



NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

Solicita-se permuta
Pídense canje
On demande l'échange
Si richiede la scambio
We ask for exchange
Wir bitten um Austausch.



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2018

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC
Volume 38.1 — jan./jun. 2018

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristina Frota Mont'Alverne

Editor Assistente

Álisson José Maia Melo

Equipe editorial

Ana Paula Ferreira

Beatriz Nogueira

Breno Alfeu

Natália Batista

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes

António José Avelás Nunes

Carmen Lopez-Rendo Rodriguez

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Eric Canal-Forgues

Federico Di Bernardi

Fernando Araújo

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Frédérique Coulée

Giovanni Luchetti

Giovanni Moschetti

Hugo de Brito Machado

Jefrrrey Owens

João Luís Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luís Caballero

Juarez Freitas

Júlia Motte-Baumvol

Luís M. Alonso González

Paulo Bonavides

Tarin Cristina Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

V. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral. Órgão oficial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

ISSN — 1807-3840

1 — Direito-periódico.

1 — Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.



SOBRE OS AUTORES

Adriana de Oliveira Gonzaga Bisi

Doutora em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Mestre em Teoria, Sociologia e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), professora de Teoria Geral do Direito da Graduação da FDV.

Alexandre de Castro Coura

Professor do programa de doutorado e mestrado em direitos e garantias fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), coordenador do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional, promotor de justiça, doutor e mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Amanda Querino dos Santos Barbosa

Mestra em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Campus Jacarezinho, da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Foi Bolsista da CAPES. Membro dos Conselhos Municipais de Direitos do município de Santo Antônio da Platina. Participa do grupo de pesquisa: Democracia e Direitos Fundamentais, vinculado ao Programa de mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Pesquisa a Participação Popular por intermédio dos Conselhos de Políticas Públicas como forma de efetivação dos Direitos Fundamentais e consolidação da Democracia.

André Frandoloso Menegazzo

Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade, pela Faculdade Meridional (IMED). Pós-graduando em Gestão de Operações Societárias e Planejamento Tributário, pelo Instituto Nacional de Estudos Jurídicos e Empresariais (INEJE). Bolsista CNPq. Advogado.

Camila Beatriz Simm

Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Celso Correia Neto

Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas . Atualmente, ocupa o cargo de Chefe de Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal e é professor do mestrado e da graduação da Universidade Católica de Brasília (UCB) e da pós-graduação lato sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Cynara Monteiro Mariano

Pós-doutora pela Universidade de Coimbra (2012), Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2009), Mestre em Direito Público (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará(2005) e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998). Professora da graduação e do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Vice-Presidente do Instituto Latino Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia - ILAEDPD, Diretora Acadêmica do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA, Ex-presidente da Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará - FESAC (2004/2006) e da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-CE (2006). Consultora ad hoc e membro do Grupo Assessor Especial da Diretoria de Relações Internacionais da Capes, parecerista de revistas e periódicos científicos no País e autora dos livros “;Controle de Constitucionalidade e Ação Rescisória em Matéria Tributária”; (Del Rey, 2006), “;Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?”; (Del Rey, 2010), “;O Supremo Tribunal Federal e Os Casos Dificeis”; (Conceito, 2012) e “;Estado, Política e Direito Administrativo”; (Lumen Juris, 2017). Atua e pesquisa principalmente nas áreas de Direito Administrativo, Direito Econômico e Direito Constitucional, dedicando-se às seguintes temáticas: Reforma do Estado, Serviços Públicos, Jurisdição Constitucional, Separação dos Poderes e Poder Constituinte.

Daniel Amin Ferraz

Mestre em Direito empresarial pela Universidade de Coimbra, Portugal; Doutor em Direito Internacional pela *Universidad de València*, Espanha; Pesquisador OMC – Genebra (2004); Professor do Programa de Mestrado/ Doutorado em Direito do UniCEUB, Brasília; Advogado.

Daury Cesar Fabriz

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stritu Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais (Mestrado) da Faculdade de Direito de Vitória. Coordenador do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Professor e Advogado.

Denise Lucena Cavalcante

Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutora pela PUC / SP. Professora de Direito Tributário e Financeiro da graduação e pós-graduação (UFC-FA7). Procuradora da Fazenda Nacional — Ministério da Fazenda / Brasil.

Dominique Rousseau

Professor da Escola de Direito da Universidade Paris 1 Panthéon Sorbonne. Co-Diretor da Escola de Direito da Sorbonne. Diretor do Instituto de Ciências Jurídicas e Filosóficas da Sorbonne. Membro honorário do Instituto Universitário da França. Membro do Conselho Superior da Magistratura da França (2002-2006). Presidente do Conselho Científico da Associação Francesa de Direito Constitucional.

Felipe Braga Albuquerque

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Secretário-Geral do Instituto Latino Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia (ILAEDPD). Conselheiro do Instituto Cearense de Direito Administrativo (ICDA).

Fernando de Brito Alves

Doutor em Direito. Professor Adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná, onde coordena o Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica. Professor das Faculdades Integradas de Ourinhos.

Godwin Onuoha

African Research Fellow in the Democracy, Governance and Service Delivery (DGSD) programme of the Human Sciences Research Council (HSRC), Pretoria, South Africa.

Helena Florindo da Silva

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (CAPES 4). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (CAPES 4). Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória. Pós-Graduado em Direito Público e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro Diretor da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Coordenador do Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito da Faculdade São Geraldo (FSG - Cariacica/ ES). Membro do Corpo Editorial da Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade São Geraldo. Professor do Curso de Direito da Faculdade São Geraldo. Professor da Pós-graduação - Lato Senso - em Direito da Faculdade São Geraldo em parceria com o Centro de Evolução Profissional (CEP). Professor do Centro de Evolução Profissional (CEP). Revisor Ad Hoc

da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Goiás (UFG), da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva e da Revista *Juris Plenum Ouro*. Advogado.

Henrique Luiz Ferreira Coelho

Especialista em Direito Processual Civil. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Advogado.

Isabelly Cysne Augusto Maia

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduanda em Direito Administrativo pela PUC-Minas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (Magna cum laude).

Jhonatan Da Silva Sousa

Pós-Graduando em Direito Público pelo Centro de Ensino Superior de Maringá - Unicesumar; Pós-Graduando *Latu Sensu* em Direito Processual Civil pela Instituição Damásio Educacional em Maringá. Advogado no Paraná.

José Álvaro Cálix Rodrigues

Investigador social y analista político. Doctor en Ciencias Sociales con Orientación en la Gestión del Desarrollo Sostenible (Universidad Nacional Autónoma de Honduras). Miembro del grupo de trabajo Transformación Social-Ecológica en América Latina, auspiciado por la Fundación Friedrich Ebert.

José de Lima Ramos Pereira

Professor de Direito Processual Civil e de Direito do Trabalho. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB/DF). Especialista em Direito Processual Civil – *Latu Sensu* pela Universidade Federal do RN (UFRN). Procurador Regional do Trabalho da PRT 21ª Região (designado como membro titular da 2ª Subcâmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho).

José Roberto Rodrigues Afonso

Economista e Contabilista. Doutor em Economia pela UNICAMP e Mestre pela UFRJ. Professor da cadeira de Federalismo do Mestrado de Direito Constitucional do IDP. Pesquisador do FGV/IBRE e Consultor especializado em Finanças Públicas e Federalismo, inclusive de organismos internacionais.

Júlio Cesar Francisco

Pedagogo (2014), Mestre em Educação (2017) e Doutorando em Educação pela Universidade Federal de São Carlos. Atualmente é bolsista CAPES (2017 – Atual) e foi bolsista CNPq (2015-2017), FAPESP (2012-2014) e CAPES (2010-2012). Consultor especializado em Sistema Socioeducativo.

Laís Khaled Porto

Advogada. Assessora Jurídico-Legislativa da SEDICT/DF. Pós-Graduanda em Direito Tributário e Finanças Públicas e Mestranda em Direito Constitucional pelo IDP.

Leila Maria Bijos

Doctor of Philosophy (PhD) in Sociology and Criminology, pela Saint Mary's University, Canadá. Professorado Mestrado Stricto Sensu em Direito, Universidade Católica de Brasília.

Loan Kizzi Reina

Mestranda em Direito pela UFBA. Procuradora da Fazenda Nacional na Bahia

Lorena Lyra

Mestranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Especialista em Gestão Pública e Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará. Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

Melina Rocha Lukic

Doutora e Mestre pela Université Paris III – Sorbonne Nouvelle em cotutela com a Universidade Federal de Santa Catarina. Foi professora de Direito Tributário da Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito e pesquisadora do Centro de Pesquisas em Direito e Economia da FGV-Direito Rio. Professora visitante da Universidade de Toronto.

Oksandro Osdival Gonçalves

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor titular de Direito Comercial da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Comercial - Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta

Pós-Doutorado na Universidade de Munique, Alemanha. Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da UFBA e da UCSAL Juiz Federal na Bahia. Ex-Pesquisador do CNPQ.

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

Mestre em Direito pela UGF-RJ, Doutor em Direito pela PUC-Minas e Doutor em Filosofia pela UFRJ. Professor da Pós-graduação "Strictu Senso", Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais, da

Roberto da Silva

Pedagogo (UFMT 1993), mestre (USP 1998), doutor (USP 2001) em Educação e Livre Docente em Pedagogia Social (USP 2009). É professor do Departamento de Administração Escolar e Economia da Educação, da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. Foi conselheiro Científico do ILANUD - Instituto Latino Americano para Prevenção ao Delito e Tratamento da Delinquência (1998-2004); do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária do Estado de São Paulo (1998-2004); do Conselho Estadual do Adolescente (2011-2015); do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Santos/SP . Foi consultor do Unicef para abrigos; consultor para Educação em Prisões da OEI - Organização dos Estados Iberoamericanos (2006-2008). Assessorou a Secretaria da Administração Penitenciária na implantação de 21 Centros de Ressocialização no Estado de São Paulo e a Secretaria Municipal de Educação de São Paulo na implantação de 21 CEUs - Centros Educacionais Unificados. Assessorou a OEI na elaboração da Rede Latinoamericana para Educação em Prisões (REDLECE) e os governos dos estados de Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Santa Catarina e Bahia na elaboração do Plano Estadual de Educação em Estabelecimentos Penais (2010). Coordena o Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Educação em Regimes de Privação da Liberdade (GEPÉPrivação, CNPq, 2006), o Grupo de Pesquisa Pedagogia Social (CNPq, 2005) e o Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Educação em Angola (GEPÉUlan), por meio do qual a USP está realizando um Mestrado Internacional em Educação com a Universidade Lueji A'Nkonde, de Angola. É o organizador dos Congressos Internacionais de Pedagogia Social e das Jornadas Brasileiras de Pedagogia Social. É presidente da Associação Brasileira de Pedagogia Social (ABRAPSocial), vice-presidente do CEDHECA Paulo Freire e integra o Conselho Curador do Museu da Pessoa. É autor de vários livros e artigos sobre questões relacionadas a abrigos, medidas socioeducativas, sistema penitenciário e Educação. Sua última publicação é o livro Ciência da Delinquência: o olhar da USP sobre o ato infracional, o infrator, as medidas socioeducativas e suas práticas (Expressão & Arte, 2014). Tem experiência na formação de licenciados, mestres e doutores, elaboração e avaliação de políticas públicas.

Salete Oro Boff

Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (2008). Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (2005). Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional (IMED). Professora da UFFS e da Fac. CNEC Santo Ângelo. Email: salete.oro.boff@gmail.com.

Sandro Lucio Dezan

Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho - UMinho, Braga, Portugal; Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV; e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV.

Sérgio Guerra

Pós-Doutor (*Visiting Researcher*, Yale Law School), Doutor e Mestre em Direito. Pós-Doutor em Administração Pública. Diretor e Professor Titular de Direito Administrativo do Programa de Mestrado em Direito da Regulação da Escola de Direito da FGV Rio. Editor da Revista de Direito Administrativo — RDA. Coordenador Geral do Curso Internacional Business Law da University of California - Irvine. Embaixador da Yale University no Brasil. Vogal da Comissão de Arbitragem e Árbitro da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem. Árbitro da Câmara de Arbitragem da Federação da Indústria do Paraná e do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem - CBMA. Consultor jurídico da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ.

Valéria Silva Galdino Cardin

Pós-doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e do Centro Universitário de Maringá-PR - UNICESUMAR; Advogada no Paraná.

Wilton Bisi Leonel

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Mestre em Teoria, Sociologia e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), professor de Ciência Política e Teoria do Estado da Graduação da FDV, e professor de Direito Penal, da Universidade Federal Fluminense.



SUMÁRIO

DOUTRINA NACIONAL

APONTAMENTO SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E SUSTENTABILIDADE: POR UM LIMITE JURÍDICO DA INOVAÇÃO

André Frandoloso Menegazzo

Salete Oro Boff 19

REFLEXÕES ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA DO ICMS E O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Camila Beatriz Simm

Oksandro Osdival Gonçalves 41

RESISTÊNCIA E GERENCIAMENTO DE CRISE NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO NO ESTADO DO CEARÁ

Roberto da Silva

Júlio Cesar Francisco 65

A BUSCA PELA SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONTROVÉRSIAS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 A PARTIR DA TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Heleno Florindo da Silva

Daury Cesar Fabriz 83

CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS SUAS DECISÕES E PROCEDIMENTOS

Fernando de Brito Alves

Amanda Querino dos Santos Barbosa 103

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO: UMA ANÁLISE DA REVERSÃO FISCAL NO DIREITO PORTUGUÊS E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Paulo Roberto Lyrio Pimenta

Loan Kizzi Reina 127

PROVAS ILÍCITAS: O DIREITO COMPARADO E O STF

Leila Maria Bijos

José de Lima Ramos Pereira 151

O USO DE PADRÃO DECISIONAL <i>EXTRAJURÍDICO</i> PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E A TENTATIVA DE DEMONSTRAÇÃO DE UMA <i>RAZÃO JURÍDICA SUFICIENTE</i> NO CASO DO JULGAMENTO DA “DESAPOSENTAÇÃO”	
<i>Sandro Lucio Dezan</i>	
<i>Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha</i>	179
O SIGNIFICADO DO COMUNISMO NA TEOLOGIA POLÍTICA DE CARL SCHMITT E DE FRANCISCO CAMPOS	
<i>Adriana de Oliveira Gonzaga Bisi</i>	
<i>Wilton Bisi Leonel</i>	
<i>Alexandre de Castro Coura</i>	197
DIPSOMANIA: CONCEITUAÇÃO E REPERCUSSÕES LABORAIS	
<i>Lauro Ericksen</i>	
<i>Aline Mestrinho Cintra</i>	223
COMPARAÇÕES ENTRE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E COISA JULGADA NOS PARÂMETROS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	
<i>Valéria Silva Galdino Cardin</i>	
<i>Jhonatan Da Silva Sousa</i>	245
AS COMPENSAÇÕES FINANCEIRAS DA UNIÃO AOS ESTADOS E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 25	
<i>José Roberto Rodrigues Afonso</i>	
<i>Laís Khaled Porto</i>	
<i>Celso Correia Neto</i>	269
O CONTRATO DE <i>JOINT VENTURE</i> NO PROCESSO DE <i>CATCHING UP</i> : SUA ADOÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO	
<i>Daniel Amin Ferraz</i>	
<i>Henrique Luiz Ferreira Coelho</i>	291
ANÁLISE DA VEDAÇÃO AO FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS POR PESSOAS JURÍDICAS À LUZ DA SOCIOLOGIA JURÍDICA	
<i>Lorena Lyra</i>	
<i>Felipe Braga Albuquerque</i>	319
REGULAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DAS BANDEIRAS TARIFÁRIAS	
<i>Sérgio Guerra</i>	
<i>Melina Rocha Lukic</i>	357
REFLEXÕES SOBRE A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO STF EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	
<i>Denise Lucena Cavalcante</i>	379

POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS PARA EFETIVAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ACESSO A MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO: ANÁLISE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS Nº 566.471/RN E Nº 657.718/MG.

Cynara Monteiro Mariano

Isabelly Cysne Augusto Maia 391

DOUTRINA ESTRANGEIRA

O PROCESSO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

Dominique Rousseau 419

FROM THE COUP TO THE 2013 ELECTIONS: IMAGINARIES OF CHANGE AND HONDURAN RESISTANCE PATHS

J. Álvaro Cálix R. 429

PLURALITY AND DISEMPowerMENT IN AN ERA OF NEOLIBERAL DEMOCRACY: NIGERIA AND SOUTH AFRICA COMPARED

Godwin Onuoha 441

DOCTRINA NACIONAL



APONTAMENTO SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E SUSTENTABILIDADE: POR UM LIMITE JURÍDICO DA INOVAÇÃO

*André Frandoloso Menegazzo**

*Salete Oro Boff***

Resumo

Pretende-se demonstrar a importância da inserção da sustentabilidade como um limite jurídico da inovação. Considera-se a insustentabilidade da 'pegada ecológica'¹ e tem-se como hipótese que a origem desse cenário não reside apenas nos elevados padrões de consumo, mas, e, sobretudo, na inexistência de um paradigma sustentável na matriz estruturante do regime jurídico de proteção das inovações, especialmente na concessão de patentes. Esse resultado é revelado por meio de um paralelo entre concepções doutrinárias e estatísticas sobre o estado da natureza, do desenvolvimento econômico e da propriedade intelectual. Para se atingir o objetivo da pesquisa, utilizou-se o método hipotético-dedutivo e as técnicas de revisão bibliográfica e do confronto de dados estatísticos.

Palavras-chave

Propriedade Intelectual. Desenvolvimento. Sustentabilidade. Inovação.

NOTES ON INTELLECTUAL PROPERTY AND SUSTAINABILITY: BY AN LEGAL LIMIT OF INNOVATION

Abstract

It is intended to demonstrate the importance of inserting of sustainability as an emerging legal limit to innovation. It is considered the unsustainability of the 'Ecological Footprint' and it

* Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade, pela Faculdade Meridional (IMED). Pós-graduando em Gestão de Operações Societárias e Planejamento Tributário, pelo Instituto Nacional de Estudos Jurídicos e Empresariais (INEJE). Bolsista CNPq. Advogado. Email: menegazzo@advocaciaempresarialrs.com.br.

** Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (2008). Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (2005). Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional (IMED). Professora da UFFS e da Fac. CNEC Santo Ângelo. Email: salete.oro.boff@gmail.com.

¹ O termo Pegada Ecológica foi criado pelos cientistas canadenses Mathis Wackernagel e William Rees, no final do séc. XX, com o objetivo de estudar o espaço de terra no planeta necessário para manter a existência humana segundo seus padrões de consumo. Atualmente, é utilizado na exploração científica de novos modelos de Desenvolvimento Sustentável, principalmente para demonstrar o estado em que se encontra a natureza.

has been hypothesized that the origin of this scenario lies not only within the high consumption patterns, but, and above all, in the absence of a sustainable paradigm in the structural matrix of the legal regime for protecting innovations, especially through patents. This result is revealed through a parallel between doctrinal concepts and statistics on the state of nature, the Economic Development and Intellectual Property. To achieve the objective of this research, it was used the hypothetico-deductive method and techniques of literature review and comparison of statistical data.

