eurostat,

<sup>5</sup> Sobre a forma como as escolhas de vida - e os consequentes juízos morais que são dirigidos a algumas dessas escolhas - têm influenciado o círculo de beneficiários de prestações de saúde, veja-se Raposo, 2018b.

<sup>6</sup> Contra este entendimento, e expondo os seus argumentos, Pennings, 2013, p. 521/523.

a expectativa de vida ao nascer na União Europeia composta por 27 Estados membros, em 2018, foi estimada em 83,7 anos para as mulheres, mas de apenas 78,2 anos para os homens (EUROSTAD, 2020). Se analisarmos a última década é possível concluir que a expectativa de vida está a crescer para ambos os sexos, porém, com uma pequena vantagem para as mulheres (EUROSTAD, 2020).

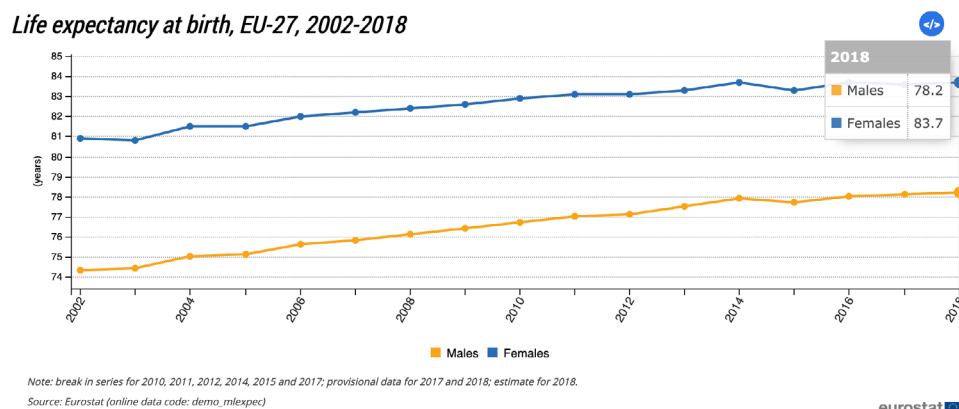


Figura 2 - Eurostat, 2020.

A isto acresce que a aceitação deste argumento implicaria a concomitante proibição de aceder às técnicas de PMA a pessoas portadoras de doenças ou deficiências que limitem a sua capacidade de cuidar dos filhos. Porém, tal restrição não é prática usualmente aceite (nem o deve ser, com base na figura dos direitos reprodutivos de que adiante se falará).

### 5.1.5 Riscos para a saúde da criança assim nascida

Argumenta-se que a idade da mãe é um factor de risco directo para as crianças, pelo que as mulheres mais velhas devem ser impedidas de ter filhos. Alguns argumentaram que o parto tardio pode resultar numa maior percentagem de abortos espontâneos, em crianças portadoras de deficiência e mortes maternas (SAUER; PAULSON; LOBO, 1996, p. 2540/2543).

Porém, o risco mais relevante para a criança não está ligado ao ambiente uterino, mas ao envelhecimento dos ovócitos (Sauer; Paulson; Lobo, 1996, p. 2540/2543). Se este factor de risco desaparecer (como sucede em caso de criopreservação de ovócitos, dado que os ovócitos são recolhidos na juventude da mulher), não existe grande diferença face à reprodução em mulheres mais jovens.

Por outro lado, há várias outras fontes de risco para a criança, para além da idade materna, tais como doenças pré-existentes, obesidade, ou uso de tabaco (BERNSTEIN; WIESEMANN, 2014, p. 282/300), sem que a lei impeça estas mulheres de aceder às técnicas de PMA.

### 5.1.6 A reprodução tardia como prática *contra natura*

A reprodução tardia é por alguns considerada como prática *contra natura*, isto é, contra a ordem natural das coisas, dado que subverte o limite naturalmente imposto pela natureza à reprodução (FISSEHA; CLARK, 2014, p. 7).

O argumento *contra natura* é uma observação curiosa, considerando que toda a história da ciência e da medicina se funda na destruição de barreiras naturais. Por exemplo, a doença tem sido um obstáculo natural à manutenção da vida, mas que foi superado pela ciência por meio de vacinas, intervenções cirúrgicas e medicamentos, todos estes mecanismos ‘artificiais’ usados para controlar obstáculos naturais. Nesta perspectiva, um mero antibiótico é tão *contra natura* como a criopreservação de ovócitos, dado que o corpo feminino está naturalmente tão pouco apto a procriar após a menopausa quanto o corpo humano está apto a lutar sozinho contra infecções bacterianas. À luz do argumento *contra natura*, ao invés de tratar as pessoas doentes com antibióticos e outros medicamentos deveríamos deixá-las sofrer e eventualmente morrer, em respeito pelos desígnios da mãe natureza.