Keywords

Intellectual Property. Development. Sustainability. Innovation.

1. INTRODUÇÃO

Os paradigmas adotados na estruturação de modelos de desenvolvimento de determinada sociedade, em grande medida, delineiam a sua configuração social. Na medida em que se busca a elevação das taxas do Produto Interno Bruto (PIB), privilegiam-se estruturas jurídico-normativas que promovam a circulação de bens no mercado, independentemente de suas consequências para o meio ambiente.

Atualmente, não são raras as notícias sobre desastres ambientais, elevação dos níveis de emissão de gás carbônico na atmosfera e aumento da geração de resíduos sólidos. Ao mesmo tempo, o comércio movimenta a economia e o crescimento do PIB, a partir da introdução de novos produtos no mercado e pelo consumo excessivo e despreocupado desses bens materiais, o que compromete a integridade do meio ambiente. A pegada ecológica, na magnitude em que se encontra, é insustentável.

Na tentativa de encontrar uma possível solução, parte-se da hipótese segundo a qual a sua origem não reside apenas nos elevados padrões de consumo, mas, e, principalmente, na inexistência de um paradigma relacionado à sustentabilidade ecológica na matriz estruturante do regime jurídico de proteção das inovações, especialmente das patentes.

Por meio do método hipotético-dedutivo e das técnicas de revisão bibliográfica e do confronto de dados estatísticos, o objetivo geral desse trabalho consiste em demonstrar a importância da inserção da sustentabilidade como um limite jurídico da inovação. Para tanto, pretende-se cumprir objetivos específicos. Inicialmente, revelar-se-á que a propriedade intelectual, desde a sua origem, no séc. XIX, mantém sua estrutura edificada sob mesmo paradigma econômico, o que proporciona a introdução no comércio de inovações insustentáveis ecologicamente.

A demonstração do estado da economia e do meio ambiente possibilitará relacionar propriedade intelectual – sobretudo no que se refere as patentes –, desenvolvimento econômico, pegada ecológica e sustentabilidade. Por fim, um paralelo entre as estatísticas e a conceituação daquilo que se entende

por sustentabilidade permitirá a confirmação da hipótese e o alcance do objetivo geral.

2. O PARADIGMA ECONÔMICO NO MARCO REGULATÓRIO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A propriedade intelectual representa o conjunto de direitos e garantias concedido aos criadores pelo Estado. Como meio de regulamentar os interesses convergentes de vários Estados, em matéria de propriedade intelectual, são utilizados os Tratados e Convenções Internacionais². Tem-se como propulsores na matéria a Convenção União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, de 1883; e a Convenção da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 1886. (BASSO, 2010)

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI/WIPO, criada em 1967, com sede em Genebra, com *status* de Organismo Especializado da ONU, em 1974, passa a tratar da propriedade intelectual, reunindo os direitos de autor e conexos e os da propriedade industrial.³

Posteriormente, o TRIPS/ADPIC - Acordo sobre os Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio - integra o Acordo Constitutivo da OMC, vinculando todos os Estados-Membros da Organização. O Tratado objetiva a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual de modo a contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e a difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de forma a conduzir ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações. (BASSO, 2010)

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI)⁴, em seu art. 2º, define a propriedade intelectual como o conjunto de direitos relativos

² Hildebrando Accioly identifica os tratados e convenções internacionais como “as manifestações de um acordo de vontade entre Estados”, com o fim de melhor proteger os direitos dos indivíduos (inventores). ACCIOLY, Hildebrando. **Direito Internacional Público**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 14-15.

³ Conforme artigo art. 2º, VIII da Convenção de Estocolmo, inclui-se os direitos relativos: - às obras literárias, artísticas e científicas; - às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão; - às invenções em todos os domínios da atividade humana; - às descobertas científicas; - aos desenhos e modelos industriais; - às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais; - à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

⁴ Desde 1967, constituiu-se como órgão autônomo na estrutura das Nações Unidas a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), englobando os dois principais tratados internacionais sobre o tema, as Uniões de Paris e de Berna. Com sede em Genebra, Suíça, a OMPI é o fórum global no que diz respeito aos serviços, políticas, cooperação e informação no domínio da Propriedade Intelectual. Para tanto, estabelece procedimentos e conceitos relacionados ao tema. (OMPI, 1967)

às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico. (OMPI, 1967)

A doutrina nacional explora o tema a partir do conceito delineado pela Convenção da OMPI. Na ótica de Cerqueira (2012, p. 33), a propriedade intelectual representa o conjunto de “interesses resultantes das concepções da inteligência e do trabalho intelectual, encarados, principalmente, sob o aspecto do proveito material que deles pode resultar”. Para uma visão mais ampla, Silveira (2005) reconhece o conteúdo obrigacional do direito de propriedade intelectual, colocando-o como objeto nos negócios jurídicos de alienação ou licença de exploração, além das obrigações decorrentes de atos ilícitos de violação de segredo industrial ou outros atos de concorrência desleal. Corrobora Wachowicz (2011, p. 340) destacando que a informação também poderá ser protegida com exclusividade em favor de uma ou várias pessoas em especial, limitando seu acesso pelo público, quando “se traduza numa criação intelectual suscetível de proteção nos termos das regras do direito de autor ou do direito industrial merece, em princípio, ser objeto de direito exclusivos”.

Para Gandelman (2004, p. 55), a propriedade intelectual consiste em um aglomerado de “princípios, normas, regras e procedimentos que têm como objeto um direito de propriedade sobre bens imateriais, mais especificamente sobre o conhecimento produzido e acumulado pelo homem, bem como a tecnologia desenvolvida”. Desse modo, refere-se aos direitos resultantes de atividades intelectuais nos campos industrial, científico, literário e artístico.

As formas de conhecimento técnico e científico protegidas pela Propriedade Intelectual compreendem, basicamente, dois subsistemas: (i) os direitos de autor e conexos (relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão); (ii) e a Propriedade Industrial, que abrange as patentes de invenção e os modelos de utilidade, o desenho industrial, as marcas e a concorrência desleal.

Embora consagrem em sua essência os principais direitos relacionados à Propriedade Intelectual, esses dois subsistemas não esgotam a sua totalidade. A própria convenção da OMPI, ao indicar a possibilidade de proteção de todos os direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico, indica a não taxatividade dos direitos da PI. Nesse sentido, Barbosa (2013, p. 9) lembra algumas formas *sui generis* de proteção da criação humana, como o sistema de proteção às topografias de semicondutores (Lei

11.484/2007), aos cultivares (Lei 9.456/97) e aos programas de computador (Lei 9.609/98)⁵.

As ideias e crenças em torno das quais os interesses convergiram para a formação do regime jurídico da Propriedade Intelectual pautaram-se na convicção de que a proteção à Inovação tecnológica estimula a criatividade e, consequentemente, a inserção de novos produtos e processos produtivos no mercado. Desse modo, ao transformar os bens intelectuais em mercadorias, a PI fomenta a circulação de bens e impulsiona o progresso econômico.

Durante a Idade Média (período compreendido, aproximadamente, entre os sécs. V ao XV), uma das principais fontes de poder da Igreja consistia na autoridade sobre o conhecimento. Ao julgar e determinar a sua validade, a Igreja detinha uma espécie de controle sobre o conhecimento e a propagação de ideologias que Stálin, Hitler e Pol Pot invejariam (BERNSTEIN, 2015, p. 43). Entretanto, a partir do Renascimento (período entre os sécs. XV ao XVII, aproximadamente), o comportamento em torno do conhecimento alterou-se substancialmente.

O homem passou a compreender as suas forças intelectuais e, principalmente, a possibilidade de se valer delas livremente. Com isso, o resultado do trabalho intelectual deixa de ser uma dádiva divina, outorgada e comandada pelos preceitos da Igreja, e para ser o meio de expressão de liberdade e de ideias próprias. O critério de julgamento de validade do conhecimento, que até então era o da autoridade de quem o produz, passa a ser a sua utilidade comercial, a possibilidade de circular na economia e trazer progresso e riqueza (GANDELMAN, 2004, p. 59).

Iniciava-se, com isso, uma relação intensa entre inovações tecnológicas e progresso econômico. Nesse cenário de constantes inovações vivenciado no Renascimento que se desenvolveram, pela primeira vez, os conceitos, princípios e fundamentos que serviram de base para a formulação dos vários sistemas jurídicos de proteção à Propriedade Intelectual. Mais precisamente, foi no início do Renascimento, no séc. XV que ocorreram as primeiras manifestações relacionadas a proteção jurídica da criação humana (GANDELMAN, 2004, p. 62). Tratavam-se de privilégios concedidos aos proprietários das gráficas na comercialização de obras literárias. À época, os livreiros adquiriam a produção literária dos escritores e assumiam o risco da sua comercialização. Com efeito, quem se beneficiava da proteção eram os livreiros, e não os escritores. Nesse

⁵ Inobstante, discute-se a inclusão do sistema de proteção aos dados confidenciais apresentados às autoridades para autorização de comercialização de agrotóxicos e outros produtos relacionados (Lei 10.603/2002) no rol de direitos da Propriedade Intelectual. Se o entendimento for pela sua inclusão, trata-se de mais um mecanismo peculiar de proteção da criação humana, além daqueles já mencionados.

ambiente, havia uma constante disputa entre liberdade de expressão e liberdade de comércio.

Nessa mistura entre privilégio e censura, foi criada, em Veneza, a prática de solicitar ao governo local um selo de autorização de impressão e venda da obra literária. Tornado obrigatório em 1526, o selo possibilitava ao Estado o controle prévio do conteúdo que seria comercializado e, em contrapartida, conferia ao livreiro o privilégio do monopólio da atividade gráfica sobre aquela obra.

Mais tarde, em 1709, na Inglaterra, foi criado o *Estatuto de Anne* ou *Copyright Act*, o qual conferia ao autor – e não mais ao livreiro - o direito de propriedade da obra literária desde a sua criação, sem a necessidade de formalidades ou o preenchimento prévio de requisitos formais e de conteúdo. Ou seja, o selo havia sido abandonado. Essa lógica de proteção de direitos autorais foi adotada posteriormente pela Convenção de Berna, em 1886, e, recentemente, em 1994, pelo Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs) (GANDELMAN, 2004). No Brasil, a legislação atual segue essa mesma estrutura.⁶

Entretanto, o paradigma econômico da Propriedade Intelectual, em que pese tenha marcado seus traços na origem da estrutura jurídica de proteção aos direitos autorais, localiza-se, principalmente, na matriz estruturante da Propriedade Industrial, sobretudo, no regime jurídico das patentes. O início desse regime também remonta ao período do Renascimento, época em que as inovações tecnológicas ganharam intensa representatividade na economia mundial.

Com isso, se tornou clara a importância das patentes para a circulação de mercadorias. Segundo Bernstein (2015, p 59), a primeira patente que se tem registros históricos foi concedida pela cidade de Florença, em 1421. O agraciado pelo privilégio, Filippo Brunelleschi, desenvolveu um barco que possibilitava o transporte de mármore e outras mercadorias pelo rio Arno. Entretanto, a patente foi concedida discricionariamente pelo governo local, posto que ainda não existia nenhum sistema legal com a sistematização dos requisitos e procedimentos para a obtenção do privilégio.

Essa sistematização jurídica ocorreu, primeiramente, em Veneza, em 1474. Na ocasião, criou-se o primeiro estatuto relacionado à Propriedade Industrial, o qual já continha os princípios e a matriz estruturante dos regimes jurídicos atuais. O respectivo estatuto definiu os seguintes requisitos para a

⁶ Segundo o art. 7º da Lei 9.610/98, “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”. O art. 18, a seu turno, destaca que “a proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”.

concessão da patente: novidade; aplicação industrial; e a divulgação do segredo. Além disso, o estatuto limitou o prazo do privilégio e elencou penalidades para as violações ao direito exclusivo do titular. (GANDELMAN, 2004, P. 86)

A criação da patente como um mecanismo de proteção da criação intelectual “coincide com a transformação da obra intelectual em mercadoria que tem seu próprio mercado, e cujo valor cresce quando mais o mercado se amplia”. Assim, a origem da Propriedade Industrial, sobretudo do regime de patentes, estrutura-se sob o paradigma econômico, sem preocupações com os aspectos sociais, culturais e ambientais da Inovação. (GANDELMAN, 2004, p. 94),

Em 1623, o Parlamento da Inglaterra editou o Estatuto dos Monopólios, o qual buscava na proteção jurídica da Inovação tecnológica o progresso e o Desenvolvimento Econômico do país. Na França, em 1711, desenvolveu-se um centro de produção têxtil com base no sistema de patentes, o que demonstra, mais uma vez, o desejo pela circulação de mercadorias na espinha dorsal do regime jurídico da Propriedade Intelectual. Os Estados Unidos editou o seu primeiro estatuto da PI em 1793, chamado de *Patent Act*, de autoria de Thomas Jefferson. Para os norte-americanos, é o incentivo do privilégio conferido pela propriedade o principal estímulo para a realização de pesquisa e desenvolvimento para a Inovação.

Durante o séc. XIX, ocorreu uma mudança capital na relação entre ciência e tecnologia. Em vez de a indústria influenciar a atividade científica – o que ocorria até então -, a ciência e a Inovação passam a nortear os rumos da indústria e, com efeito, da própria economia. Novas máquinas surgiram nas indústrias espalhadas, principalmente, pela Europa e América do Norte, o telégrafo facilitou a comunicação e a troca de informações e as ferrovias aceleraram o transporte terrestre. Na visão de Bernstein (2015, p. 23), “começando por volta de 1820, o ritmo do avanço econômico se acelerou de modo perceptível, o que tornou o mundo um lugar melhor para se viver. O que aconteceu? Uma explosão de avanços tecnológicos até então inédita”.

Diante desse contexto, no final do século XIX, orientados pelo paradigma da eficiência econômica por meio da proteção da Propriedade Intelectual, foi criada uma união internacional com essa finalidade. Os países fornecedores de tecnologia se uniram e criaram a União de Paris para a proteção da Propriedade Industrial, na Convenção de Paris, em 1883. (GANDELMAN, 2004, p. 98)

Na ocasião, mantendo-se na mesma linha do pioneiro modelo veneziano, foram estabelecidos requisitos comuns para a concessão de patentes, quais sejam: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Em 1994, o

Acordo TRIPs estruturou-se sob esse mesmo paradigma econômico, sem nenhuma alteração substancial na seleção dos requisitos para a introdução no mercado de produtos e processos patenteados.

Segundo o art. 27, item 1, do referido Acordo, “qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial”. O item 2 do mesmo artigo revela alguma preocupação com o meio ambiente na concessão de patentes ao estabelecer a seguinte possibilidade:

Os Membros [Países signatários do acordo] podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação.

Com essa disposição, o Acordo TRIPs conferiu aos países signatários a possibilidade de inserir um paradigma relacionado à Sustentabilidade na concessão de patentes. Entretanto, não foi o que ocorreu no Brasil. Segundo o art. 8º da Lei 9.279/96, conhecida como Lei de Propriedade Industrial, “é patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”. Embora o art. 18⁷ dessa lei tenha indicado o que não é possível patentar, nenhuma menção foi feita aos produtos e processos que possam causar prejuízos ao meio ambiente.

Inobstante, ao indicar a aplicação industrial como requisito, o sistema atual exige a possibilidade de produção em massa, estimulando os pesquisadores e inventores a desenvolverem inovações dessa natureza. Assim, tornou-se possível a concessão do privilégio da Propriedade Intelectual a qualquer produto ou processo produtivo que atenda aos requisitos acima, independentemente de seus efeitos na natureza.

O desenvolvimento de um mercado cada vez mais amplo para um comércio de bens, cujo valor está relacionado diretamente à tecnologia de sua produção, independentemente do reflexo desse sistema no meio ambiente,

⁷ “Art. 18 - Não são patenteáveis: I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas; II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.”

pauta os requisitos para a concessão dos direitos inerentes a Propriedade Industrial, principalmente no sistema de patentes. Entretanto, a Inovação gerada a partir do atual regime jurídico de Propriedade Industrial expira efeitos nocivos a integridade da natureza, ampliando o espaço da pegada ecológica e (re)desenhando um novo território de (de)crescimento. Como argumenta Fiorillo (2012, p. 94) “Não há dúvida de que o desenvolvimento econômico também é um valor precioso na sociedade. Todavia, a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico devem coexistir, de modo que aquela não acarrete a anulação deste”.

3 OS (D)EFEITOS DA PEGADA ECOLÓGICA E O TERRITÓRIO DE (DE)CRESCIMENTO

Estabelecida em 1972, e atualmente com sede em Nairóbi, no Quênia, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) é a agência do Sistema das Nações Unidas (ONU) responsável por promover a conservação do meio ambiente e o uso eficiente de recursos em busca do Desenvolvimento Sustentável. Na organização interna do PNUMA, ainda consta o Painel Internacional de Recursos (IRP), órgão responsável pela avaliação científica sobre o uso sustentável de recursos naturais. Em outubro de 2015, por meio do relatório intitulado *“International Trade in Resources: a biophysical assessment”*⁸, produzido pelo IRP, o PNUMA revelou os principais impactos do comércio mundial no meio ambiente. (IRP, 2015)

O relatório examinou as exigências de recursos pelo comércio, como materiais, energia, terra e água usadas no país que produz as mercadorias. Segundo os dados divulgados, os países vêm se tornando cada vez mais dependentes da circulação de novos produtos, com 40% dos recursos extraídos no mundo ligados direta ou indiretamente ao comércio. O valor das trocas comerciais internacionais cresceu seis vezes e o seu volume mais que dobrou entre 1980 e 2010.

A pesquisa realizada levou o IRP a expor algumas conclusões. A quantidade de recursos globais extraídos e utilizados, cerca de 65 bilhões de toneladas em 2010, vem aumentando em uma taxa mais baixa que o comércio, o que significa o aumento da dependência dos países no comércio de bens materiais. Além disso, do total de recursos extraídos e utilizados ao redor do mundo, 15% são diretamente comercializados, ou seja, estão agregados fisicamente a produtos. Esse proporção torna-se ainda mais impactante, chegando a 40%, quando incluídos os recursos utilizados no processo produtivo, ligados, portanto, indiretamente aos produtos postos em circulação.

⁸ Em português: “Comércio Internacional em Recursos: uma análise biofísica”.

Segundo o IRP, o modelo de inserção de novos produtos no mercado e o índice extremamente elevado de consumo humano, associados ao declínio da quantidade de minérios e a diminuição da produtividade da terra, aumentam as exigências de recursos naturais pelo comércio. Consequentemente, torna o sistema de circulação de bens, nos padrões atuais, insustentável ecológicamente.

O Banco Mundial, por sua vez, monitora a produção mundial de resíduos sólidos, consequência lógica do consumo em massa da população e do modelo de inserção de novos produtos no mercado. Segundo relatório realizado pela organização, intitulado *“What a Waste: a global review of solid waste management”*⁹, nas três últimas décadas, a geração de resíduos sólidos urbanos (RSU) aumentou três vezes mais rápido que a população. (WORLDBANK, 2012)

Sete bilhões de seres humanos produzem anualmente 1,4 bilhão de toneladas de RSU. Isso significa uma média de 1,2 kg por dia per capita. O ranking mundial de produção de resíduos sólidos é liderado pelos Estados Unidos da América, com 624.700 toneladas/dia (t/d). Em seguida, aparecem, sucessivamente, China (520.548 t/d), Brasil (149.096 t/d), Japão (144.466 t/d), Alemanha (127.816 t/d), Índia (109.589 t/d), Rússia (100.027 t/d), Reino Unido (97.342 t/d), México (99.014 t/d) e França (90.493 t/d).

Do total de 3.532.255 t/d de resíduos sólidos gerados no mundo inteiro, 1.566.286 t/d é gerada pelos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ou seja, pelos países mais ricos, com um elevado índice de Inovação tecnológica e Desenvolvimento Econômico. A pesquisa revela, ainda, que se a taxa de crescimento for mantida nesse mesmo ritmo, na metade do séc. XXI, o planeta Terra terá 9 bilhões de habitantes e 4 bilhões de toneladas de lixo urbano por ano.

Os dados demonstram, portanto, que o modelo de produção e introdução no mercado de novos produtos e dos padrões atuais de consumo estão em desarmonia com as potencialidades de geração de matéria-prima pela natureza. Essa relação entre as necessidades humanas e a extração de recursos naturais para manter as exigências de consumo material revela o tamanho da pegada ecológica do ser humano, desenha o ambiente de convivência no planeta e, consequentemente, define o cenário em que deve se operar o Desenvolvimento.

Segundo Dobson (2006), cada organismo, seja uma bactéria, uma baleia ou ser humano, tem um impacto sobre a terra. Todos os seres vivos dependem de produtos advindos da natureza. Nesse contexto, o impacto do ser humano

⁹ Em português: “Que desperdício: uma revisão global de gestão de resíduos sólidos”. (WORLDBANK, 2012)

no meio ambiente está relacionado com a quantidade de natureza que considera apropriada para sustentar os padrões de consumo. Na retórica do autor:

The ecological footprint is the environmental space we occupy as we go about our daily lives – and because we go about our daily lives in very different ways, our ecological footprints are of different sizes. The planet on which we live is of finite size; therefore, there is a limited amount of environmental space to share out (DOBSON, 2007, p. 277)¹⁰.

Assim, a pegada ecológica representa todos os recursos naturais necessários para manter a sobrevivência de uma espécie, inclusive, a espécie humana. Segundo Dobson (2006, p. 85), os principais problemas ambientais, como a emissão excessiva de poluentes na atmosfera, a produção de resíduos sólidos em grande escala e a extração desregulada de recursos naturais, geralmente, são de escala supranacional, posto que seus efeitos ultrapassam as fronteiras territoriais de um determinado país. Logo, a pegada ecológica, além de revelar o impacto da atividade humana sobre o meio ambiente, desenha o espaço político de atuação da cidadania ecológica¹¹.

Nessa mesma linha de raciocínio crítico, Bauman (2011, p. 162) destaca, pois, que a economia consumista, estruturada para promover a constante circulação de produtos e riquezas materiais, encontra seu apogeu quando mais dinheiro muda de mãos. E isso ocorre, justamente, quando os produtos consumidos são lançados ao lixo. Ou seja, a elevação constante das taxas de produção de resíduos sólidos refletem a despreocupação ética tanto na produção de novos produtos e implementação de processos produtivos, quanto no consumo desses bens.

Para Bauman (2011, p. 214), numa sociedade de consumidores, a felicidade é proporcionada quando o ser humano faz coisas ou adquire coisas para, logo em seguida, serem descartadas. E isso se deve, em grande medida, pelos modelos de Desenvolvimento que buscam a elevação constante das taxas do Produto Interno Bruto (PIB), independentemente das consequências sociais e ecológicas dessas ações.

Nesse paradigma estritamente econômico de Desenvolvimento, a introdução no mercado de novos produtos a partir da Inovação torna-se o motor

¹⁰ Em português: “A pegada ecológica é o espaço ambiental que ocupamos no planeta, como utilizamos ele diariamente - e porque nós utilizamos de maneiras muito diferentes, nossas pegadas ecológicas são de tamanhos diferentes. O planeta em que vivemos é de tamanho finito. Portanto, existe uma quantidade limitada de espaço ambiental para repartir”.

¹¹ Partindo desse cenário, Dobson (2006) propõe que os novos paradigmas de Desenvolvimento sejam construídos a partir de um novo conceito de cidadania, a cidadania ecológica. Para tanto, o autor propõe a desterritorialização do atual conceito de cidadania – superando os modelos liberal e republicano – e, com efeito, a instituição de um novo espaço político.

de satisfação dos desejos, necessidades, compulsões e vícios do ser humano. Segundo Bauman (2011, p. 165):

A velocidade com a qual a cavalgada das inovações sai em disparada a fim de exceder qualquer objetivo feito à medida da demanda já registrada deve ser alucinante a ponto de lançar a perspectiva de domesticação e assimilação das novidades bem além da capacidade humana normal. Na economia consumista, em geral, os produtos surgem e só então se buscam aplicações para eles; muitos viajam para o depósito de lixo sem encontrar qualquer utilidade.

Na sociedade de consumo, como a atual, a Inovação surge com o objetivo de tornar o consumidor insatisfeito com o produto que tem em mãos, por quanto o novo possui ainda mais funcionalidades, mesmo que inúteis. Em virtude dessa tendência patológica de produção de bens indiscriminadamente, para que a Sustentabilidade se torne um critério ético na sociedade, exige-se uma mudança paradigmática dos modelos de produção e do comportamento do ser humano com os bens materiais. É preciso uma (re)construção subjetiva dos preceitos orientadores da conduta humana, daquilo que se pretende com a economia e, ainda, do próprio papel do Estado (BAUMAN, 2011, p. 167).

Destarte, tendo em vista esse descompasso existente entre a necessidade de extração de recursos naturais para manter os padrões atuais de produção e de consumo humano e os limites finitos do meio ambiente, fato gerador da pegada ecológica, Latouche (2009) propõe a realização de um decrescimento sereno.

Na retórica de Latouche (2009, p. 25), o espaço bioprodutivo necessário para suprir as exigências do modo de vida do ser humano, tanto do ponto de vista da equidade de direitos de saque da natureza quanto do ponto de vista da capacidade da biosfera, é plenamente insustentável. Na dicção do autor (2009, p. 27):

Nosso crescimento econômico excessivo choca-se com os limites da finitude da biosfera. A capacidade de regeneração da Terra já não consegue acompanhar a demanda: o homem transforma os recursos em resíduos mais rápido que a natureza consegue transformar esses resíduos em novos recursos.

Levando em consideração as necessidades de matéria e energia aclamadas pela população e os limites finitos da natureza, o paradigma de crescimento atual, pautado, sobretudo, pela permanente indução ao consumo e a circulação de bens, na visão do autor, ocasiona uma pegada ecológica em desassonância com aquilo que a natureza pode oferecer. Portanto, insustentável.

Partindo desse cenário, o autor propõe aquilo que chama de decrescimento sereno. Não se trata de retroagir a modelos anteriores e abandonar ino-

vações tecnológicas surgidas recentemente. Pretende-se, isso sim, a (re)fundação do conceito de progresso e, por conseguinte, de próprio crescimento. O objetivo principal da concepção proposta por Latouche (2009), seguindo na mesma linha de Bauman (2011), é enfatizar fortemente a necessidade de se deixar de lado a busca de crescimento ilimitado da economia movida pela elevação permanente das taxas do PIB. Isso porque, nesse modelo, há uma latente despreocupação com a Sustentabilidade e, consequentemente, com a humanidade. Mantendo-se o modo de vital atual, ou parte-se para uma mudança de comportamento (decrecimento) ou aguarda-se a barbárie¹².

Na tentativa de construção de uma sociedade autônoma de Desenvolvimento sustentável, Latouche (2009, p. 42/58) propõe oito mudanças interdependentes que se reforçam mutuamente e formam o círculo virtuoso do decrecimento sereno: reavaliar o comportamento humano e os paradigmas de crescimento; reconceituar ou redefinir/redimensionar instituições que formam o imaginário econômico, como os conceitos de riqueza e de pobreza; reestruturar, adaptando as estruturas normativas aos novos valores; redistribuição de renda e de acesso ao meio ambiente; relocalizar a análise dos problemas ambientais, porquanto toda decisão econômica, política e cultural que possa ser tomada em escala local deve ser tomada localmente; reduzir, tanto o consumo quanto tempo de trabalho, a fim de diminuir o impacto sobre a biosfera dos modos de produção e consumo; reutilizar e reciclar, posto que diminui o desperdício e compacta o alcance da pegada ecológica.

Dobson, Bauman e Latouche partem de um mesmo pressuposto: o de que a pegada ecológica, na magnitude em que se encontra, é insustentável, tanto em virtude do consumo em massa no comércio local, quanto em razão da elevada necessidade de agregação de recursos naturais na matéria física desses produtos. Trata-se de uma premissa corroborada pelos dados divulgados por organizações internacionais, como a ONU e o Banco Mundial.

Partindo do cenário exposto, conclui-se pela necessidade de remodelação de paradigmas que impulsionam o Desenvolvimento Econômico. A pegada ecológica desenha o território de atuação da Inovação e da economia. Ademais, levando em consideração que o modelo de Desenvolvimento atual é impulsionado pela circulação de bens, e que a introdução de novos produtos no mercado é direcionada, entre outros fatores, pela Propriedade Intelectual - sobretudo no que se refere as patentes -, deve-se analisar a relação existente entre PI, Desenvolvimento Econômico, pegada ecológica e Sustentabilidade.

¹² Nas palavras de Latouche (2009, p. 4): “A palavra de ordem ‘decrecimento’ tem como objetivo principal meta enfatizar fortemente o abandono do objetivo do crescimento ilimitado, objetivo cujo motor não é outro senão a busca do lucro por parte dos detentores do capital, com consequências desastrosas para o meio ambiente e portanto para a humanidade”.

4 PROPRIEDADE INTELECTUAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: ENTRE A PEGADA ECOLÓGICA E A SUSTENTABILIDADE

Embora a demonstração da magnitude da pegada ecológica revele o que não é sustentável, para que se possa alcançar um dos objetivos específicos desse trabalho e estabelecer a relação entre Propriedade Intelectual, Desenvolvimento Econômico, pegada ecológica e Sustentabilidade, deve-se definir o que se entende por Sustentabilidade¹³.

Destarte, foi justamente em virtude dos reflexos nocivos ao meio ambiente ocasionados pelas inovações no período do Renascimento, mais precisamente, durante o Iluminismo (séc. XVIII), que o termo Sustentabilidade começou a ser utilizado. Segundo Bosselmann (2015, p. 34), “se a ascensão do pensamento iluminista trouxe sucesso econômico sem precedentes, trouxe, também, fracasso ecológico sem precedentes”. Em resposta à crise, os governos da época adotaram medidas drásticas de reflorestamento e promulgaram leis fundadas na ideia de Sustentabilidade Ecológica.

O sucesso do manejo florestal e de pastagens promovidos por aquelas leis foi eficaz até o séc. XIX, período em que a civilização industrial alcançou seu apogeu. Segundo Bosselmann (2015, p. 33), a Revolução Industrial ocorrida nessa época levou a uma profunda transformação da terra e do uso dos recursos naturais sobre três diferentes aspectos: (i) ambiental: as necessidades de produção das indústrias levou o sistema agrícola a expandir seus limites naturais; (ii) filosófico: as descobertas no campo da física realizadas por Newton passaram a ser utilizadas para a exploração dos recursos naturais em desrespeito aos limites da natureza; (iii) energético: a energia fóssil começou a ser utilizada com maior intensidade.

Segundo o autor, esses aspectos desenharam o modelo da economia moderna, alicerçada sobre a utilização intensiva e insustentável de recursos naturais e com uma visão de curto prazo. Inobstante, o Direito refletiu essa mudança, na medida em que passou a construir sistemas jurídicos a partir da um novo modelo de propriedade – incluindo, em seu bojo, a Propriedade Intelectual -, sujeitando a natureza ao exclusivo controle privado.

Constatase, desde logo, que as inovações ocorridas durante o período iluminista deram origem tanto aos direitos de propriedade intelectual quanto ao termo sustentabilidade, que passou a ser utilizado em razão dos efeitos dessas inovações na pegada ecológica do ser humano. E essa relação entre a extração de recursos naturais e as necessidades humanas configura a espinha dorsal do conteúdo da sustentabilidade.

¹³ Veja-se a dissertação de mestrado sobre o tema da sustentabilidade EMERY, Emerson Baldotto. **O desenvolvimento sustentável como elemento determinante do princípio da eficiência em procedimentos licitatórios.** Porto Alegre: PUCRS, 2014. Dissertação de Mestrado.

Segundo Bosselmann (2015, p. 25), a noção de sustentabilidade é, ao mesmo tempo, simples e complexa. Na sua forma mais elementar, a sustentabilidade reflete a necessidade básica do ser humano: “O ar que respiramos, a água que bebemos, os solos que fornecem nossos alimentos são essenciais para nossa sobrevivência. A regra básica da existência humana é manter a sustentabilidade das condições de vida de que depende” (BOSSELmann, 2015, p. 25). Entretanto, o significado de Sustentabilidade também é complexo.

Seu conteúdo desencadeia uma resposta semelhante ao termo justiça. Assim como a noção daquilo que se entende por justiça reclama uma intensa análise subjetiva, a definição de Sustentabilidade exige uma reflexão aprofundada sobre seus critérios de orientação, valores e princípios. Qualquer discurso de sustentabilidade é essencialmente um discurso ético: “É no âmbito dos valores básicos, portanto, que a sustentabilidade – como a justiça – deve ser concebida em primeiro lugar. Por esta razão, a visão de uma sociedade ‘justa e sustentável’ não é um sonho distante, mas condição de qualquer sociedade civilizada” (BOSSELmann, 2015, p. 27).

Segundo Freitas a sustentabilidade exige uma mudança “mental” da sociedade, que para sair dessa “rotina” sem limites, deve transformar-se de uma “sociedade de conhecimento para uma sociedade de autoconhecimento”. (2012, p.25) O conceito de sustentabilidade, muito além de mero interesse econômico, de mercado e crescimento, deve ser entendido como natural, social e econômico simultaneamente. (2012, p. 31) Esse paradigma da “sustentabilidade” destaca a importância da consideração de suas diversas dimensões que são interdependentes e indivisíveis quando atreladas ao termo em questão. Segundo Freitas alguns aspectos nucleares devem estar reunidos para que este paradigma possa se implementar na sociedade, como:

- a) a consideração de que sustentabilidade é uma determinação ética e jurídico- institucional, constitucionalmente tutelado no Brasil no art. 3º, 170, VI, e 225; é uma determinação ética e jurídico-institucional de responsabilização objetiva do Estado pela prevenção e precaução; é uma determinação ética e jurídico-institucional de sindicabilidade ampliada de escolhas públicas e privadas; é uma determinação ética e jurídico-institucional de responsabilidade pelo desenvolvimento de baixo carbono, compatível com os valores constitucionais que não se coadunam com a ânsia mórbida do crescimento econômico como fim em si.” (2012, p. 32)

Atualmente, o debate em torno da sustentabilidade adotou a perspectiva do desenvolvimento sustentável. Nesse contexto, o conceito de desenvolvimento sustentável deve se relacionar, diretamente, com a sustentabilidade ecológica. Trata-se da aplicação do princípio da sustentabilidade na matriz de um novo modelo de desenvolvimento.

O desenvolvimento sustentável não exige um ato de equilíbrio entre as necessidades das pessoas que vivem hoje e as necessidades das pessoas que viverão no futuro, nem um ato de equilíbrio entre as necessidades econômicas, sociais e ambientais. A noção de desenvolvimento sustentável, se as palavras e a sua história tem algum significado, é bastante clara. Ele evoca para o desenvolvimento baseado na sustentabilidade ecológica a fim de atender as necessidades das pessoas que vivem hoje e no futuro. Entendido dessa forma, o conceito fornece conteúdo e direção. Ele pode ser usado na sociedade e executado por meio do Direito. (BOSSELMANN, 2015, p. 28)

Nesse passo, a sustentabilidade encontra-se diretamente relacionada à proteção do meio ambiente em sua plenitude, exigindo o uso racional e moderado dos recursos naturais, respeitando seus limites e sua finitude. Com isso, pretende ver assegurada a qualidade de vida para a presente e para as futuras gerações. Como afirmam Bizawu, Toledo & Lopes (2017, p. 103), “a preservação do meio ambiente está relacionada à própria manutenção das relações comerciais, bem como a conservação dos recursos naturais indispensáveis para o desenvolvimento do comércio”.

Diversos acordos e tratados internacionais têm utilizado o termo desenvolvimento sustentável na tentativa de promover a conciliação entre a busca de progresso e riqueza e o respeito aos limites da natureza. Nessa órbita, destaca-se o documento final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável - Rio+20. Seu conteúdo exige que o desenvolvimento de objetivos e metas, tal qual aplicado em relação aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, seja relacionado a busca do desenvolvimento sustentável.

Após mais de três anos de discussão, os líderes de governo e de Estado que participaram da Rio+20 aprovaram, por consenso, o documento “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. Ao relatar o estado atual do meio ambiente¹⁴, o documento reconhece a insustentabilidade da pegada ecológica, o que levou os países signatários a se comprometerem, no item 28, a colocar em prática mudanças paradigmáticas: “Governos, organizações internacionais, setor empresarial e outros atores não estatais e indivíduos devem contribuir para a mudança de padrões de consumo e produção não sustentáveis”. (PNUD, 2016)

A análise do teor dos objetivos de desenvolvimento sustentável elencados no texto do documento revela uma forte preocupação em promover o uso racional dos recursos naturais, respeitando a finitude da natureza a as suas

¹⁴ Item 14: “[...] O esgotamento dos recursos naturais e os impactos negativos da degradação ambiental, incluindo a desertificação, secas, a degradação do solo, a escassez de água doce e a perda de biodiversidade aumentam e agravam a lista de desafios que a humanidade enfrenta. A mudança do clima é um dos maiores desafios do nosso tempo e seus efeitos adversos comprometem a capacidade de todos os países em alcançar o desenvolvimento sustentável [...]”.

potencialidades energéticas. Assim, quando se fala em desenvolvimento sustentável, pretende-se a melhoria da qualidade de vida da população e, ao mesmo tempo, manter as forças da natureza, não estimulando modos de produção baseados na degradação ambiental. Com isso, possibilita-se não apenas a presente, mas também as futuras gerações a utilizarem de maneira racional – e, portanto, sustentável –, os recursos naturais.