### 5.2 Crítica fundada na técnica usada: A criopreservação como técnica de risco

Para além dos argumentos relacionados com a idade da mulher, ergue-se ainda outra onda de argumentos, desta feita relacionados com as especificidades da técnica usada. A criopreservação de ovócitos era tradicionalmente considerada uma técnica de risco, até mesmo um procedimento experimental, dado que se consideravam incertas as consequências que a mesma poderia acarretar para as crianças assim nascidas (PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, AND PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, 2008a, p. S134/S135; PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, AND PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, 2008b, p. S241/S246; U.B. WENNERHOLM, V. SODERSTROM-ANTTILA, C. BERGH, *et al.*, 2009).

Os dados atualmente disponíveis afastam esta preocupação. A segurança do procedimento reporta-se essencialmente a uma nova técnica de conservação dos ovócitos chamada de vitrificação (PRACTICE COMMITTEES OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE AND THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, 2013), que tem vindo a ser desenvolvida nos últimos anos.

Vários estudos de avaliação de crianças nascidas após a vitrificação de ovócitos não revelam um aumento de malformações cromossômicas quando comparadas com crianças geradas com ovócitos não criopreservados (BERNSTEIN; WIESEMANN, 2014, p. 285). Pelo contrário, parece até que a criopreservação precoce reduz o risco de aneuploidias cromossômicas e erros genéticos (LIU, 2011, p. 1165/1175). Trata-se, por conseguinte, de uma técnica segura (MUNCK; VAJTA, 2017, p. 119/127).

### 5.3 Crítica fundada nos direitos das mulheres

A crítica fundada nos direitos das mulheres argumenta que a criopreservação de ovócitos visa fornecer uma solução científica para um problema que é, na verdade, social e que, por conseguinte, exige uma mudança social relacionada com o papel da mulher no trabalho e na sociedade em geral (SHKEDI-RAFID; HASHILONI-DOLEV, 2011, p. 154/157).

A solução poderá passar por oferecer às mulheres mais oportunidades de reconciliar a família com a carreira e lutar contra a discriminação no trabalho, especialmente no que diz respeito ao cerceamento de oportunidades profissionais em mulheres de idade fértil. É sabido que a famosa pergunta ‘você pretende ter filhos?’, embora em teoria proibida nas

entrevistas de emprego, ainda é frequentemente colocada às mulheres, como se a gravidez e a maternidade fossem desvantagens femininas. Seguindo essa linha de raciocínio, alega-se que ao permitir e incentivar a criopreservação de ovócitos, a lei reconhece que ter filhos atrasa a progressão da mulher no mundo profissional. A criopreservação de ovócitos é assim vista como uma forma de perpetuar o problema.

Mais se alega que o uso generalizado dessa prática aumenta a pressão sobre as mulheres para ceder à a criopreservação de ovócitos e adiar a reprodução, tornando, pois, esta medida contraproducente.

Alguns eventos têm alimentado a polémica a este respeito. Por exemplo, há alguns anos soube-se que grandes empresas, como o Facebook e a Apple (BANCALEIRO, 2014), promoviam a criopreservação de ovócitos junto das suas trabalhadoras, e estavam inclusivamente dispostas a financiar o custo (adiante-se, bastante elevado) do procedimento. Os motivos por trás dessa aparente generosidade são controversos. Por um lado, esta prática pode ser entendida como uma pressão ilegítima sobre as mulheres para, contra a sua vontade, atrasar a maternidade e, conseqüentemente, pressioná-las a tornarem-se trabalhadoras mais produtivas e disponíveis. Porém, por um lado, esta oferta pode ser vista como uma maneira de disponibilizar uma solução eficiente para permitir que as mulheres possam cumprir no futuro os seus anseios reprodutivos sem prejudicar a sua progressão profissional no presente. Mulheres que provavelmente haviam decidido não ter filhos em prol dos seus projectos profissionais têm agora a oportunidade de o fazer numa altura da vida que lhes seja mais conveniente.

## 6 EM FAVOR DA CRIOPRESERVAÇÃO DE OVÓCITOS COMO TÉCNICA DE PRESERVAÇÃO DA FERTILIDADE

### 6.1 A criopreservação de ovócitos como forma de emancipação reprodutiva da mulher

O enquadramento da criopreservação de ovócitos no contexto dos direitos das mulheres tem sido controverso. Como se viu no ponto anterior, há quem entenda que este procedimento virá trazer uma nova forma de opressão sobre as mulheres, forçando-as ao adiamento da reprodução contra a sua vontade.

Mas a perspectiva dos direitos das mulheres permite um outro tipo de entendimento, que sublinha o contributo da criopreservação de ovócitos para o chamado *women empowerment* (PRATA; TAVROW; UPADHYAY, 2017). À luz desta visão das coisas, o procedimento proporciona às mulheres a liberdade de seguir carreiras profissionais sem serem limitadas pelas restrições da fertilidade feminina e pela pressão para encontrar um 'príncipe encantado' (GOOLD; SAVULESCU, 2009, p. 47/58). A criopreservação de ovócitos permite realizar a autonomia da mulher e os seus direitos reprodutivos (RAPOSO, 2014, p. 108), dando às mulheres a liberdade de escolher quando ter filhos e proporcionando-lhes o mesmo tipo de emancipação reprodutiva oferecida pelos métodos anticoncepcionais há algumas décadas atrás (RAPOSO, 2014, p. 144/157; WOLFF, GERMEYER E NAWROTH, 2005, p. 30).

A avaliação do contributo (ou do obstáculo) da criopreservação de ovócitos para os direitos das mulheres está longe de ser simples. O binómio fertilidade feminina versus sucesso profissional exige uma solução que permita que as mulheres tenham filhos quando lhes for mais conveniente (o que pode ser mais cedo ou mais tarde), sem abdicar de quaisquer ambições profissionais ou outros projetos que possam ter. No entanto, as possíveis soluções disponibilizadas às mulheres devem ser decididas por sua livre escolha, não pela imposição

de pressões externa para adiar a gravidez, apenas porque agora a criopreservação de ovócitos o permite tecnicamente fazer (RAPOSO, 2016, p. 226).

## 6.2 Vantagens da criopreservação de ovócitos face a outras técnicas de assistência à reprodução feminina<sup>7</sup>

### 6.2.1 Criopreservação de ovócitos ou doação de gâmetas?

Uma forma de mulheres mais velhas poderem ter filhos, ou poderem ter filhos evitando riscos médicos associados ao envelhecimento dos ovócitos, consiste em recorrer aos gâmetas de uma dadora (Raposo, 2014, p. 743/792). O método consiste em usar os ovócitos de uma mulher mais nova, evitando assim os riscos que pode implicar para a criança o uso de ovócitos envelhecidos (AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, 2016, p. e3/e7).

Porém, há duas considerações a ter em conta no que respeita a este mecanismo.

Por um lado, em jurisdições em que os ovócitos sejam considerados um recurso escasso,<sup>8</sup> estes poderão ser reservados para mulheres mais jovens que sofram de infertilidade não derivada da idade. A razão deve-se ao facto de este último cenário ser considerado alheio a comportamentos ‘culposos’ da mulher, ao passo que a infertilidade derivada da idade resultaria do seu egoísmo.

Por outro lado, mesmo que mulheres em pós-menopausa possam aceder sem entraves a ovócitos de dadoras, esta hipótese pode não ser satisfatória para muitas mulheres, dado que perdem o vínculo genético com a criança. Apenas usando o seu próprio material genético as mulheres garantem uma conexão biológica com a descendência (RAPOSO, 2020, p. 309/319).

### 6.2.2 Criopreservação de ovócitos ou doação de embriões?

Outra hipótese, de certa forma semelhante à anterior, é usar embriões doados por terceiros (AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, 2016, p. e3/e7), ou seja, ao invés de fertilizar o ovócito doado com espermatozoides do marido/companheiro ou de um dador, usar um ovócito já fertilizado.

Contudo, mantém-se o entrave anteriormente citado: a perda de ligação biológica com o filho. Se a mulher estiver numa relação estável a ausência de ligação biológica verificar-se-á, não apenas em relação a ela, mas também relativamente ao seu marido/companheiro.

Em contrapartida, esta solução poderá ser muito sedutora para mulheres preocupadas com o avançar da idade sem encontrar um companheiro reprodutivo que lhes sirva,<sup>9</sup> dado que esta opção elimina a necessidade de contributo masculino.<sup>10</sup>

### 6.2.3 Criopreservação de ovócitos ou criopreservação de embriões?

A criopreservação de embriões pode ser uma alternativa à criopreservação de ovócitos. Trata-se agora, não de conservar os ovócitos para utilização futura, mas de fertilizar os

<sup>7</sup> O texto referirá apenas procedimentos reprodutivos e não outras formas de constituir família, tais como a adopção.