Sob esse plano de fundo, ao estabelecer as diretrizes normativas da Inovação tecnológica, a propriedade intelectual deve estabelecer critérios jurídicos que assegurem a Sustentabilidade Ecológica na introdução de produtos no comércio. Ocorre, entretanto, que o regime jurídico da propriedade intelectual, principalmente o sistema de patentes construído no séc. XIX, mantém até hoje a sua estrutura sob o paradigma estritamente econômico, buscando na proteção jurídica da inovação o aumento cada vez mais constante de introdução de novos produtos no mercado e, consequentemente, de circulação de bens materiais.

Na tentativa de estabelecer uma relação não apenas teórica, mas, e, sobretudo, prática entre desenvolvimento econômico, propriedade intelectual, pegada ecológica e sustentabilidade, foi realizada a pesquisa a seguir. Na primeira coluna, foram elencados os países com as maiores taxas de Produto Interno Bruto (PIB) no mundo, ou seja, as dez maiores economias do planeta. Os dados foram extraídos de um relatório divulgado pelo Banco Mundial em 29 de dezembro de 2015, e se referem ao PIB de 2014 (BANCO MUNDIAL, 2015).

A segunda coluna retrata o Índice Global de Inovação de 2015 (“*Global Innovation Index – GII*”) (GII, 2016). Trata-se de uma pesquisa elaborada e divulgada pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) em conjunto com Universidade de Cornell (INSEAD). A pesquisa reuniu 79 indicadores relacionados ao tema e formou um ranking dos países com os maiores índices de Inovação no mundo. Além disso, sistematizou um conjunto rico de dados que demonstram as tendências das economias mais inovadoras para os próximos anos. No GII 2015, o tema foi: “*Effective Innovation Policies for Development*”¹⁵. O objetivo principal foi demonstrar o impacto das políticas públicas na Inovação e, com efeito, no Desenvolvimento, sobretudo, Econômico.

Nesse contexto, o GII reflete não apenas a quantidade de Inovação produzida, mas, e, principalmente, a qualidade da Inovação, o impacto no mercado de cada produto ou serviço inovador, as políticas públicas relacionadas ao tema e o desempenho das empresas de cada país pesquisado.

Na terceira coluna, consta o ranking mundial de pedido de patentes de invenção, um dos principais indicadores de Inovação a partir da Propriedade Intelectual. Os dados foram coletados de uma relatório disponibilizado pela

¹⁵ Em português: “Políticas Efetivas de Inovação para o Desenvolvimento”.

Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) em 2015, e se referem aos pedidos de patentes de 2014. Nas primeiras colocações, estão os países que mais solicitaram essa forma de proteção jurídica da Inovação naquele ano, e assim sucessivamente.

Na quarta coluna, constam os países que mais produzem resíduos sólidos no mundo, conforme a classificação indicada nesse trabalho. Na quinta coluna, um retrato dos maiores emissores de dióxido de carbono (CO₂), também conhecido como gás carbônico, na atmosfera. O CO₂ é lançado ao ar, sobretudo, a partir da queima de combustíveis fósseis (gasolina, diesel, querosene, carvão mineral e vegetal), processo comum em países com elevados índices de industrialização. A emissão elevada de CO₂, como tem ocorrido atualmente, ocasiona o efeito estufa e, por consequência, o aquecimento global.

Tabela 1: Propriedade Intelectual, Desenvolvimento Econômico, Pegada Ecológica e Sustentabilidade.

RANKING MAIORES ECONOMIA DO MUNDO		ÍNDICE GLOBAL DE INOVAÇÃO		RANKING MUNDIAL DE PATENTES		RANKING PRODUÇÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS		RANKING EMISSÃO DE CO ₂	
Clas.	País	Clas.	País	Clas.	País	Clas.	País	Clas.	País
1°	EUA	1°	Suíça	1°	China	1°	EUA	1°	China
2°	China	2°	Reino Unido	2°	EUA	2°	China	2°	EUA
3°	Japão	3°	Suécia	3°	Japão	3°	Brasil	3°	Índia
4°	Alemanha	4°	Países Baixos	4°	Coréia do Sul	4°	Japão	4°	Rússia
5°	Reino Unido	5°	EUA	5°	Escritório Europeu de Patentes*	5°	Alemanha	5°	Brasil
6°	França	6°	Finlândia	6°	Alemanha	6°	Índia	6°	Japão
7°	Brasil	7°	Singapura	7°	Índia	7°	Rússia	7°	Indonésia
8°	Itália	8°	Irlanda	8°	Rússia	8°	Reino Unido	8°	Alemanha
9°	Índia	9°	Luxemburgo	9°	Canadá	9°	México	9°	Coréia do Sul
10°	Rússia	10°	Dinamarca	10°	Brasil	10°	França	10°	Rússia e Irã (empatados)

* Escritório de patentes que centraliza a maioria dos procedimentos no continente europeu.

Fonte: elaboração própria, a partir das fontes divulgadas no presente trabalho.

A relação até então teórica entre propriedade intelectual, desenvolvimento econômico, pegada ecológica e sustentabilidade é revelada, em dados, pelo quadro acima. O cenário espelhado é protagonizado por Estados Unidos da América e pela China. As duas maiores economias do mundo são as que mais solicitam patentes de invenção, as que produzem o maior número de resíduos sólidos e, também, as maiores emissoras de CO₂ no planeta. Além disso, os norte-americanos estão entre as nações mais inovadoras. Ou seja, embora

sejam altamente desenvolvidas, causam reflexos nocivos à integridade da natureza.

Japão, Alemanha e Índia também se destacam, aparecendo em quatro das cinco colunas da tabela, o que revela uma forte relação entre os aspectos destacados na pesquisa. O Brasil, por sua vez, muito embora não esteja entre os dez países que mais solicitaram patentes de invenção no mundo e entre os mais inovadores, está entre as dez maiores economias do planeta, entre os maiores produtores de resíduos sólidos, e, ainda, entre os países que mais emitem CO₂.

Além disso, o comparativo com o Índice Global de Inovação demonstra que nem sempre a inovação resulta em progresso e desenvolvimento econômico e, também, que a degradação ambiental não é uma consequência lógica do processo inovador. Reitera-se que o GII destaca a qualidade da inovação, e não a sua quantidade. Ademais, inovar não significa patentear. Patente é apenas um importante instrumento jurídico de proteção da inovação, e a inovação gerada a partir desse mecanismo jurídico, pelos dados expostos na tabela, possuem uma relação com a pegada ecológica e com o desenvolvimento da economia.

Isso significa, portanto, que o estímulo a inovação por meio da propriedade intelectual, sobretudo pelo sistema de patentes, é um indicador de elevação do Produto Interno Bruto dos países que se valem dessa estratégia e, consequentemente, impulsiona a promoção do desenvolvimento econômico. Entretanto, esse desenvolvimento gerado pelas patentes, no regime em que se encontra, estabelece uma relação com a geração de resíduos sólidos e emissão de CO₂ na atmosfera, fatores que impactam a sustentabilidade ecológica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propriedade intelectual, que compreende basicamente o direito de autor, a propriedade industrial e as formas *sui generis*, entendida como o conjunto de princípios, normas e direitos relacionados a proteção jurídica da inovação, desde a sua origem, no séc. XIX, estruturou-se sob uma matriz estritamente econômica. Pouco mais de um século depois, continua estruturada para estimular a circulação de bens materiais, despreocupada com a sustentabilidade ecológica.

A legislação em vigor possibilita a concessão do privilégio da patente a qualquer produto ou processo produtivo que atenda aos requisitos legais, independentemente de seus efeitos na natureza. E, ao indicar a aplicação industrial como requisito para a obtenção de uma patente, o sistema atual exige a possibilidade de produção em massa, estimulando os pesquisadores e inventores a desenvolverem inovações dessa natureza. Com efeito, formou-se uma pegada ecológica insustentável.

Inobstante, o cruzamento de dados realizado nesse trabalho corrobora a hipótese levantada. Não apenas o padrão de consumo humano é insustentável, mas, e, sobretudo, o modelo de produção e introdução no mercado de novos produtos, orientado pela propriedade industrial. Em razão disso, é necessário inserir a sustentabilidade como um limite jurídico à inovação, colo- cando-a como um dos requisitos para a obtenção dos privilégios estabelecidos pelas patentes e extensivo às demais forma de proteção pela propriedade industrial.

Trata-se de uma viragem ética e necessária, na medida em que pretende estimular e proteger as inovações que respeitem os limites e as finitudes dos recursos naturais. Com isso, refunda-se e atualiza-se um instituto jurídico em busca do desenvolvimento sustentável, mantendo-se a integridade do meio ambiente e a qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

RREFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Direito Internacional Pùblico**. 3. ed. São Paulo: Saraiava, 1956.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual** – Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Trad. de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BERNSTEIN, William J. **Uma breve história da riqueza**. Trad. Paulo Eduardo Migliacci. São Paulo: Fundamento, 2015.

BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Lei 9.456/97. Lei de Cultivares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19456.htm?TSPD_101_R0=e0691ef7fc0d4517f7122bb10568182bi2J0000000000000000051a7ba8affff000000000000000000000000000005ae78cc300b5e5bc0e. Acesso em 01 abr. 2018.

BRASIL 11.484/2007. Lei de Incentivo à Indústria. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11484.htm?TSPD_101_R0=bbecb74da3a0ffc09cf4ecfd965205ackT1000000000000000051a7ba8affff00000000000000000000000000000005ae78d250029189dc0. Acesso em 01 abr. 2018.

BRASIL. Lei de Propriedade Industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1995_1997/RET/rlei-9276-96.pdf?TSPD_101_R0=872beda3f984c2a8cb45baf2a68ea4c8pHi00000000000000000051a7ba8ffff00000000000000000000000000005ae78f3f00be591df2. Acesso em 01 abr. 2018.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de propriedade industrial** – Volume I: da propriedade industrial e do objeto dos direitos. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CNUDN - Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável - Rio+20. Rio de Janeiro, Brasil, 2012. Disponível em: http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html

DOBSON, Andrew. **Citizenship and environment**. New York: Oxford University Press, 2006.

_____. **Environmental citizenship: towards sustainable development.** In: Sustainable Development. Sydnei: University of Technology, 2007. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/philosophy/hale/ENVS5200/Dobson%20-%20Ecological%20Citizenship.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2015.

FIORILLO, C. A. P. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13 ed., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GANDELMAN, Marisa. **Poder e conhecimento na economia global**. O regime internacional da propriedade intelectual – da sua formação às regras de comércio atuais. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2004.

GII - Global Innovation Index. Disponível em: <<https://www.globalinnovationindex.org/userfiles/file/reportpdf/GII-2015-v5.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

PNUMA - Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Painel Internacional de Recursos (IRP). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/onumeioambiente/>

Acesso em: 10 de Jan 2016.

IZAWU, Kiwonghi B; TOLEDO, André de Paiva; LOPES, Lívia Cristina Pinheiro. Sustentabilidade econômica e organização mundial do comércio-omc: a crise ética mundial nas relações entre estados. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.14, n.30, p. 99-116, Setembro/Dezembro de 2017.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OMPI A Convenção da OMPI está disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-que-institui-a-organizacao-mundial-da-propriedade-intelectual.html>>. Acesso em: 9 jan. 2016

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Disponível em: <http://www.oecd.org>. Acesso em: 12 jan. 2016.

PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/Docs/TransformandoNossoMundo.pdf>> Acesso em: 17 jan. 2016.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares**. 3a ed. – Barueri, SP: Manole, 2005.

TRIPS - Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1994. Disponível em <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>, Acesso em 12 jan 2016.

WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento econômico e tecnologia da informação. In: PIMENTEL, Luiz Otávio & BARRAL, Welber. Propriedade intelectual e desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

WIPO - World Intellectual Property. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/ipstats/en/wipi/2015/pdf/wipi_2015_patents.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.

WORLD BANK. Disponível em: <<http://data.worldbank.org/data-catalog/GDP-ranking-table>> Acesso em: 14 jan. 2016

Submetido em: 29 mar. 2016. Aceito em: 5 maio 2018.



REFLEXÕES ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA DO ICMS E O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

*Camila Beatriz Simm**
*Oksandro Osdival Gonçalves***

Resumo

O artigo discute o sistema da substituição tributária progressiva do ICMS, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. A substituição tributária, enquanto norma de direito econômico, é capaz de influenciar comportamentos de mercado e afetar a livre concorrência. Assim, o trabalho pretende demonstrar que a substituição tributária é um importante custo de transação que acaba por afetar a livre concorrência, podendo tornar um agente econômico mais competitivo que outro sem que haja, necessariamente, maior eficiência produtiva envolvida.

Palavras-chave

Análise econômica do direito. Intervenção do Estado. Tributação. Políticas Públicas. Substituição Tributária.

REFLECTIONS ON THE PROGRESSIVE ICMS TAX SUBSTITUTION AND THE PRINCIPLE OF FREE COMPETITION FROM THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Abstract

This article aims to study the system of progressive tax substitution ICMS from the perspective of *Law and Economics*. The tax substitution, while economic law, is able to influence market behavior affecting even free competition. Thus, the work aims to demonstrate that the tax substitution is an important transaction cost which ultimately affect free competition and could become a more competitive economic agent to another without necessarily greater productive efficiency involved.

* Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

** Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor titular de Direito Comercial da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Comercial - Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

Keywords

Law and economics. State intervention. Tax. Public Policy. Tax substitution method.

1. INTRODUÇÃO

O artigo tem por objetivo discutir a substituição tributária progressiva ou “para frente” do ICMS, conhecida também por ICMS-ST, porque gera reflexos não somente no campo do direito tributário, mas também na seara do direito econômico, especialmente no âmbito da concorrência.

A substituição tributária, como autêntica norma de direito econômico, promove uma intervenção do estado na ordem econômica que altera o processo de tomada de decisão dos agentes econômicos, impactando sobre a livre concorrência.

Nessa perspectiva, o escopo do trabalho é demonstrar que a substituição tributária do ICMS, enquanto norma de direito econômico, produz impactos sobre a livre concorrência. Para tanto, serão aplicados alguns postulados metodológicos da Análise Econômica do Direito (AED), em especial a teoria dos custos de transação.

Em termos estruturais, o trabalho está dividido em quatro partes. A primeira desenvolve um exame da ordem econômica brasileira, com seus fundamentos, os princípios e a relação entre tributação e concorrência no Brasil.

Na segunda parte, o estudo debruça-se sobre a substituição tributária progressiva do ICMS, analisando as principais críticas ao instituto, tais como as violações aos princípios constitucionais da segurança jurídica, do não confisco, da tipicidade tributária, da capacidade contributiva, da não-cumulatividade e o preceito constitucional de atribuição de competência tributária.

Em seguida, o estudo trata da Análise Econômica do Direito (AED), a qual utiliza instrumentais microeconômicos para examinar o processo de formação das normas jurídicas e seus impactos.

Na próxima unidade, o artigo passa a analisar dados secundários obtidos em estudo divulgado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), elaborado pela consultoria PricewaterhouseCoopers (PwC), que demonstra os impactos do ICMS-ST sobre o processo concorrencial.

O estudo, portanto, utiliza do método dedutivo ao promover uma revisão da literatura sobre o tema, e do método empírico ao utilizar dados secundários oriundos de pesquisa dotada de grande qualidade e profundidade.

2. A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

Segundo Vital Moreira, a ordem econômica consiste no conjunto de regras jurídicas que regem as relações econômicas (1978, p. 69). Para Eros Roberto Grau (2004, p. 63), é um “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica”.

Em sua conformação atual, a ordem econômica brasileira apresenta um conjunto de princípios estruturantes que tratam da política urbana, agrícola e fundiária, bem como do sistema financeiro nacional. Para o estudo ora proposto será adotado um recorte para enfocar principalmente os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, os quais ligam-se intimamente à política fiscal que originou o ICMS-ST.

A livre iniciativa é tanto um princípio como também fundamento da República Federativa do Brasil, o que torna clara uma opção do constituinte originário pelo sistema de produção capitalista (TAVARES, 2011, p. 234). Trata-se, entretanto, de um sistema capitalista abrandado pela mesma Constituição que a reconheceu, através de princípios como os da função social da propriedade, valorização do trabalho humano e da proteção e defesa do consumidor.

Assim, a livre iniciativa traduz a liberdade no âmbito do mercado, assim como nas relações econômicas (HACK, 2014, p. 385). No entanto, André Ramos Tavares (2011, p. 235) adverte que essa liberdade não se restringe à liberdade econômica, ou à liberdade de desenvolvimento de empresa, abrangendo também as demais formas de organizações econômicas, bem como as liberdades comercial e contratual.

Na verdade, a livre iniciativa abarca diversas variáveis, tais como: a liberdade de trabalho (refletida no exercício das mais diversas profissões); a liberdade de empreender (da qual decorre o risco do empreendimento, pois cabe ao empreendedor decidir o que produzir, o quanto produzir, fixar o preço final do produto ou serviço e assim por diante); a liberdade de associação, cujos pressupostos são o direito de propriedade e as liberdades de contratar e comerciar (TAVARES, 2011, p. 237).

Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira (2006, p. 108) ensina que o princípio da livre iniciativa, confere ao empreendedor a faculdade de instalar e realizar seus investimentos, bem assim de competir lealmente e auferir lucros de forma não abusiva. Em suma, da livre iniciativa decorrem as liberdades de instalação e alocação de recursos, de competição e de gestão.

Como já mencionado, existem limites jurídicos, econômicos e socioculturais que abrandam a livre iniciativa. Limites jurídicos, visto que há setores econômicos exclusivos do Estado, como serviços públicos e a exploração e monopólio de petróleo e gás mineral. Limites econômicos são observáveis nos

“monopólios naturais”, situações em que mais de um agente econômico encontra obstáculos de ordem física e tecnológica. Por fim, os limites socioculturais são aqueles em que o exercício da atividade econômica é limitado, a fim de preservar os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho (MOREIRA, 2006, p. 108).

Por isso, é plenamente admissível o condicionamento da livre iniciativa, a fim de garantir a justiça social e o bem-estar coletivo. Como exemplo, destacam-se as limitações impostas pela lei para o exercício de certas atividades econômicas, com vistas à preservação do interesse público (TAVARES, 2011, p. 239-240). Na mesma linha, destaca Luis Eduardo Schoueri (2007, p. 244), ao admitir limitações à livre iniciativa, que a ordem econômica não objetiva garantir-la em si mesma, mas promover a sua existência digna. Daí que aquela é garantida e protegida em razão desta.

Ao lado da livre iniciativa, a ordem econômica brasileira consagra a livre concorrência (art. 170, inciso IV, da CF/88). Ambas não se confundem, embora a última pressuponha a primeira, ainda que o inverso não seja verdadeiro (SCHOUERI, 2007, p. 244).

A livre concorrência, também alçada à condição de princípio da ordem econômica brasileira, garante a situação de igualdade de condições para os competidores, de forma que não hajam monopólios ou distorções de mercado (TAVARES, 2011, p. 256). Isso porque a concorrência é a situação na qual os agentes econômicos oferecem livremente aos consumidores seus produtos, conforme a lógica de mercado (RIBEIRO, 2012, p. 223).

Nesse contexto, a livre concorrência implica na liberdade de ingresso (proibida a estipulação de barreira de entrada e saída), liberdade de exercício e gestão (cada participante do mercado usa de seu poder econômico de forma leal, sem que possam cometam abusos). Ao mesmo tempo, proíbem-se violações a esse princípio mediante condutas dos próprios agentes ou sob a forma de estruturas empresariais (MOREIRA, 2006, p. 109).

Segundo Maria de Fátima Ribeiro (2012, p. 261), o princípio da livre concorrência não se resume à promoção de um estado de equilíbrio preocupado exclusivamente com a eficiência econômica. Ele também é abrandado e deve ser instrumento voltado ao atendimento de outros valores, como a existência digna, a justiça social pautada no trabalho humano e na livre iniciativa.

Nessa linha, livre concorrência não é sinônimo de ausência de intervenção do Estado na ordem econômica, tanto que a própria Constituição Federal prevê a possibilidade dessa interferência na economia para combater abusos

de poder econômico¹ e garantir uma justa concorrência (VOSGERAU; RIBEIRO, 2013, p. 105). Assim, o Estado age para preservar as “regras do jogo” para manter o equilíbrio dos “jogadores”, sem que a livre concorrência se transforme numa liberdade pura (TAVARES, 2011, p. 259).

Em conclusão, a ordem econômica brasileira adotou o sistema capitalista, consagrando os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Esses princípios não se confundem, pois, o primeiro reflete a liberdade na esfera econômica, enquanto o segundo preserva a igualdade de competição dos participantes do mercado. Tais princípios não prescrevem ausência total de intervenção do Estado no domínio econômico, pois tal ingerência é permitida justamente para promover a garantia de outros valores constitucionalmente relevantes. Nesse viés, a tributação é considerada um modo de intervenção estatal na economia que será estudada adiante para, depois, se avaliar o seu impacto sobre a livre concorrência.

2.1. Ordem econômica e tributação

A tributação é um modo de intervenção indireta do Estado no domínio econômico. De acordo com Érico Hack (2014, p. 234), os tributos, além de cumprirem a finalidade fiscal de arrecadar recursos aos cofres públicos, também podem apresentar uma finalidade extrafiscal, na medida em que induzem o comportamento dos agentes econômicos para a promoção da livre iniciativa.²

A relação entre tributação e concorrência é nítida, dado que os tributos têm grande influência na formação dos preços.³ Tanto é assim que a Constituição Federal conta com a previsão do art. 146-A⁴, em que se reconheceu a

¹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

² Sobre o tema, recomendam-se ainda: SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro, Forense, 2005. LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. UFRS, 2005. FOLLONI, André. **Isonomia na tributação extrafiscal**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 10, p. 201-220, jan/jun. 2014.

³ Sobre o tema, com ampla explicação sobre o sistema tributário brasileiro e estudos práticos de impacto dos tributos sobre o preço dos produtos, recomenda-se: KONKEL, Chrisciane Luana. **O impacto dos tributos na formação de preços**. Revista Maiéutica, Indaial, v. 2, n. 1, p. 13-23, 2016.

⁴ Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

relevância da tributação para garantir a livre concorrência (VOSGERAU; RIBEIRO, 2013, p. 104), na medida em que a ausência de concorrência leal é empecilho para o alcance do desenvolvimento econômico sustentável (GONÇALVES; GONÇALVES, 2013, p. 16).

Contudo, Maria de Fátima Ribeiro (2012, p. 268) adverte que a previsão do art. 146-A confere competências tão somente para a fixação de critérios especiais de tributação, com a finalidade de impedir que a tributação constitua um fator de desequilíbrio da concorrência. Não se trata, portanto, de competências para que o ente estatal crie novos tributos ou majore a carga tributária. Com efeito, o dispositivo constitucional afirma que lei complementar poderá prever critérios especiais de tributação e que seu objetivo é prevenir desequilíbrios concorrenenciais, ou seja, a tributação poderá ser utilizada preventivamente. De outro lado, fica a dúvida a respeito da possibilidade do uso correctivo da tributação quando houver desequilíbrio na concorrência causado pela própria tributação, uma vez que a norma constitucional fala apenas em prevenção. Trata-se de jogo gramatical que não se justifica. Se da prevenção de correr uma distorção o próprio legislador tem o dever de promover a correção que causou.

Na mesma linha de pensamento, Luis Eduardo Schoueri (2007, p. 265) afirma que a pretensão do aludido dispositivo constitucional é a de prevenir os desequilíbrios concorrenenciais, permitindo-se ao legislador atuar de modo *ex-ante*. Não se almeja corrigir danos, mas sim estipular critérios de tributação que impeçam desequilíbrios que porventura possam aparecer em razão de uma legislação. Daí que resulta insuficiente a compensação dos agentes prejudicados em virtude dos desequilíbrios, pois estes devem ser evitados. Além de insuficiente, também parece pouco eficiente o dispositivo constitucional, na medida em que o fenômeno mais comum é aquele que ocorre *ex post*, ou seja, em que a lei tributária causa distorção e precisa ser corrigida para deixar de causar danos à concorrência.

Além disso, o art. 146-A da Constituição Federal acolheu explicitamente o princípio da neutralidade tributária. Em poucas palavras, a majoração e desoneração de tributos devem ocorrer de maneira mais neutra possível, sem que constitua um elemento importante nas decisões dos agentes econômicos no tocante a seus investimentos (VOSGERAU; RIBEIRO, 2013, p. 106). Fellipe Cianca Fortes e Marlene Kempfer Bassoli (2010, p. 241), ao enfrentarem o tema da neutralidade tributária sistematizam três aspectos: (i) igualdade de condições no jogo de mercado; (ii) ausência de barreiras estatais de ingresso e permanência no mercado; (iii) interferência estatal nula ou mínima no jogo de mercado.

Desse modo, a partir da noção de neutralidade tributária nenhum tributo pode causar desequilíbrio na concorrência, exceto para combater desigualdades existentes entre os próprios agentes econômicos. Ademais, sob a

perspectiva das barreiras, a neutralidade impõe que a exação não dê azo a impedimentos de ingresso ou permanência em mercado. Por fim, a interferência estatal mínima na seara tributária se expressa quando a formação dos preços se dá segundo as regras de mercado, sem interferência externa (VOSGERAU; RIBEIRO, 2013, p. 106), mesmo que esta seja oriunda de um tributo.

Ocorre que, o tributo jamais será completamente neutro. Trata-se de uma ideia mitológica que deve ser afastada para que a preocupação central seja a de estabelecer níveis ótimos de interferência da exação. Não é à toa que os tributos sempre carregam consigo custos de transação, maiores ou menores, mas eles jamais são inexistentes, e por isso devem ser considerados pelo Estado no momento da sua criação, aumento de alíquota, ou em qualquer outra alteração (GONÇALVES; GONÇALVES, 2013, p. 27-28). Neste mesmo sentido, Luis Eduardo Schoueri (2007, p. 253) alerta que tributos nunca são neutros, haja vista que são normas indutoras do comportamento dos contribuintes. O jurista afirma que a neutralidade tributária não se confunde com não interferência do tributo na economia, pois a neutralidade deve ser concebida em sua acepção mais restrita, qual seja, garantir igualdade de condições competitivas, de forma que produtos com condições similares devem estar submetidos à mesma carga fiscal (2007, p. 254).

Ademais, é preciso atentar para o fato de que o tributo, para além dos objetivos arrecadatórios, serve como fator relevante para promover o desenvolvimento, podendo, inclusive, induzir comportamentos, por exemplo, incentivando através de isenções a instalação de indústrias em uma determinada região do País (ver, Gonçalves, 2012). Trata-se de uma forma de garantir o desenvolvimento econômico nacional como um dos objetivos fundamentais da Constituição Federal.⁵ Esse fato condiciona a produção do direito tributário, bem como o desenvolvimento de sua doutrina, a qual deve estar voltada para um viés de cunho pragmático. Em decorrência disso, o estudo do direito tributário deve levar em consideração os efeitos que a norma acarreta para o ambiente sócio-econômico-ambiental, principalmente se atende ao prescrito pelo texto constitucional (FOLLONI, 2014, s/n)

Nesse contexto, os critérios para aferir a constitucionalidade de um tributo não estão mais restritos aos aspectos formais da regra matriz de incidência e das regras de competência. Urge analisar se a exação está em consonância com os princípios e objetivos previstos na Carta Magna (HACK, 2014, p. 396). Na mesma direção posiciona-se Maria de Fátima Ribeiro (2012, p. 264), ao declarar que os princípios constitucionais tributários e os princípios da ordem econômica estão em constante sintonia, visto que, numa relação jurídica, não

⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional (...).

basta averiguar somente os critérios da incidência da norma tributária, impende também investigar os efeitos da exação no mercado.

É inevitável, portanto, que a norma tributária produza efeitos no comportamento dos contribuintes e que são importantes como meio de intervenção no domínio econômico, destacando-se, assim, seu caráter indutor (SCHOUERI, 2007, p. 241). Há, dessa maneira, uma forte relação entre tributação e livre concorrência, visto que a primeira pode permitir que a segunda se aperfeiçoe, ou então, que esta não se realize justamente porque o tributo produziu um efeito não pretendido (SCHOUERI, 2007, p. 243). Em outras palavras, a livre concorrência deve justificar a criação da norma tributária.

Sobre o tema, é ilustrativo o estudo realizado a respeito dos incentivos fiscais concedidos às empresas do setor de refrigerantes que se instalaram na Zona Franca de Manaus, a qual foi criada com o objetivo de promover o desenvolvimento na região amazônica, porém gerou graves distorções na concorrência do mercado de refrigerantes (GONÇALVES, 2012, p. 78). Isso ocorre porque as grandes empresas produtoras de refrigerantes conseguem instalar naquela região as fábricas de concentrados, insumo essencial para sua produção, e assim usufruem dos incentivos fiscais sem a contrapartida do desenvolvimento social da região amazônica, em total desrespeito aos objetivos pretendidos por ocasião da sua instituição. Ao revés, os fabricantes regionais de refrigerantes, por não terem condições de instalar fábricas de concentrados na região amazônica, não conseguem usufruir desses benefícios fiscais, causando, dessa forma, uma concorrência desleal atípica, com apoio do Poder Público e patrocinado pelo contribuinte brasileiro (GONÇALVES, 2012, p. 79-80).

Não restam dúvidas de que as políticas tributárias devem considerar os efeitos que podem produzir em certo mercado, já que podem ferir o princípio da livre concorrência, pois a criação de um imposto, um incentivo ou uma isenção podem alterar a formação de preços e, em última medida, inviabilizar o exercício da atividade empresarial (GONÇALVES; GONÇALVES, 2013, p. 29).

De todo o exposto, a relação entre tributação e livre concorrência ficou caracterizada, pois a primeira deve estar atenta à segunda. Daí a importância de se refletir sobre os efeitos de uma medida tributária na esfera concorrencial, visto que os tributos têm o papel de promover o desenvolvimento nacional, de maneira que os critérios de constitucionalidade das normas tributárias não se limitam aos seus aspectos formais, mas também a observância do conjunto de valores constitucionalmente reconhecidos.

Fixados tais parâmetros, é tempo de se estudar o instituto da substituição tributária progressiva do ICMS, sob a perspectiva do direito tributário. Assim, será possível compreender quais as relações existentes entre substituição tributária e princípio constitucional da livre concorrência.

3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS

A sujeição passiva em matéria tributária está regulada nos artigos 128 a 138 do CTN. Em princípio, o sujeito passivo é o contribuinte, conhecido como “destinatário legal tributário” ou “destinatário constitucional tributário”, o sujeito que realiza o fato jurídico-tributário (GRUPENMACHER, 2014, p.315-316).

No entanto, por razões de eficiência arrecadatória, a obrigação tributária é exigida de um terceiro que não praticou o fato imponível, mediante previsão legal. Cuidam-se das hipóteses de responsabilidade tributária, manifestada em suas duas modalidades, quais sejam: transferência e substituição (GRUPENMACHER, 2014, p. 318).

Por um lado, a transferência é a modalidade de responsabilidade em que embora definido o contribuinte, ou seja, aquele que praticou o fato jurídico tributário, o legislador determina, em virtude de outro fato (distinto do fato jurídico tributário), que outro indivíduo responderá (de forma solidária ou não) pelo recolhimento devido pelo contribuinte (SCHOUERI, 2015, p.565).

Por outro lado, a substituição tributária é o regime pelo qual se atribui ao substituto o dever de recolher o seu tributo, bem como o tributo do substituído. Segundo Rodrigo Maito da Silveira, substituição tributária: “(...) consiste em um fenômeno pelo qual um substituto, em virtude de determinação legal, fica no lugar do contribuinte de fato, sendo responsabilizado pela obrigação tributária” (SILVEIRA, 2011, p. 231). Não apenas pelo adimplemento dos débitos tributários, pois ao substituto cabe, também, o cumprimento de obrigações acessórias do substituído (CARRAZA, 2012, p. 372).

A doutrina distingue a substituição tributária em regressiva (ou “para trás”) e progressiva (ou “para frente”).⁶ Na substituição tributária regressiva, a lei estabelece que o tributo será pago pelo substituto na próxima etapa da operação jurídica, fazendo-o, em nome do substituído (CARRAZA, 2012, p. 372). Cuida-se de diferimento da cobrança do imposto devido pelo substituído das etapas produtivas anteriores, concentrando, dessa maneira, nas mãos do substituto o dever de recolher os tributos relativos a fatos geradores que antecederam a sua atuação (SILVEIRA, 2011, p. 233).

Por sua vez, a lógica da substituição tributária progressiva consiste na atribuição da obrigação de arrecadar o tributo a um terceiro que se encontra numa fase anterior à ocorrência do fato gerador, ao invés de tal ônus estar a cargo do contribuinte que praticou o fato desencadeador da relação jurídico

⁶ Esta classificação tem por base o momento da ocorrência do fato gerador. Se o fato gerador precedeu ao recolhimento do tributo, a substituição é regressiva, porém, se o tributo foi adimplido antes da materialização do fato gerador, cuida-se de substituição tributária progressiva.

tributária (FREITAS; STÁBILE, 2009, p. 1073). Cuida-se de um regime de tributação monofásica, em que todo o imposto é recolhido ou na indústria ou no importador, adotando-se como base de cálculo o preço de venda previsto ao consumidor final, não cabendo o direito de creditamento ao adquirente das mercadorias (BIAVA JÚNIOR, 2014, p. 3).

Roque Antonio Carrazza (2010, p. 390-391) esclarece que o Fisco não tem “dons divinatórios”, sendo que o valor a ser recolhido a título de substituição tributária é presumido, a partir de critérios de verossimilhança e razoabilidade, de acordo com os preços praticados pelo mercado.⁷ Entretanto, se o fato imponível deixar de se consubstanciar ou ocorrer por valor inferior ao estimado, o substituto faz jus à restituição da quantia paga ou, eventualmente, deverá pagar a maior caso o valor seja superior ao estimado.

Feitos os esclarecimentos gerais acerca do regime de substituição tributária, importante tecer breves comentários acerca do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). É possível identificar, ao menos, cinco impostos diferentes no ICMS, que são: (i) imposto sobre operações mercantis; (ii) imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; (iii) imposto sobre serviços de comunicação; (iv) imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e (v) imposto sobre extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais (CARRAZZA, 2012, p. 40-41).

Este tributo substituiu o antigo Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC), com a reforma tributária de 1965, por meio da Emenda Constitucional 18/65⁸ (BIAVA JÚNIOR, 2014, p. 9). O IVC, imposto plurifásico, tinha por empecilho a característica da cumulatividade, ocasionando a tributação “em cascata” dos produtos. Isso estimulou a verticalização da produção, bem como acarretou perda de competitividade dos empreendedores de menor porte, pois se submetiam a diversas incidências da exação em comento, acarretando um aumento do preço das mercadorias (FREITAS; STÁBILE, 2009, p. 1075). Para remediar tal situação, surgiu o ICMS, igualmente plurifásico, mas com o diferencial da não-cumulatividade.

Em realidade, o ICMS incide sobre as operações jurídicas travadas nas diversas etapas da cadeia produtiva até alcançar o consumidor final, daí que é

⁷ Estas previsões nem sempre correspondem à realidade. Érico Hack (2014, p. 399-400) exemplifica que no mês de abril de 2014, o ICMS do Estado do Paraná para a cerveja Skol Pilsen lata de 350 ml incidia sobre a base de cálculo presumida de R\$ 2,17. No mesmo período encontrou-se no varejo de Curitiba o mesmo produto por R\$ 1,79. Nessa hipótese, a tributação recaiu sobre um valor que não se coaduna com a realidade da operação, ocasionando cobrança a maior do tributo.

⁸ O IVC foi substituído pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM), que com a Constituição Federal de 1988 tornou-se Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Trata-se do mesmo imposto, com a diferença de que o Constituinte originário ampliou a base de cálculo do aludido imposto, integrando alguns serviços (FREITAS; STÁBILE, 2009, p. 1075).

considerado plurifásico (FREITAS; STÁBILE, 2009, p. 1075). Já a não-cumulatividade deriva do abatimento pelo contribuinte do imposto que foi pago nas etapas anteriores. Por esse princípio, garante-se a não oneração do consumo para além das alíquotas máximas previstas para determinada operação. A não observância da não-cumulatividade enseja alíquotas maiores que a previsão legal, assim como onera em demasia o contribuinte (FREITAS; STÁBILE, 2009, p. 1076).

A substituição tributária tem fundamento no art. 150, §7º⁹ da Constituição Federal de 1988, e no art. 155, §2º, XII, “b”¹⁰, do Texto Constitucional (ROCHA, 2012, p. 160-161), sendo que a lei complementar que prevê a hipótese de substituição tributária do ICMS é a LC 87/96, também conhecida por Lei Kandir.

Não obstante as previsões constitucional e infraconstitucional acerca da substituição tributária do ICMS, tal instituto é fortemente criticado pela doutrina. Uma das razões principais é o fato de que na substituição tributária “para frente” pressupõe-se que o fato imponível ocorrerá no futuro, sendo, por consequência, possível sua cobrança antecipada. Nessa situação, impera flagrante violação ao princípio do não confisco, porque a obrigação sequer existe, sendo incorreto, a rigor, falar em substituição de sujeito passivo da relação jurídica tributária (CARRAZZA, 2012, p. 373).

Carrazza (2012, p. 375/376), um dos maiores críticos ao regime da substituição tributária progressiva do ICMS, discorre que tal sistemática de exação prevista no art. 150, §7º seria inconstitucional por violar o princípio e cláusula pétrea da segurança jurídica em seu duplo viés: certeza do direito e proibição do arbítrio. A inconstitucionalidade persiste, mesmo com a previsão constitucional de restituição do tributo pago a maior.