<sup>8</sup> Poderão sê-lo, dado que, ao contrário de homens para doar espermatozoides, nem sempre é fácil encontrar mulheres para doar ovócitos, até pelos riscos médicos associados ao procedimento (Bernstein e Wiesemann, 2014, p. 284/286).

<sup>9</sup> A inexistência de parceiro reprodutivo viável pode ser um poderoso entrave à reprodução feminina (Raposo, 2017a, p. 161/162).

<sup>10</sup> Ainda assim, tal hipótese poderá não ser viável em jurisdições que não admitem o uso de técnicas de PMA em mulheres singulares.



ovócitos já fertilizados, sendo que o produto da fertilização – os embriões – será conservado para futuro uso reprodutivo.

A criopreservação embrionária envolve questões complexas em relação ao respeito devido à vida humana embrionária, uma vez que o destino mais comum de embriões excedentes que não são transferidos imediatamente é a destruição (RAPOSO, 2012, 47-70). Daqui resultam objecções fundadas na protecção a ser fornecida ao embrião nos primeiros estágios de sua existência, as quais se tornaram um obstáculo recorrente à criopreservação embrionária. Algumas leis estabeleceram que a vida humana não nascida, mesmo nos seus estádios mais precoces de existência (ou seja, na fase de embrião *in vitro*), são pessoas e merecem o mesmo tipo de respeito que os seres humanos nascidos, nomeadamente, são titulares do direito à vida.<sup>11</sup> À luz deste entendimento, a destruição de um embrião *in vitro* é equiparada ao tipo legal de homicídio. Mesmo que assim não seja, e que o embrião não seja considerado pessoa, o mero facto de ser vida humana tem sido um poderoso obstáculo à destruição de embriões criopreservados. Por esse motivo, existem milhares de embriões criopreservados em todo o mundo que ninguém ousa destruir.

Questões éticas e legais desta índole não se suscitam quando esteja em causa a destruição de ovócitos criopreservados. Os ovócitos, como células que são, não podem ser tratados como pessoas, nem sequer lhes é reconhecida a protecção constitucional objectiva garantida às formas de vida humana (não obstante serem células humanas e estarem, de facto, vivas). As células do corpo humano, quando separadas desse mesmo corpo, são legalmente consideradas como coisas, isto é, *res* (RAPOSO, 2011, p. 47/64; Raposo, 2018a, p. 77/116). É certo que as células humanas merecem um estatuto mais alto do que demais coisas, o que desde logo exclui que possam ser transacionadas de forma onerosa (RAPOSO, 2011, p. 47/64), porém, são, ainda assim, coisas. Daqui deriva que as objecções éticas e legais apontadas à destruição de embriões potencialmente resultante da sua criopreservação não sejam válidas para eventuais destruições de ovócitos que possam ter lugar na sequência de um processo de criopreservação.

Outro problema que pode surgir (e que tem surgido em tribunais um pouco por todo o mundo) diz respeito à possibilidade de uma eventual disputa sobre o poder de decidir o destino dos embriões criopreservados. Se os embriões forem gerados com espermatozóide de dador a questão não se suscita, dado que os dadores não têm qualquer palavra a dizer sobre o destino dos embriões gerados com o seu material biológico (JOHNSON, 2017, p. 621/633). Em contrapartida, se os embriões tiverem sido gerados com a contribuição biológica do marido/companheiro da mulher, ambos terão exatamente o mesmo poder de decisão no que respeita ao destino destes embriões. Significa isto que se o casal se separar, ou se por qualquer outro motivo o homem se opuser à transferência embrionária, a mulher ficará impedida de o fazer, mesmo que aqueles embriões sejam a sua única hipótese de ter filhos biológicos.

Litígios desta natureza têm sido frequentes nos tribunais e não são de simples resolução, dada a complexidade dos direitos e interesses envolvidos (RAPOSO, 2008, p. 55/79; RAPOSO, 2014, p. 872 ss.). Do lado do embrião, invoca-se a protecção da sua vida (ainda que não lhe seja reconhecido um direito subjectivo à vida, tende a reconhecer-se-lhe uma protecção objectiva, fundada no valor intrínseco da própria vida humana) (RAPOSO; PRATA; OLIVEIRA, 2010, p. 95/111), o que dita a sua transferência para um útero feminino, de forma a poder nascer e tornar-se pessoa (RAPOSO, 2014, p. 470-/634). Do lado dos progenitores, um deles pretenderá que os embriões sejam transferidos (direito à reprodução), ao passo que o outro se oporá a que assim seja (direito à não reprodução). Tendencialmente os tribunais dão

<sup>11</sup> Esta solução é recorrente na América Latina, em sintonia com o Artigo 4/1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969: 'Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção...'

prevalência ao direito à não reprodução, com base no velho princípio jurídico de que o direito a não fazer prevalece sobre o direito a fazer (RAPOSO, 2014, p. 887). Ou seja, tal decisão pode impedir a mulher de usar os seus próprios embriões e, por conseguinte, de se reproduzir.