Além disso, José Eduardo Soares de Melo (2008, p.198) ensina que o regime da substituição tributária também desrespeita o princípio da tipicidade tributária, corolário da estrita legalidade tributária, em razão da exigência de ICMS antes da ocorrência do fato imponível. Ainda, viola-se o preceito constitucional atributivo de competência tributária aos Estados-membros, vez que, ao definir o fato signo-presuntivo de riqueza, automaticamente já se indica o destinatário legal do tributo. Ademais, o princípio da capacidade contributiva

⁹ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) § 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

¹⁰ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre (...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) XII - cabe à lei complementar: (...) b) dispor sobre substituição tributária (...).

é ignorado, na medida em que o regime importa em onerarão do patrimônio do substituto, na proporção do fato jurídico tributário praticado por outrem

Da mesma forma, a substituição tributária, além de converter o imposto em monofásico, extirpa a não-cumulatividade. Por tal sistemática, o substituto é compelido a pagar o imposto devido nas operações seguintes, antes mesmo de tais operações ocorrerem, sem a possibilidade de as empresas distribuidoras beneficiarem-se do direito de crédito que lhes é conferido através do princípio da não-cumulatividade (CARRAZZA, 2012, p. 389).

O Supremo Tribunal Federal, de certo modo, reconheceu algum nível de ilegalidade no sistema do ICMS-ST ao decidir que é devida a restituição do que foi pago a maior em razão do regime de substituição tributária, baseado no fato de que tal modelo cria ficticiamente um valor que difere daquele verificado realmente. Sobre o tema, colhem-se alguns julgados representativos da situação atual da jurisprudência:

... É constitucional a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a maior no regime de substituição tributária para a frente, nos casos em que a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. Precedente: recurso extraordinário nº 593.849/MG, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relator o ministro Edson Fachin ...¹¹

... . A orientação do Supremo Tribunal Federal, firmada em sede de repercussão geral, é no sentido ser “devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. 2. ...¹²

Conclui-se, neste ponto, que sistema do ICMS-ST é ilegal por antecipar o valor de preços praticados pelo mercado sem que este os tenha efetivamente fixado. Antecipa, assim, o recolhimento do tributo, o que torna mais eficiente o processo de arrecadação, olvidando, contudo, dos custos de transação dessa opção. Contudo, para melhor compreender a substituição tributária no âmbito do Direito Econômico, propõe-se o uso do instrumental fornecido pela Análise Econômica do Direito.

4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

A Análise Econômica do Direito (AED) é o campo do conhecimento que aplica diversas ferramentas das ciências econômicas e afins com a finalidade

¹¹ (RE 392570 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 09-03-2018 PUBLIC 12-03-2018)

¹² (RE 556259 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 06-09-2017 PUBLIC 08-09-2017)

de melhor compreender o fenômeno jurídico, assim como aperfeiçoar, desenvolver, aplicar e avaliar as normas jurídicas, principalmente no tocante aos seus resultados (GICO JR., 2011, p. 18). Em suma, a Análise Econômica do Direito é um movimento¹³ que se utiliza de métodos econométricos para a investigação de institutos jurídicos (CALIENDO, 2009, p. 14).

Trata-se de um movimento de grande impacto na literatura jurídica da segunda metade do século XX, tendo surgido primeiro nos Estados Unidos em trabalhos realizados nas Universidades de Chicago e Yale, e depois se espalhado pelo mundo (SALAMA, 2008, p. 5).

A primeira manifestação da interação entre Direito e Economia deu-se a partir da década de 1930 quando Ronald Coase publicou o artigo *The Nature of Firm*, no qual afirmou que a obtenção de um produto através do sistema de mercado deveria considerar mais do que o seu preço, pois, além do valor de troca, em uma negociação existem os chamados custos de transação (COASE, 1937, p. 390). Assim, a realização de contratos pressupõe a assunção de custos de pesquisa, informação, negociação e fiscalização, os quais podem ser tão altos a ponto de inviabilizar a aquisição de algo através do mercado (ALMENDANHA, GONÇALVES, 2014, p. 56/57). Por isso, para o festejado autor está justificada a criação de firmas, para diminuir custos de transação a partir da internalização de negociações que seriam realizadas em uma estrutura de mercado. Se os custos de transação fossem zero, a opção entre se utilizar do sistema de mercado ou da internalização seria indiferente para a firma, porém, como não o são, a eleição depende dos custos envolvidos em cada uma das duas hipóteses (EZCURRA, 2010, p. 314).

O segundo trabalho de Coase foi ainda mais impactante (POSNER, 1993, p. 195), intitulado *The Problem of Social Cost*, em que ele procura demonstrar que problemas entendidos como resultados naturais do sistema de mercado, como danos ambientais ou a terceiros, supostamente passíveis de solução unicamente por meio da regulação estatal, poderiam ser evitados através de arranjos privados de barganha, sem haver a necessidade de uma lei específica que preteritamente atribuia o direito a um ou outro envolvido (COASE, 2008, p. 4).

Mais tarde, outro expoente da matéria, Richard Allen Posner sustentou que ao promover a maximização da riqueza social o direito seria eficiente. Basicamente, ele defende ser melhor o direito prezar pela maximização de riquezas do que pela maximização da felicidade do homem, pois aquela cultiva nas pessoas virtudes que devem ser protegidas e que levam ao progresso

¹³ AED é um movimento, abrangendo diversas escolas, algumas divergentes entre si. Exemplo: Escola das Escolhas Públicas, Escola de Chicago e Escola da Nova Economia Institucionalista.

econômico bem como fornece bases mais sólidas para uma teoria da justiça distributiva e corretiva (POSNER, 2010, p. 82-83).

Márcia Carla Ribeiro e Irineu Galeski Junior (2015, p. 83) asseveram que tal movimento introduz no sistema jurídico conceitos como “valor”, “utilidade” e “eficiência”, os quais são correntes nas ciências econômicas, admitindo a sua aplicação nos mais diversos ramos do direito, desde aqueles mais evidentes, como é o caso do direito da concorrência e contratos mercantis, até setores jurídicos aparentemente menos prováveis de aplicação, tal como o direito penal e de família (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015, p. 83).

Após este breve retrospecto histórico é preciso avançar sobre as premissas que orientam a AED. A primeira delas é a de que os indivíduos são racionais, ou seja, diante de uma situação em concreto, a pessoa identifica os resultados pretendidos (valores), traça as ações que podem ser tomadas para alcançar tais resultados (opções), e determina o quanto cada ação contribui para concretizar a meta pretendida, bem como os seus custos (valorização), para, então, adotar aquela que melhor contribui para a realização do resultado (MACCAY; ROUSSEAU, 2015, p. 31). E essas escolhas são consistentes, completas e transitivas. Por exemplo, se um sujeito prefere “A” a “B”, mas prefere “B” a “C”, então prefere “A” a “C” ($A > B$ e $B > C$, então, $A > C$) (CARVALHO, 2008, p. 187-188).

Nesse cenário, o *homo economicus* concebe as normas jurídicas segundo a perspectiva de incentivos. Assim, as normas jurídicas, principalmente suas sanções, são processadas como preços a serem despendidos pelos seus destinatários. Com isso, ao se identificar a sanção como um preço, os indivíduos, considerados racionais, pautam suas condutas conforme custos e benefícios (GONÇALVES; RIBEIRO, p. 82-83). Transportando essa premissa para o caso concreto do ICMS-ST, tem-se que os agentes econômicos reagem às regras tributárias vislumbrando preços que geram custos que precisam ser considerados no processo de escolhas a serem tomadas. Assim, não é demais exagero sustentar que o processo decisório é influenciado substancialmente pelo ICMS-ST, impactando sobre a decisão de lançar e comercializar um determinado produto.

A segunda premissa refere-se ao equilíbrio. Para comprehendê-lo, parte-se da constatação de que o mercado é o espaço de liberdade mais adequado para se realizar livremente as trocas, através de barganha com os demais agentes a fim de obter o que se deseja mediante cooperação. Contudo, num certo momento, instaura-se o equilíbrio, vez que as trocas se realizam até que seus custos associados se igualem aos benefícios obtidos, a partir disso, as trocas não mais ocorrem (GICO JR., 2015, p. 24). No caso do ICMS-ST, a sua incidência pode gerar um desequilíbrio impossível de ser solucionado pela barganha, o que também pode inviabilizar a realização de negócios.

Por fim, a última premissa da AED é a eficiência. Nesse contexto, havendo duas escolhas, prioriza-se aquela que proporcione maior bem-estar, observados que os agentes envolvidos se encontram em posições homogêneas. E, justamente, a AED visa o melhor bem-estar, a melhor alocação dos recursos, atingindo o bem-estar conforme os parâmetros morais (RIBEIRO, GALESKI JÚNIOR, 2015, p. 103). Numa perspectiva jurídica de eficiência, defende-se que uma lei é considerada eficiente em relação à outra, se a primeira alcançar os mesmos propósitos mediante um custo inferior. Custos não se resumem a aspectos de cunho financeiro, abarcam, da mesma forma, custos pessoais, morais, externalidades, custos de oportunidade e custos de transação (GONÇALVES; RIBEIRO, 2013, p. 83).

Levando em consideração esses pressupostos, os estudiosos classificam a AED em positiva ou normativa. A AED positiva é aquela em que se investiga o que é a norma, sua racionalidade, as consequências da aplicação de uma ou outra regra. Em resumo, trata-se de uma abordagem descritiva de resultados preditivos (GICO JR., 2015, p. 21). Por outro lado, a AED, em seu viés normativo, auxilia nas escolhas mais eficientes, por exemplo, eleger o melhor arranjo institucional de acordo com um vetor normativo predefinido (GICO JR., 2015, p. 21).

Assim, resta demonstrado que a AED é uma abordagem que oferece inúmeras vantagens, pois permite analisar os efeitos das normas. Para além da análise dos efeitos destas, pode-se construir uma fundamentação da norma, por meio da verificação de balanço positivo dos seus efeitos. Ainda, é possível verificar qual seria a regra desejável, a partir da verificação de qual norma seria a mais eficiente e compará-la com uma regra existente (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 666-669).

Ante a falta de um método de aplicação da AED, Macckay e Rousseau (2015, p.669-674) aduzem que as suas etapas envolvem a análise dos incentivos da norma. Como regras diferentes implicam custos diferentes, comparam-se resultados entre regras diferentes. Após, constatam-se os objetivos adjacentes. É dizer, o legislador deveria preferir normas que gerem custos menores. Ademais, impõe investigar os custos de transação, que nada mais são do que os encargos impeditivos de uma negociação desejável. Por fim, realizam-se estudos empíricos, como aquele que será abordado no tópico seguinte, para averiguar a adequação dos modelos formulados com a realidade.

Essa abordagem é de grande utilidade para este estudo, vez que a substituição tributária progressiva do ICMS gera expressivos custos de transação para os agentes econômicos situados em um mesmo mercado, dessa forma, é preciso avaliar se os impactos gerados são custos de transação relevantes a ponto de alterar o processo de concorrência de tal sorte que alguns agentes econômicos são beneficiados em relação aos demais, afrontando-se a neutralidade tributária, a livre iniciativa e a livre concorrência.

5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

Dada uma certa norma tributária, tem-se um processo de avaliação dos seus impactos pelos agentes econômicos que sofrem os seus efeitos para que possam decidir como devem reagir. Por exemplo, o aumento de uma alíquota inicia um processo de recálculo do impacto sobre o preço final do produto e poderá ensejar uma decisão do agente econômico para repassar o custo, com impacto para o consumidor.

Assim, se uma norma tributária afeta a concorrência, ela é considerada uma falha de mercado e precisa ser corrigida, haja vista que produz custos de transação desnecessários (GONÇALVES, GONÇALVES, 2013, p.23). Paulo Ca-liendo (2009, p. 23) afirma que o empreendedor deve refletir detidamente, an-tes de estabelecer uma empresa formal, se os custos de transação advindos de uma questão tributária não são superiores aos custos de uma empresa infor-mal, e cita alguns exemplos de custos de transação na seara tributária: i) in-se-gurança jurídica; ii) sonegação; iii) burocracia fiscal, iv) incentivos fiscais e iv) elevadas penalidades em matéria tributária.

Como visto, custos de transação são os gastos necessários para a efeti-vação de transações entre agentes e, por isso, não é à toa que tributos são sem-pre considerados custos de transação (GONÇALVES, GONÇALVES, 2013, p.25). É claro que isso não justifica a eliminação por completo da tributação, o que se almeja é que esta atinja patamares de eficiência econômica de tal monta que não comprometam a atividade da iniciativa privada (CARVALHO, 2008, p. 194).

Segundo Adriano Alves Klein (2012, p. 137), a substituição tributária do ICMS pode ser vista pela AED a partir da compreensão dos temas relativos a falhas de mercado e eficiência. Para Roberto Ferraz, a substituição tributária surgiu em virtude de uma injustiça verificada em termos macrológicos, a sa-ber, a violação à livre concorrência ocasionada pelo distinto tratamento fiscal adotado e pela constante sonegação verificada numa região do país. Trata-se de caso envolvendo concessionários de veículos do Sul e Sudeste. Este pedido foi motivado pela notória redução de alíquotas interestaduais, com vistas a in-centivar a arrecadação no destino, mormente pelos Estados das regiões menos industrializadas, como Norte e Nordeste. Aliado a isso, a região Nordeste vivia no final dos anos 80 um contexto de considerável sonegação, de magnitude tal que as concessionárias nordestinas passaram a concorrer com as concessioná-rias do Sul e Sudeste, com a diferença de que as primeiras praticavam preços de venda inferiores às últimas (FERRAZ, 2007, p. 363-365).

Sob a ótica fazendária, o instituto facilita a atividade dos entes tributan-tes (SILVEIRA, 2011, p. 232), todavia, este não é o único ângulo de apreciação do problema.

Paradoxalmente, embora a substituição tributária tenha surgido para combater um processo de concorrência distorcida por incentivos para aumento de arrecadação, acabou por gerar outras formas de distorção igualmente danosas. Com efeito, a substituição tributária é construída segundo os preços médios de mercado, acarretando graves distorções concorrenciais, pois a base de cálculo das etapas subsequentes está assentada em valores presumidos e, por isso, a tributação acaba incidindo sobre um valor que não guarda necessariamente compatibilidade com a realidade (VOSGERAU; RIBEIRO, 2013, p. 109/116).

6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS E LIVRE CONCORRÊNCIA

Visando acrescentar um caráter empírico ao estudo, buscou-se identificar pesquisas de campo que pudessem corroborar o argumento jurídico apresentado.

Assim, verificou-se que a Confederação Nacional da Indústria (CNI) encenhou um estudo à PricewaterhouseCoopers (PwC) referente à substituição tributária de ICMS de abrangência nacional. Este estudo foi publicado em março de 2011, mas se mantém atual. Os resultados da pesquisa indicam os altos custos de transação que o regime de substituição tributária “para frente” pode proporcionar.

Segundo dados da CNI, os preços das mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária progressiva são, em média, 5% maiores, se estivessem compreendidas no regime comum de tributação do ICMS. Além disso, as empresas submetidas à substituição progressiva precisam reduzir 5,6% da margem de lucro para que o preço final das suas mercadorias equivalesse ao preço das mesmas mercadorias não sujeitas a esse regime de arrecadação (PwC, 2011, p.5).

Ademais, houve ampliação injustificada do regime de substituição tributária pelos Estados, alcançando mercadorias que não precisariam estar sujeitas a tal sistemática. Em outras palavras, produtos que não refletem altos níveis arrecadatórios de tributos, mercadorias de fácil fiscalização, bem como aquelas que não contam com diversos fornecedores ou com uma cadeia produtiva pulverizada também foram incluídas no regime da substituição tributária progressiva (PwC, 2011, p.5).

Também, cabe pontuar que o capital de giro das empresas substitutas diminuiu, dado que precisam adiantar o recolhimento do tributo. Os substitutos tributários pagam seu respectivo imposto, bem como adiantam o ICMS devido pelos substituídos antes mesmo da venda da mercadoria ao consumidor

final. Segundo sondagem realizada pela CNI em novembro de 2006¹⁴, o prazo médio de recebimento pelas vendas realizadas é de 45 dias. Porém, 43% das empresas consultadas afirmaram que o prazo médio de recebimento supera 45 dias e, para 36% dos empresários, esse prazo varia de 31 a 45 dias (PwC, 2011, p.21).

Como resultado do adiantamento do recolhimento do imposto, vislumbra-se a diminuição do capital disponível para investimentos, ao mesmo tempo em que inviabiliza a redução de custos e conduz ao aumento de preços dos produtos. Com efeito, em geral os regulamentos de ICMS e leis complementares dos Estados-membros estipulam o recolhimento do ICMS submetido à substituição no mês subsequente à venda efetuada pelo contribuinte substituto, como regra (PwC, 2011, p. 21-22).

Sob a ótica do agente tributário, houve aumento da arrecadação tributária, conforme se observa no quadro abaixo:



O gráfico acima, elaborado pela PwC, demonstra que a arrecadação do imposto aumentou em 47%, ao passo que o aumento do PIB foi de 26,5%, em valores nominais, compreendido o período de 2004 a 2008 (PwC, 2011, p. 6).

Em face de tais resultados, a PwC sugeriu o remodelamento da sistemática da substituição tributária, para que se aumente o prazo de recolhimento do tributo. Reforçou, da mesma forma, a necessidade de o sujeito ativo devolver o que foi pago a maior pelo contribuinte, nos casos em que as margens de valor agregado superarem o valor praticado no mercado. Ademais, ressaltou a excepcionalidade de tal regime de tributação, o qual deve estar restrito aos produtos cuja produção seja pulverizada, de difícil fiscalização e que representem considerável importância em termos arrecadatórios (PwC, 2011, p. 6).

Rodrigo Maito da Silveira (2011, p.233) defende que a adoção da substituição tributária deve estar sustentada pela ideia de neutralidade em relação aos produtos não submetidos a tal sistemática de tributação, de forma que o

¹⁴ Informações obtidas mediante Sondagem Especial realizada pela CNI em novembro de 2006. Essa sondagem que investigou o prazo de recebimento das vendas na indústria brasileira entrevistou 451 empresas industriais, 372 pequenas e médias e 79 grandes. O período de coleta dessas informações compreende os dias de 21 de setembro a 2 de outubro (PwC, 2011, p. 21).

tributo pago na substituição tributária seja o mesmo daquele não submetido a esta. Nessa perspectiva, o princípio da neutralidade fiscal limita o poder de tributar do Estado para que este não inviabilize as atividades econômicas mediante tributação, preservando-se a livre iniciativa e a livre concorrência (FORTES; BASSOLI, 2010, p. 252).

Assim, a criação de impostos, taxas, incentivos e outros deve ser antecedida pela reflexão acerca dos efeitos que implicará no mercado (GONÇALVES, GONÇALVES, 2013, p. 29). Sob a perspectiva do Direito Econômico, a substituição tributária é aceitável desde que afete minimamente o mercado, ou seja, desde que o princípio da livre concorrência seja preservado (FERRAZ, 2007, p. 370/371).