Estes conflitos não se verificam no caso de criopreservação de ovócitos. Dado que apenas estão em causa células reprodutivas da mulher, apenas ela decide, logo não há disputas de custódia.

#### 6.2.4 Criopreservação de ovócitos ou DGPI?

O DGPI é um exame de diagnóstico pré-natal que tem lugar em embriões *in vitro*. Destina-se a identificar quais os embriões que se encontram em condições de ser transferidos para um útero feminino.<sup>12</sup> Este procedimento pode revelar-se uma opção útil para mulheres mais velhas se reproduzirem com alguma garantia (a garantia possível neste tipo de procedimentos médicos....) de que o filho nascerá sem doenças ou malformações sérias e graves.

Todavia, existem objecções legais e éticas ao DGPI, dado que envolve a destruição de vários embriões. Obviamente, de todos aqueles que não sejam considerados aptos para uma transferência uterina, mas também de um número substancial de embriões viáveis. O que sucede é que para garantir um embrião viável poderá ser necessário criar um número elevado de embriões, sobretudo tratando-se de mulheres mais velhas, face às quais é maior a probabilidade de gerar embriões inviáveis em virtude do envelhecimento dos ovócitos. Como nem todos os embriões criados poderão ser transferidos para o útero da mulher, mesmo que estejam em condições médicas de o ser,<sup>13</sup> o destino que aguarda os demais é, em regra, a destruição. Suscitam-se, pois, todas as objecções já referidas quanto à destruição de vidas humanas *in vitro*.

Porém, o maior impedimento ao uso do DGPI como procedimento facilitador da reprodução em mulheres mais velhas é de cariz bem mais prático: ele pressupõe, desde logo, que a mulher disponha de ovócitos aptos à reprodução, o que nem sempre sucede com mulheres nestas condições.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sempre foi um facto assente que a biologia - a mãe natureza, dirão alguns - impede uma mulher de conceber após uma certa idade. Contudo, os avanços científicos ocorridos na medicina reprodutiva ampliaram a fertilidade feminina (e também a masculina). A criopreservação de ovócitos enquadra-se no leque desses notáveis avanços científicos.

O procedimento depara-se com limitações, tanto de natureza científica (em termos de níveis de sucesso) quanto de natureza ético-jurídica (particularmente no que respeita à estrutura legal existente em cada jurisdição). Ainda assim, é credível que esta prática se tornará um método cada vez mais aceite de preservação da fertilidade (GOOLD; SAVULESCU, 2009). No futuro, a criopreservação de ovócitos poderá ser a última fronteira em termos de autodeterminação reprodutiva.

<sup>12</sup> O procedimento de DGPI apresenta especificidades do ponto de vista médico (Geraedts e De Wert, 2009, p. 315/325) e do ponto de vista do seu enquadramento legal (Raposo, 2007, p. 59/84).

<sup>13</sup> Gravidezes múltiplas são um factor de risco, quer para os embriões, quer para a gestante (El-Toukhy, Bhattacharya, Akande, on behalf of the Royal College of Obstetricians and Gynaecologists, 2018).

## REFERÊNCIAS

AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Age and Fertility. 2012. Disponível em <[https://www.reproductivefacts.org/globalassets/rf/news-and-publications/bookletsfact-sheets/english-fact-sheets-and-info-booklets/Age\\_and\\_Fertility.pdf](https://www.reproductivefacts.org/globalassets/rf/news-and-publications/bookletsfact-sheets/english-fact-sheets-and-info-booklets/Age_and_Fertility.pdf)>.

AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Oocyte or Embryo Donation to Women of Advanced Reproductive Age: An Ethics Committee Opinion Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine. **Fertility and Sterility** [recurso electrónico]. Vol. 116, n.º 5, 2016, p. e3-e7. Doi: 10.1016/j.fertnstert.2016.07.002.

BANCALEIRO, Cláudia. Facebook e Apple pagam congelamento de óvulos às funcionárias. **Jornal Público**, 15.10.2014. Disponível em <<https://www.google.com/r?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.publico.pt%2Feconomia%2Fnoticia%2Ffacebook-e-apple-pagam-congelacao-de-ovulos-as-funcionarias-1672953&ei=sbgLVeibO-fHmAXO-oGABw&usg=AFQjCNFXf-55NRWHkriqL-WQwMevnpoh3Ww&sig2=CvQy3mUfIA9Ho-B8amY3A&bvm=bv.88528373,d.dGY>>.

BEAUJOUAN, Éva; Sobotka, Tomáš. **Late Motherhood in Low-Fertility Countries: Reproductive Intentions, Trends and Consequences. Human Fertility Database Research Report HFD RR-2017-002**. Vienna: Vienna Institute of Demography, 2017.

BERNSTEIN, S.; WIESEMANN, C. Should Postponing Motherhood Via “Social Freezing” Be Legally Banned? An Ethical Analysis. **Laws**. Vol. 3, 2014, p. 282-300.

CATRIN E.; ARGYLE; HARPER, Joyce C. et al. Oocyte Cryopreservation: Where Are we Now? **Human Reproduction Update**. Vol. 22, n.º 4, 2016, p. 440-449.

CETIN, I.; COZZI, V.; ANTONAZZO, P. Infertility as a Cancer Risk Factor - A Review. **Placenta** [recurso electrónico]. Vol. 29, 2008, p. 169-177. DOI= 10.1016/j.placenta.2008.08.007.

CHIAN, R.C.; WANG, Y.; LI, Y.R. Oocyte Vitrification: Advances, Progress and Future Goals. **Journal of Assisted Reproduction and Genetics**. Vol. 31, n.º 4, 2014, p. 411-420.

D'ONOFRIO, B.M.; RICKERT, M.E.; FRANS, E.; et al. Paternal Age at Childbearing and Offspring Psychiatric and Academic Morbidity. **JAMA Psychiatry**. Vol. 71, n.º 4, 2014, p. 432-438. DOI= 10.1001/jamapsychiatry.2013.4525.

DE MUNCK, N.; VAJTA, G. Safety and Efficiency of Oocyte Vitrification. **Cryobiology** [recurso electrónico]. Vol. 78, 2017, p. 119-127. Doi:10.1016/j.cryobiol.2017.07.009.

DOVEY, D. Pregnancy Over 50: Ethical Considerations That Must Go into Deciding When You're Too Old to Give Birth. **Medical Daily**, Feb 15, 2015. Disponível em <<http://www.medicaldaily.com/pregnancy-over-50-ethical-considerations-must-go-deciding-when-youre-too-old-give-322184>>.

EL-TOUKHY, T.; BHATTACHARYA, S.; AKANDE, V.A.; on behalf of the ROYAL COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNAECOLOGISTS. Multiple Pregnancies Following Assisted Conception. Scientific Impact Paper No. 22. **BJOG**. 2018.

ESHRE TASK FORCE ON ETHICS AND LAW; DONDORP, W.; DE WERT, G.; et al. Oocyte Cryopreservation for Age-Related Fertility Loss. **Human Reproduction** [recurso electrónico]. Vol. 27, 2012, p. 1231-1237. DOI= <https://doi.org/10.1093/humrep/des029>.

EUROSTAD. Life Expectancy at Birth, EU-27, 2002-2018, July 2020. Disponível em <[https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Mortality\\_and\\_life\\_expectancy\\_statistics](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Mortality_and_life_expectancy_statistics)>.

EUROSTAT. Women Are Having Their First Child at an Older Age. 19 Março 2019. Disponível em <<https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/DDN-20190318-1>>.

FISSEHA, S.; CLARK, N.A. Assisted Reproduction for Postmenopausal Women. **Virtual Mentor American Medical Association Journal of Ethics** [recurso electrónico]. Vol. 16, n.º 1, 2014, p. 5-9.

Frans, E., Maccabe, J.H.; Reichenberg, A. Advancing Paternal Age and Psychiatric Disorders. **World Psychiatry** [recurso electrónico]. Vol. 14, n.º 1, 2015, p. 91-93. DOI= 10.1002/wps.20190.

FRITZ, Rani; JINDAL, Sangita. Reproductive Aging and Elective Fertility Preservation. **Journal of Ovarian Research** [recurso electrónico] Vol 11, n.º 1, 2018. Doi:10.1186/s13048-018-0438.

GERAEDTS, J.P.; DE WERT, G.M. Preimplantation Genetic Diagnosis. **Clinical Genetics**. Vol. 76, n.º 4, 2009, p. 315-325. Doi:10.1111/j.1399-0004.2009.01273.x.

GOOLD, I.; SAVULESCU, J. In Favour of Freezing Eggs for Non-Medical Reasons. **Bioethics**. Vol. 23, 2009, p. 47-58.

JOHNSON, K.M. My Gametes, My Right? The Politics of Involving Donors' Partners in Egg and Sperm Donation. **The Journal of Law, Medicine & Ethics** [recurso electrónico]. Vol. 45, n.º 4, 2017, p. 621-633. <https://doi.org/10.1177/1073110517750601>.