Em realidade, Roberto Ferraz (2007, p. 371) defende que a substituição tributária do ICMS se justifica nas situações em que se preserva o princípio da livre concorrência, de maneira que o art. 150, §7º deve ser interpretado em consonância com o art. 170, IV, ambos da Constituição Federal.

Dessa forma, a pesquisa realizada pela PwC, patrocinada pela CNI, concluiu que a substituição tributária progressiva do ICMS, embora seja eficiente sob a ótica da arrecadação fiscal, causa custos de transação consideráveis aos empreendedores, contrariando o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, o que torna ineficiente sob tal viés.

7. CONCLUSÕES

A ordem econômica brasileira prestigiou o capitalismo, ao adotar dentre os seus princípios os da livre iniciativa e da livre concorrência. Esses princípios não garantem ausência completa de intervenção do Estado no domínio econômico, em especial aquela que ocorrer mediante o uso da tributação.

Ocorre, entretanto, que o processo de intervenção do Estado não pode desconsiderar a necessária interação principiológica constitucional, ou seja, a instituição de uma dada regra intervencionista não pode afrontar princípios da ordem econômica. Logo, a instituição da substituição tributária do ICMS não pode afrontar os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Premissas como a facilidade para a administração pública e o combate à sonegação não podem ser pensados sem essa necessária interação, sob pena de a correção de um problema gerar outro, de igual ou até maior magnitude.

Assim, além dos aspectos formais é preciso atender a valores constitucionais, harmoniza-los e ponderar custos, vantagens e desvantagens.

No caso em concreto, a substituição tributária progressiva estipula a obrigação de recolhimento do tributo antes da própria materialização do fato gerador, além de antecipar o pagamento e retirar do agente econômico importantes recursos que estariam melhor alocados no exercício da livre iniciativa.

Desse modo, o artigo constata que a substituição tributária viola, também, os princípios da segurança jurídica, do não confisco, da tipicidade tributária, da capacidade contributiva e da não-cumulatividade.

A aplicação da AED para o estudo do tema demonstrou que os custos de transação impostos pelo regime da substituição tributária progressiva do ICMS, gera graves distorções concorrenciais, tornando o processo de trocas econômicas manifestamente ineficiente. Logo, a conclusão é de que a substituição tributária não produz o maior bem-estar, porque repercute nos preços finais ao consumidor. Além disso, de modo geral o motivo para sua aplicação está mais relacionado com a perspectiva de aumento da arrecadação pelo lado do Fisco, do que da maior eficiência no recolhimento de impostos, o que torna o sistema ainda mais deletério por influenciar substancialmente o processo de concorrência entre os agentes econômicos.

Nesse cenário, verifica-se que a substituição tributária do ICMS é um instrumento que pode ser utilizado para promover a concorrência, mas apenas de modo excepcional, de acordo com a situação em concreto, e não como é atualmente utilizado eis que, como já salientado, tem apenas a finalidade arrecadatória. Sob tal viés, a utilização descabida da substituição tributária aumenta os custos de transação para os agentes econômicos, causando o aumento do preço dos produtos (perda de bem-estar geral para a sociedade), a redução do capital de giro das empresas (perda de bem-estar para a empresa) e a não restituição do valor pago a maior pelo ICMS (perda de bem-estar para a empresa), motivo pelo qual conclui-se que o sistema em discussão é predominantemente ineficiente.

REFERÊNCIAS

ALMENDANHA, Cristina Malaski; GONÇALVES, Oksandro. Análise econômica do óbito no direito societário. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. V. 34.1, jan/jun. 2014, p. 51/63.

BIAVA JÚNIOR, Roberto. Substituição tributária no ICMS: apontamentos em face do princípio da livre concorrência. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 2, n.2, 2014, p. 1-37.

BRASIL. RE 392570 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 09-03-2018 PUBLIC 12-03-2018)

BRASIL. RE 556259 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 06-09-2017 PUBLIC 08-09-2017)

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

CARRAZZA, Roque Antonio. O ICMS e o Regime de Substituição Adotado. In: FERREIRA NETO, Arthur M.; NICHELLE, Rafael (Coord.). **Curso avançado de substituição tributária**: modalidades e direitos dos contribuintes. São Paulo: IOB, 2010, p. 371-404.

_____. **ICMS**. 16^a Edição. Revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CARVALHO, Cristiano. A análise econômica do Direito Tributário. In: SCHOUERI, Luis Eduardo. (Coord.). **Direito tributário**: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COASE, Ronald. **The nature of firm**. *Economica, New Series*, vol. 4, n. 16, nov. 1937.

COASE, Ronald. **O problema do custo social**, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*: Vol. 3: No. 1, Article 9, 2008, p. 4. Disponível em: <http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9> Acessado em 06 abr 2016.

EZCURRA RIVERO, Huáscar. Privaticemos la insolvência. **Latin american and caribbean Law and economics association (ALACDE) Annual Papers**, Berkeley Program in Law and Economic, UC Berkeley, 2010.

FERRAZ, Roberto. O Consumo, a Concorrência, o Mercado e as Distorções da Substituição Tributária (para Frente). In: OLIVEIRA, Valdir de. (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**, 11º volume. São Paulo: Dialética, 2007, p. 359-379.

FOLLONI, André. O papel do direito tributário no desenvolvimento nacional. In: **Anais do XXIII Encontro Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20dd77ae36c56353>. Acesso em: 10/09/2014.

FOLLONI, André. **Isonomia na tributação extrafiscal**. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, p. 201-220, jan/jun. 2014.

FORTES, Fellipe Cianca; BASSOLI, Marlene Kempfer. Análise econômica do direito tributário: livre iniciativa, livre concorrência e neutralidade fiscal. **SCIENTIA IURIS**, Londrina, v. 14, p. 235-253, nov. 2010.

FREITAS, Renato Alexandre da Silva; STÁBILE, Gustavo Henrique. A substituição tributária progressiva no recolhimento do ICMS e os prejuízos à eficiência econômica. In: **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2572.pdf. Acesso em: 28/07/2015.

GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Márcia Carla; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-26.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Incentivos Fiscais uma perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis Law Review**, v. 4, nº 1, p. 79-102, Jan-Jun/2013.

GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os Incentivos Tributários na Zona Franca de Manaus e o Desequilíbrio Concorrencial no Setor de Refrigerantes. **Economic Analysis Law Review**, v. 3, nº 1, p. 72-94, jan-jun/2012.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Tributação, concorrência e desenvolvimento sustentável. In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coord.). **Tributação, concorrência e desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 9ª Edição. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 63.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Sujeição passiva e responsabilidade tributária. In: SABBAG, Eduardo (Org.). **Estudos tributários**. São Paulo: Saraiva, 2014.

HACK, Érico. Tributação: Compatibilidade com livre-iniciativa e a liberdade na Constituição de 1988. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord.). **In: Tributação: Democracia e liberdade**. São Paulo: Noeses, 2014.

KLEIN, Adriano Alves. Substituição Tributária e Concorrência: uma Visão pela AED. **Revista Síntese de Direito Empresarial**, v.5, n. 29, nov/dez. 2012, p. 122-144.

KONKEL, Chrisciane Luana. **O impacto dos tributos na formação de preços**. Revista Maiêutica, Indaial, v. 2, n. 1, p. 13-23, 2016.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. UFRS, 2005.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS**: teoria e prática. 10ª Edição. São Paulo: Dialética, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os princípios constitucionais da atividade econômica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, nº 45, p. 103-111, 2006.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo.** 3^a Edição. Coimbra: Centelha, 1978.

POSNER, Richard A.. **A economia da justiça.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A.. **Nobel Laureate:** Ronald Coase and Methodology. The Journal of Economic Perspectives 7.4 (1993).

PwC. **A substituição tributária do ICMS no Brasil.** Março de 2011. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2012/09/04/206/20121123175026561531i.pdf. Acesso em: 23/05/2015.

RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica.** 2^a Edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Reflexos da Tributação no Desequilíbrio da livre Concorrência. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger; CAVALCANTE, Denise Lucena; RIBEIRO, Maria de Fátima; QUEIROZ, Mary Elbe. **Novos horizontes da tributação:** um diálogo luso-brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012, p. 209-327.

ROCHA, Paulo Victor Vieira da. **Substituição Tributária e Proporcionalidade: entre capacidade contributiva e praticabilidade.** São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SALAMA, Bruno. O que é pesquisa em direito e economia. **Cadernos de Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, mar 2008.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário.** 5^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Livre Concorrência e Tributação. In: OLIVEIRA, Valdir de. (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**, 11º volume. São Paulo: Dialética, 2007, p. 241-271.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica.** Rio de Janeiro, Forense, 2005

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. **Tributação e Concorrência – Série Doutrina Tributária Vol. IV.** São Paulo: Quartier Latin, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Direito econômico constitucional.** 3^a Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

VOSGERAU, Douglas; RIBEIRO, Marcelo Miranda. As perspectivas da neutralidade tributária, da extrafiscalidade e da livre concorrência diante da substituição tributária e da tributação monofásica. In: FOLMANN, Melissa;

GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coords.). **Tributação, concorrência e desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013.

Submetido em: 06 jun. 2016. Aceito em: 9 maio 2018.



RESISTÊNCIA E GERENCIAMENTO DE CRISE NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO NO ESTADO DO CEARÁ

*Roberto da Silva**
*Júlio Cesar Francisco***

Resumo

O presente artigo, a partir da metodologia de estudo de caso, apresenta algumas das principais expressões de resistências de adolescentes em situação de privação de liberdade, a composição do Sistema Socioeducativo e desafios para enfrentar situações de rebeliões no estado do Ceará.

-
- * Pedagogo (UFMT 1993), mestre (USP 1998), doutor (USP 2001) em Educação e Livre Docente em Pedagogia Social (USP 2009). É professor do Departamento de Administração Escolar e Economia da Educação, da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. Foi conselheiro Científico do ILANUD - Instituto Latino Americano para Prevenção ao Delito e Tratamento da Delinquência (1998-2004); do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária do Estado de São Paulo (1998-2004); do Conselho Estadual do Adolescente (2011-2015); do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Santos/SP. Foi consultor do Unicef para abrigos; consultor para Educação em Prisões da OEI - Organização dos Estados Iberoamericanos (2006-2008). Assessorou a Secretaria da Administração Penitenciária na implantação de 21 Centros de Ressocialização no Estado de São Paulo e a Secretaria Municipal de Educação de São Paulo na implantação de 21 CEUs - Centros Educacionais Unificados. Assessorou a OEI na elaboração da Rede Latinoamericana para Educação em Prisões (REDLECE) e os governos dos estados de Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Santa Catarina e Bahia na elaboração do Plano Estadual de Educação em Estabelecimentos Penais (2010). Coordena o Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Educação em Regimes de Privação da Liberdade (GEPÉPrivação, CNPq, 2006), o Grupo de Pesquisa Pedagogia Social (CNPq, 2005) e o Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Educação em Angola (GEPÉUlan), por meio do qual a USP está realizando um Mestrado Internacional em Educação com a Universidade Lueji A'Nkonde, de Angola. É o organizador dos Congressos Internacionais de Pedagogia Social e das Jornadas Brasileiras de Pedagogia Social. É presidente da Associação Brasileira de Pedagogia Social (ABRAPSocial), vice-presidente do CEDHECA Paulo Freire e integra o Conselho Curador do Museu da Pessoa. É autor de vários livros e artigos sobre questões relacionadas a abrigos, medidas socioeducativas, sistema penitenciário e Educação. Sua última publicação é o livro Ciência da Delinquência: o olhar da USP sobre o ato infracional, o infrator, as medidas socioeducativas e suas práticas (Expressão & Arte, 2014). Tem experiência na formação de licenciados, mestres e doutores, elaboração e avaliação de políticas públicas

- ** Pedagogo (2014), Mestre em Educação (2017) e Doutorando em Educação pela Universidade Federal de São Carlos. Atualmente é bolsista CAPES (2017 – Atual) e foi bolsista CNPq (2015-2017), FAPESP (2012-2014) e CAPES (2010-2012). Consultor especializado em Sistema Socioeducativo.

ará. Os resultados apontam ações violentas pelos adolescentes e um funcionamento interinstitucional falho. A crise que se instalou no estado é decorrente do descumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e da inobservância de princípios fundamentais consignados em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. Diante da gravidade da situação e do risco de agravamento da violência e de rebeliões, apontar-se-á ações necessárias para o gerenciamento em tempos de crise no Sistema Socioeducativo, explorando tanto os recursos nacionais quanto a mediação internacional, pois estão presentes os requisitos de admissibilidade em termos de violação dos direitos humanos de adolescentes privados de liberdade.

Palavras-chave

Ato Infraçional; Sistema Socioeducativo; Gerenciamento de Crise.

RESISTANCE AND CRISIS MANAGEMENT IN THE SOCIO-EDUCATIONAL SYSTEM IN THE STATE OF CEARÁ

Abstract

This article, from the case study method, of qualitative character, presents some of the main expressions of resistance of teenagers in situations of deprivation of freedom, the composition of Socioeducational System and its challenges to face situations of rebellion in the State of Ceará, Brazil. The results indicate violent actions by adolescents and a flawed interinstitutional functioning. The crisis that has settled in the state is because of the noncompliance of ECA and SINASE and the noncompliance to fundamental principles signed in international treaties and conventions ratified by Brazil. Because of the severity of the situation and the risk of worsening violence and rebellions, will present to the reader, the actions needed to manage crisis in the Socio-Educational System of Ceará, exploring the national resources and international mediation, because are present the admissibility requirements in terms of violation of human rights of teenagers deprived of their freedom.

Keywords

Infraction Act; Socio-Educational System; Crisis Management.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo, baseado na observação participante, visou conhecer o trabalho educativo em unidade de internação no Estado do Ceará e seus desafios institucionais e discute algumas ações de resistência no enfrentamento às situações de violação de direitos humanos. Desse modo, procurou-se responder a seguinte questão de pesquisa: quais as condições de funcionamento do Sistema Socioeducativo e os desafios institucionais para enfrentamento de conflitos em unidade de internação?

Os adolescentes têm vivido cada vez mais por processos educativos repressivos, mormente aqueles em situação de privação de liberdade (RIZZINI, 2000) e no contexto do estado do Ceará a realidade se mostra ainda mais preocupante, conforme se observa nos resultados que se apresenta nesta pesquisa, que foi desenvolvida entre os meses de janeiro e junho de 2016.

O Sistema Socioeducativo do Estado do Ceará tem a seguinte estrutura: 5 (cinco) unidades de internação, todas concentradas na capital, com capacidade para 70 (setenta) internos cada; 4 (quatro) dessas unidades destinam-se

a adolescentes do sexo masculino e 1 (uma) para o sexo feminino; 5 (cinco) unidades de internação provisória, que também atendem sentenciados; todas as unidades de internação estão superlotadas; até o dia 25 de abril de 2016 havia um total de 533 (quinhentos e trinta e três) adolescentes internados no Estado; quanto aos atos infracionais, há 177 (cento e setenta e sete) casos de homicídios e tentativa de homicídio (20,51%), 491 (quatrocentos e noventa e um) casos de roubo, roubo qualificado e tentativa de roubo (56,89%), 18 (dez) latrocínio e tentativas de latrocínio (2,09%), 37 (trinta e sete) casos de tráfico de drogas (4,29%), e 9 casos de estupro (1,04%), entre outros (SGI, STDS, 2016).

É dentro deste panorama que se empreende esforços no sentido de compreender e analisar as diferentes situações e significados de resistência e das expressões de violência de adolescentes custodiados nessas instituições responsáveis pela execução de medida socioeducativa.

Para este propósito foram entrevistados 22 adolescentes de uma unidade de internação que tem capacidade para 75 adolescentes, entre os dias 2 e 16 de fevereiro de 2016. São todos do sexo masculino e estão na faixa etária entre 16 e 18 anos de idade.

Os dados coletados na pesquisa foram obtidos através de metodologia de Estudo de Caso (YIN, 2001), que é uma abordagem de natureza qualitativa (CROSWELL, 2007; BOGDAN; BIKLEN, 2010; LÜDKE; ANDRÉ, 2012).

Yin (2001) discute que a adoção do Método do Estudo de Caso é adequada quando são propostas questões de pesquisa do tipo “como” e “por que”, e nas quais o pesquisador tenha baixo controle de uma situação que, por sua natureza, esteja inserida em contextos sociais. Embora o pesquisador utilize um quadro teórico referencial como ponto de partida para utilização do método, alguns estudos organizacionais enquadram-se em situações em que o pesquisador se vê frente a frente com problemas a serem compreendidos e para os quais estudos experimentais não podem ser aplicados; ou em situações nas quais estudos de natureza predominantemente quantitativa não dão conta dos fenômenos sociais complexos que estejam envolvidos nas mesmas.

Nessa abordagem de pesquisa, as experiências individuais, as falas e os significados atribuídos pelos participantes-sujeitos desse estudo foram tomadas como referência para análise e reflexão. De modo sistemático, utilizou-se de observações, roda de conversas e participações *in locus* nas rotinas da unidade de internação, o que viabilizou construir um diário de campo com notas descritivas e reflexivas sobre as situações dos adolescentes privados de liberdade e dos movimentos de resistência desencadeados por eles, que significam enfrentamentos diante do negativo processo educativo a que são submetidos nas unidades de internação.

Na produção de conhecimento em pesquisa de tipo qualitativa é fundamental considerar a relevância social dos participantes-sujeitos da pesquisa e seu impacto na busca de resoluções das problemáticas (MARTINS; GROOPPO, 2006; CHIZZOTTI, 2000; SEVERINO, 2007; LÜDKE; ANDRÉ, 2012), isto é, ser proppositivo, no presente caso, destacando formas de gerenciamento de crise no sistema socioeducativo, de maneira a prevenir rebeliões, fugas, brigas, insegurança, negligências, em prol de um ambiente socioeducativo que possa ser referência positiva na vida dos adolescentes.

Destarte, o artigo foi dividido em três partes, que estabelecem inter-relações entre si, quais sejam: apresentação dos resultados da pesquisa, com um recorte nas reivindicações e movimentos de resistências de adolescentes submetidos à medida socioeducativa de internação; apontamentos de ações e estratégias necessárias para o gerenciamento de crise em contexto socioeducativo de internação, explorando tanto os recursos nacionais quanto a mediação internacional; e, por último, retomam-se as principais questões abordadas, à guisa de conclusão.

2. REINVINDICAÇÕES E MOVIMENTOS DE RESISTÊNCIA DE ADOLESCENTES EM REGIME DE INTERNAÇÃO

As pesquisas acadêmicas que se ocupam de estudar as manifestações juvenis, especialmente as rebeliões, são unânimes em afirmar as teses defendidas desde David Toureau, mas também por Guattari, Deleuze e Foucault, que rebeliões são, sobretudo, resistência à opressão e manifestações de descontentamento em relação às condições de sobrevivência (GOES, 1992; RIOS, 1989; MELUCCI, 2001; SALAZAR, 1998; NETO; QUIROGA, 2000; VICENTIN, 2005; OURY; VASQUEZ, 1988).