KARIMZADEH, M.A., GHANDI, S.; TABIBNEJAD, N. Age as a Predictor of Assisted Reproductive Techniques Outcome. **Pakistan Journal of Medical Science**, Vol. 24, n.º 3, 2008, p. 378-381.

LIMA, Mariana; SOUSA, Mário; OLIVEIRA, Cristiano, et al. Síndrome de Hiperestimulação Ovárica: Experiência de um Centro de Medicina da Reprodução 2005-2011. **Acta Médica Portuguesa**. Vol. 26, n.º 1, 2013, 24-32.

LIU, K.; CASE, A. Advanced Reproductive Age and Fertility. **Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada**. Vol. 33, n.º 11, 2011, p. 1165-1175.

MALIK, Sonia. What Should Be the Upper Age Limit for Reproduction? **Journal of Mid-Life Health** [recurso electrónico]. Vol. 4, n.º 4, 2013, p. 201-202. Doi:10.4103/0976-7800.1222e

MEYER, C. **The Wondering Uterus: Politics and the Reproduction of Women**. New York and London: New York University Press, 1997.

NATIONAL CENTER FOR CHRONIC DISEASE PREVENTION AND HEALTH PROMOTION - DIVISION OF REPRODUCTIVE HEALTH. Assisted Reproductive Technology 2012 – Fertility Clinic Success Rates Report. 2014. Disponível em <[http://www.cdc.gov/art/pdf/2012-report/art\\_2012\\_clinic\\_report-full.pdf](http://www.cdc.gov/art/pdf/2012-report/art_2012_clinic_report-full.pdf)>.

PENNINGS, Guido. Ethical Aspects of Social Freezing. **Gynecol Obstet Fertil** [recurso electrónico]. Vol. 41, 2013, p. 521-523. DOI= 10.1016/j.gyobfe.2013.07.004.

PIERCE, Nicolea; MOCANU, Edgara. Female Age and Assisted Reproductive Technology. **Global Reproductive Health** [recurso electrónico]. Vol. 3, n.º 2, 2018, p. e9. Doi:10.1097/GRH.000000000000009.

PLATT, I; CHEN, C.; MAZZUCCO, A.E. Delayed Childbearing: Should Women Freeze Their Eggs? National Center For Health Research, 2014. Disponível em <<http://center4research.org/i-saw-it-on-the-internet/delayed-childbearing-should-women-freeze-their-eggs/>>.

PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, AND THE PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY. Mature Oocyte Cryopreservation: A Guideline. **Fertility and Sterility** [recurso electrónico]. Vol. 99, n.º 1, 2013, p. 37-43. DOI= <http://dx.doi.org/10.1016/j.fertnstert.2012.09.028>.

PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, AND PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY. Essential Elements of Informed Consent for Elective Oocyte Cryopreservation: A Practice Committee Opinion. **Fertility and Sterility** [recurso electrónico]. Vol. 90, n.º 5, 2008a, S134-S135. DOI= 10.1016/j.fertnstert.2007.10.009.

PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, AND PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY. Ovarian Tissue and Oocyte Cryopreservation. **Fertility and Sterility** [recurso electrónico]. Vol. 90, n.º 5, 2008b, p. S241-S246. DOI= <http://dx.doi.org/10.1016/j.fertnstert.2008.08.039>.

PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE, AND THE PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY. Mature Oocyte Cryopreservation. **Fertility and Sterility** [recurso electrónico]. Vol. 99, n.º 1, 2013, p. 37-43. Doi: 10.1016/j.fertnstert.2012.09.028.

PRÄG, P.; MILLS, M.C. Assisted Reproductive Technology in Europe. Usage and Regulation in the Context of Cross-Border Reproductive Care. **Families and Societies**. Working Paper Series, 43, 2005. Disponível em <<http://www.familiesandsocieties.eu/wp-content/uploads/2015/09/WP43PragMills2015.pdf>>.

PRATA, N.; TAVROW, P.; UPADHYAY, U. Women's Empowerment Related to Pregnancy and Childbirth: Introduction to Special Issue. **BMC Pregnancy Childbirth** [recurso electrónico]. Vol. 17, n.º 352, 2017. <https://doi.org/10.1186/s12884-017-1490-6>.

RAPOSO, Vera Lúcia. Pode Trazer-me o Menu, Por Favor? Quero Escolher o Meu Embrião. **Lex Medicinæ**. Vol. 4, n.º 8, 2007, p. 59-84.

RAPOSO, Vera Lúcia. O Dilema do Rei Salomão: Conflitos de Vontade quanto ao Destino dos Embriões Excedentários. **Lex Medicinæ**. Vol. 5, n.º 9, 2008, p. 55-79.

RAPOSO, Vera Lúcia. O Corpo Humano, a “Nova Galinha dos Ovos de Ouro”. **Lex Medicinæ**. Vol. 8, n.º 15, 2011, p. 47-64.

RAPOSO, Vera Lúcia. Embriões. Investigação Embrionária e Células Estaminais. **Lex Medicinæ**. Vol. 9, n.º 18, 2012, p. 47-70.

RAPOSO, Vera Lúcia. **O Direito à Imortalidade (O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro**. Coimbra: Almedina, 2014.

RAPOSO, Vera Lúcia. Querido, Congelei os Ovócitos. In Loureiro, João; Pereira, André; Barbosa, Carla (org.). **Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira**, Volume 4. Coimbra: Almedina, 2016, p. 207-230

RAPOSO, Vera Lúcia. Single, Successful Lady Is Looking for... A Baby. **JBRA Assisted Reproduction** [recurso electrónico]. Vol. 21, n.º 3, 2017a, p. 161-162. Doi:10.5935/1518-0557.20170032.

RAPOSO, Vera Lúcia. The 50s Are the New 30s: And You Can Still Have Kids due to Oocyte Cryopreservatio', **Athens Journal of Health** [recurso electrónico]. Vol. 4, n.º 3, 2017b, p. 209-228.

RAPOSO, Vera Lúcia. Em Defesa do Direito à Disposição do Corpo. In SEGUNDO, Elpídio Paiva Luz; CAVALCANTI, Bruno; MENDES, Angelin (Org.). **Diálogos Sino-Luso-Brasileiros Sobre Jurisdição Constitucional e a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck**. Salvador, Brasil: Juspodivm, 2018a, p. 77-116.

RAPOSO, Vera Lúcia. Health Care is Only Available for Good Boys and Girls. **WAML Newsletter**. January/March 2018b.

RAPOSO, Vera Lúcia. Wrongful Genetic Connection: Neither Blood of my Blood, nor Flesh of my Flesh. **Medicine, Health Care and Philosophy** [recurso electrónico]. Vol. 23, 2020, p. 309-319. <https://doi.org/10.1007/s11019-019-09927-1>.

RAPOSO, Vera Lúcia; PRATA, Catarina; DE OLIVEIRA, Isabel Ortigão. Human Rights in Today's Ethics: Human Rights of the, Unborn (Embryos and Foetus)? **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol**. Vol. 62/63, 2010, p. 95-111.

SAUER, M.V.; PAULSON, R.J.; LOBO, R.A. Oocyte Donation to Women of Advanced Reproductive Age: Pregnancy Results and Obstetrical Outcomes in Patients 45 Years and Older. **Human Reproduction**. Vol. 11, 1996, p. 2540–2543.

SHKEDI-RAFID, S.; HASHILONI-DOLEV, Y. Egg Freezing for Non-Medical Uses: The Lack of a Relational Approach to Autonomy in the New Israeli Policy and in Academic Discussion. **Journal of Medical Ethics**. Vol. 38, 2011, p. 154–157.

SPECCHIA, C.; BAGGIANI, A.; IMMEDIATA, V.; et al. Oocyte Cryopreservation in Oncological Patients: Eighteen Years Experience of a Tertiary Care Referral Center. **Frontiers in Endocrinology** [recurso electrónico]. Vol. 10, 2019. <https://doi.org/10.3389/fendo.2019.00600>.

WENNERHOLM, U.B.; SODERSTROM-ANTTILA, V.; BERGH, C. et al. Children Born After Cryopreservation of Embryos or Oocytes: A Systematic Review of Outcome Data. In: **Database of Abstracts of Reviews of Effects (DARE): Quality-assessed Reviews** [recurso electrónico]. York (UK): Centre for Reviews and Dissemination (UK), 2009, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK77743/>.

WOLFF, M.; GERMEYER, A.; NAWROTH, F. Fertility Preservation for Non-Medical Reasons. **Deutsches Ärzteblatt International** [recurso electrónico]. Vol. 112, n.º 3, 2005, p. 27–32. DOI= 10.3238/arztebl.2015.0027.

ZWEIFEL, J.E. Donor Conception from the Viewpoint of the Child: Positives, Negatives, and Promoting the Welfare of the Child. **Fertility and Sterility** [recurso electrónico]. Vol. 104, 2015, p. 513–519. DOI= <http://dx.doi.org/10.1016/j.fertnstert.2015.06.014>.