Os adolescentes, sobretudo em tempos de crise no sistema socioeducativo, principalmente dentro de unidades de internação, organizam respostas atitudinais e comportamentais como formas de resistência às condições a que são submetidos, algumas delas marcadas pelo emprego de violências.

Estas manifestações, quase como um grito por transformações no gerenciamento do sistema socioeducativo, foram frequentes entre janeiro e junho de 2016, em que se observou um clima de tensão e conflitos generalizados no Estado do Ceará.

Por meio das falas dos adolescentes percebe-se algumas das razões que justificaram os confrontos, em geral desenvolvidos a partir de rebeliões dentro da unidade, mas que tem relações com diversos elementos externos à unidade de internação, enquanto parte integrante do complexo *sistema* de atendimento socioeducativo.

As falas que se seguem são representativas:

Fala 2: Tem rebelião porque os menores ficam bravos, [...] a gente pede o nosso direito, só isso. A rebelião estoura porque com a voz da população, todo mundo tem que estar de acordo. [...] antes de qualquer coisa a gente manda um catatau, comunicando as alas e se concordarem a gente começa a se preparar para o confronto, esse é o único modo de ouvirem, [...] estamos presos, não podemos fazer muita coisa (*Roda de conversa*).

Fala 4: A gente quebra tudo mesmo, jogo água, pedra, faz cossoco e se eu tiver a oportunidade pego o socioeducador pela grade. O grande problema é esse aqui, deixam a gente nessas alas, nesse buraco, sem fazer nada. Só vem coisa ruim na mente (*Entrevista*).

Fala 6: A gente fica preso na cela o dia todo, [...] eles têm medo, a gente deixa eles assim também. A culpa por essa situação é nossa mesmo. [...] Ninguém confia em ninguém aqui, só tem menino do crime, não vejo como melhorar, o negócio é aguentar até ser solto (*Entrevista*).

Fala 7: Estou com o dente doendo faz dias, parece que não existe ninguém aqui dentro, a gente está largado [...] só pedimos oportunidade, confiança, [...] a maneira de mudar é fazer a rebelião. [...] Ninguém quer fugir, pode ver que nas rebeliões não tem fuga, é só por direito das nossas coisas mesmo. Os meninos estão ficando doidos, preciso o dia todo, quem aguenta? (*Roda de conversa*).

Fala 13: Tem "rebe" por causa das nossas coisas, [...] eles mandam a nossa visita embora, [...] minha família é do interior, eles têm que viajar umas cinco horas para chegar até a capital, [...] faz quase dois meses que estou sem telefonema e atendimento, e também não tem lazer, [...] eu nem gosto de estudar, mas até iria para a sala de aula, [...] ah, para sair desse buraco aqui. [...] Aqui é só revolta, passa um filme na minha cabeça e é só coisa ruim (*Roda de conversa*).

Fala 15: Nós precisamos ficar unidos e enfrentar [...], vamos quebrar tudo, o que estão fazendo com a gente não está certo (*Roda de conversa*).

[...] O espaço é pequeno, pouco arrejado e escuro, com um buraco no chão destinado às necessidades fisiológicas, em que é possível ver e sentir o odor de amontoados de fezes, que resvala pelo chão, atraindo ratos e baratas. Portanto, justifica-se as revoltas. [...] Os jovens, por várias vezes, ficam sem tomar banho, os socioeducadores não dão descarga, não entram nas alas para dar comida, falta atendimento odontológico, médico, muitas bactérias e doenças são contraídas, a situação é de caos (*Observação do Pesquisador - Diário de Campo*).

As situações identificadas nas falas revelam a inadequação do atendimento, as quais geram revolta, indignação e inconformismo, que dificultam o

controle e até mesmo a gestão da unidade, em alguns momentos, para os adolescentes.

Para a sociedade de modo geral, difunde-se, sobretudo através dos meios de comunicação de massa, a crise como sendo própria dos internos, como se a violência fosse inerente a eles, afirmindo-se, incoerentemente, necessidade de maior controle, de mais contenção e rigorosidade nas medidas socioeducativas. Isso pode e por vezes é incorporado socialmente no jovem, que se coloca como integrante de facções e propensos ao crime, concentrando poder de decisões na disputa dentro da unidade (MOREIRA, 2011).

Identificou-se na pesquisa de campo, com observações constantes nas unidades, que os movimentos de resistência por meio de rebeliões e fugas refletem o isolamento, a invisibilidade e a negligência na oferta de serviços básicos previstos em lei, que acabam por agravar o lado transgressor e as bestialidades que levam à violência.

Com pouca ou nenhuma chance de verem respeitados os seus direitos e de terem condições dignas para o cumprimento da medida socioeducativa imposta, tem-se o aprofundamento da crise com o uso sistemático da violência, seja por parte dos adolescentes, seja por parte da instituição ou ainda por meio do Estado, que delega à Polícia Militar a contenção e a repressão a estas manifestações.

As observações, diálogos e reflexões sobre a rotina de gerenciamento do trabalho socioeducativo das unidades permitiu identificar a predominância de práticas autoritárias, pouca organização, ausência de planejamento político-pedagógico e pouco alinhamento prático-conceitual para fazer frente às constantes revoltas.

A ideia de *sistema* socioeducativo significa o envolvimento de diferentes instituições, desde o processo de apuração do ato infracional até a execução de medida e mesmo no atendimento aos egressos, de modo a se ter unidade teórica e conceitual ao trabalho desenvolvidos pelas várias instâncias do Sistema de Garantia de Direitos: Ministério Público, Vara da Infância e da Juventude, Polícia Civil, Polícia Militar e Defensoria Pública, apoiados por políticas setoriais básicas de apoio aos executores das medidas socioeducativas atenção à dependência e uso de drogas, saúde mental, profissionalização e práticas de artes, esportes e lazer.

Quando articuladas estas ações, instâncias e políticas, conforme determina o artigo 88 do ECA, há maior probabilidade de reduzir os descontentamentos, as violações de direitos e, consequentemente, as rebeliões e as violências.

Na fala dos adolescentes é perceptível que não estão exigindo privilégios e que mesmo quando provocam rebeliões estas não visam a fuga à responsabilização que a sociedade e a Justiça lhes impuseram pelas infrações cometidas: eles querem o cumprimento da legislação e tratamento digno destinado às pessoas sob custódia do Estado, de suas agências e seus agentes, conforme determinam as normativas internacionais.

Em geral, as resistências dos adolescentes são bem organizadas, com regras e estratégias pactuadas coletivamente, o que caracteriza estratégias de enfrentamento não somente ao regime disciplinar da unidade de internação, mas de todo o Sistema Socioeducativo, colocando em xeque a política do Estado e os seus fundamentos repressivos.

A ineficácia na aplicação dos instrumentos jurídicos, legais e administrativos para a responsabilização socioeducativa do adolescente que comete ato infracional acaba por produzir justamente aquilo que se pretende combater: a violência generalizada, a reincidência, a depredação do patrimônio público e o aumento da sensação de insegurança por parte da população.

A hipótese de que esta ineficácia seja proposital e deliberadamente causada exatamente para acirrar os ânimos da opinião pública e assim obter apoio para medidas extremas como a redução da maioridade penal, o endurecimento das leis penais e o envio de adolescentes para o sistema penitenciário de adultos não é e não pode ser totalmente descartada.

No conjunto, a situação de crise ajuda a forjar no imaginário coletivo a figura do autor de ato infracional como o bandido, alguém a quem se deve temer, sem possibilidades de recuperação, justificando-se dar a ele tratamentos violentos, crueis e degradantes.

Traçadas em linhas muito gerais os contornos da crise do sistema socioeducativo do estado do Ceará, faz-se uma breve análise dos instrumentos jurídicos, legais e administrativos disponíveis para a minimização do problema, sejam eles nacionais e/ou internacionais para, posteriormente, apontar algumas ações concretas para a restauração de um clima pacífico dentro da unidade, em vista de desenvolver um projeto socioeducativo humanizador, preferencialmente atrelado à participação comunitária.

3. INSTRUMENTOS PARA GERENCIAMENTO DE CRISES NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO

No plano interno, de competência exclusiva do Brasil, o ordenamento jurídico que legisla sobre o tratamento socioeducativo ao autor de ato infracional menor de 18 anos de idade está previsto na Lei 8069, de 13 de Junho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) e na Lei 12.594, de 18 de Janeiro de 2012 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE),

tendo como órgãos fiscalizadores todas as instituições integrantes do Sistema de Garantia de Direitos, com papéis centrais para o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em casos extremos as questões que envolvem direitos de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas podem chegar ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) na forma de recurso e ao Supremo Tribunal Federal (STF) quando se trata de violação de dispositivo constitucional.

No caso específico do sistema socioeducativo do estado do Ceará as questões parecem ser de duas ordens distintas: 1. a violação aos requisitos do devido processo legal a que todo adolescente tem direito conforme determinação dos artigos 110 e 111 do ECA; 2. a ineficácia na execução da política de atendimento, em descumprimento das determinações do Artigo 94 do ECA, punível segundo as regras do Artigo 97 do mesmo estatuto.

Mesmo considerando a ênfase que o ECA atribui aos conceitos “pessoa em condição peculiar de desenvolvimento” (Art. 6º) e “prioridade absoluta” (Art. 4º), é conhecida a morosidade da Justiça brasileira e o pouco caso com que os governos estaduais tratam as pessoas privadas de liberdade, mesmo sendo adolescentes. Ambos os fatos são de pleno conhecimento das autoridades municipais, estaduais e federais, conforme atesta Relatório de Inspeção do Conselho Nacional de Justiça datado de 11 de Abril de 2011:

Nas visitas realizadas junto às unidades de internação de adolescentes e cartórios das varas da infância e juventude no Ceará, constatou-se que o Estado apresenta grave problema de superlotação, o qual pode ser considerado o principal fator de desarranjo na estruturação das unidades destinadas ao cumprimento da medida socioeducativa com privação da liberdade, e deficiências do sistema para execução da internação (CNJ, 2011, p. 3).

Decorridos mais de cinco anos desde este relatório, que fez parte da “radiografia nacional sobre a execução da medida socioeducativa de internação” (Idem, p. 1) e que gerou comunicação a todas as autoridades políticas e judiciais do estado, depreende-se que a situação permanece inalterada, persistindo grave violação dos direitos humanos de adolescentes, o que enseja a tipificação do fato como matéria federal.

A Emenda Constitucional 45/2004 instalou a federalização dos crimes contra os direitos humanos no Brasil e consiste na possibilidade de deslocamento de competência da Justiça comum para a Justiça Federal, nos casos de grave violação de direitos humanos.

O objetivo da Emenda foi assegurar a proteção efetiva aos direitos humanos e o cumprimento das obrigações assumidas pelo Brasil quando da rati-

ficação de tratados e convenções internacionais de direitos humanos. O deslocamento da competência pode ser suscitado pelo Procurador-Geral da República perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou do processo, mas constitui medida de caráter excepcional e só é admitida em casos de extrema gravidade e em caso de evidências concretas de descumprimento de obrigações consignadas nos tratados e convenções internacionais como a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O recurso a esta medida, entretanto, quando se trata de tema de responsabilidade prioritária do estado federativo, como é o caso do funcionamento do sistema de atendimento socioeducativo, é sempre marcado por certa conotação política de *intervenção* do governo federal em matéria de competência estadual, principalmente quando os governos federal e estadual são de partidos políticos diferentes.

Ademais, a judicialização dos movimentos sociais e dos conflitos de toda ordem e de todos os setores tem dado mostras de esgotamento enquanto método de resolução de conflitos e sobrecarregam as instituições do Sistema de Justiça, tal como o próprio judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Assim, o mero deslocamento dos conflitos de uma instância judiciária para outra padece das mesmas deficiências.

A história recente tem demonstrado, entretanto, que nas matérias relativas a direitos humanos o Estado brasileiro tem sido mais sensível às pressões internacionais do que às nacionais sem que haja a conotação de *intervenção estrangeira* em assuntos internos do país. São exemplos disso a desativação da Casa de Detenção de São Paulo (Carandirú), o desmonte dos grandes complexos da FEBEM de São Paulo, Eldorado dos Carajás e as chacinas da Candelária e do Carandirú.

E isso ocorre porque, segundo o Artigo 4º da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro se rege em suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos (Inciso II), dentre outros, reconhece a equivalência dos tratados e convenções internacionais a emenda constitucional (§ 3º do Artigo 5º) e se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (§ 4º do Artigo 5º), sendo signatário de todos os documentos promulgados pela Organização das Nações Unidas (ONU), especialmente as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing, 1985), as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade (1990) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969), esta sob jurisdição da Organização dos Estados Americanos (OEA).

No plano internacional, dentre as diversas agências da Organização das Nações Unidas (ONU) que tutelam e fiscalizam o cumprimento dos tratados e convenções internacionais por parte dos estados membro, importa conhecer

aqueelas que tutelam os documentos relativos aos direitos humanos, no caso, especialmente os direitos de crianças e adolescentes frente ao sistema de justiça do país.

O Artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por exemplo, adverte que os Estados parte não devem:

- suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista (§ 1º);
- limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados (§ 2º);
- excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo (§ 3º);
- excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza (grifo nosso). (§ 4º), bem como de acatamento e respeito aos tratados e convenções abaixo relacionados.

Nos termos do Artigo 33 e seguintes da Convenção, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, vinculadas à OEA, são os órgãos regionais responsáveis por monitorar o cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados parte em matéria de direitos humanos na região e, inclusive, a CIDH já se manifestou a respeito da situação do Sistema Socioeducativo do Ceará, em 17 de Novembro de 2015, nos seguintes termos:

A CIDH reitera que o Estado, como o responsável de garantir os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, tem o dever jurídico iniludível de adotar medidas concretas para garantir os direitos à vida e à integridade pessoal dos reclusos, particularmente as medidas direcionadas à prevenção e controle de possíveis brotes de violência nos presídios. De tal forma, a CIDH reitera que segundo o artigo 19 da Convenção Americana, quanto aos adolescentes privados de liberdade, os Estados devem assumir uma posição especial de garantir os direitos dos reclusos com maior cuidado e responsabilidade, e devem adotar medidas especiais guiadas pelo princípio do interesse superior da criança. Além disso, segundo as normas de direito internacional e dos direitos humanos, os adolescentes privados de liberdade não devem estar sujeitos a situações de violência ou que atentem contra sua integridade pessoal, dignidade e desenvolvimento. Os centros que acolham adolescentes em conflito com a lei penal devem

ser adaptados para receber adolescentes e estar em condições de prestar programas socioeducativos através de funcionários especializados.

Por outro lado, a Comissão recorda que os Estados têm a obrigação de realizar inquéritos por conta própria e com a devida diligência às mortes de pessoas que estejam sob sua custódia. Tais inquéritos não só devem estar orientados a definir quem são os responsáveis materiais dos atos, mas também os possíveis autores intelectuais e as autoridades, que por ação ou omissão, poderiam ser responsáveis. Ademais, a Comissão faz um chamado ao Estado do Brasil para avaliar os diferentes aspectos das condições de reclusão de tais estabelecimentos e para adotar as medidas corretivas que sejam necessárias segundo as condições mínimas impostas pelo direito internacional dos direitos humanos em matéria de detenção de adolescentes, particularmente quanto às atividades indispensáveis para o desenvolvimento e reintegração social dos reclusos. (CIDH, 2015).

No presente caso, além da infringência da normativa interna do país, destaca-se o descumprimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do qual a CIDH é a guardiã nesta região do planeta. Cabe salientar que a CIDH, segundo o disposto no Parágrafo 1º do Artigo 46 desta Convenção, só pode ser acionada quando esgotados os recursos internos do Brasil, com manifestações claras e terminativas da autoridade competente e sobre o qual não haja mais possibilidades de recurso.

Artigo 46 §1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os "artigos 44 ou 45" seja admitida pela Comissão será necessário:

- a) Que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos. b) Que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva.
- c) Que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional.
- d) Que, no caso do "artigo 44", a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

§2. As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a) Não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b) Não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c) Houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Estando presentes as premissas de admissibilidade “Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidades não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados Membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Membro (Artigo 44 da Convenção Americana).

A eficácia da CIDH na resolução de conflitos envolvendo o Sistema Socioeducativo no Brasil foi demonstrada por meio de Resolução datada de 26 de setembro de 2014, com a recomendação de Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil, conforme excerto abaixo transscrito:

O PRESIDENTE DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, no uso das atribuições conferidas pelos artigos 63.2 da Convenção Americana, e 24.1 e 25.2 do Estatuto da Corte, e dos artigos 4, 27, e 31.2 do Regulamento do Tribunal,

RESOLVE:

1. Que o Estado continue adotando de forma imediata todas as medidas que sejam necessárias para erradicar as situações de risco e proteger a vida e a integridade pessoal, psíquica e moral das crianças e adolescentes privados de liberdade na *Unidade de Internação Socioeducativa*, bem como de qualquer pessoa que se encontre neste estabelecimento. Em particular, a Corte reitera que o Estado deve garantir que o regime disciplinar se enquadre às normas internacionais na matéria. As presentes medidas provisórias terão vigência até 1º de julho de 2015.
2. Que o Estado realize as gestões pertinentes para que as medidas de proteção à vida e à integridade pessoal, incluindo a atenção médica e psicológica dos socioeducandos, sejam planejadas e implementadas com a participação dos representantes dos beneficiários e que os mantenha informados sobre avanços em sua execução.
3. Que o Estado apresente, a cada três meses, contados da notificação da presente Resolução, informação completa e detalhada sobre as atuações em seu conjunto realizadas para dar cumprimento às medidas provisórias decretadas, sobre a situação de risco dos beneficiários, e sobre as medidas de caráter permanente

para garantir a proteção dos beneficiários nesta Unidade. A informação requerida deve incluir o mencionado no considerando 8 da presente Resolução.

4. Que os representantes dos beneficiários apresentem suas observações aos relatórios do Estado dentro do prazo de quatro semanas, contado a partir da notificação dos relatórios estatal. Além disso, a Comissão Interamericana deverá apresentar suas observações aos escritos do Estado e dos representantes mencionados anteriormente dentro de um prazo de duas semanas, contado a partir da recepção dos escritos de observações dos representantes.

5. Que a Secretaria notifique a presente Resolução à República Federativa do Brasil, aos representantes dos beneficiários das presentes medidas e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Importante ressaltar que desde 20 de outubro de 2015 existe uma parceria entre o Conselho Nacional de Justiça do Brasil e a CIDH cujo principal objetivo é promover a educação e a difusão dos direitos humanos na cultura jurídica brasileira para uma melhor distribuição de Justiça segundo os padrões do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos da OEA.

A iniciativa é salutar, pois, quando se trata de matéria de direitos humanos em que as instituições do Estado e seus agentes são os principais violadores e implica em reconhecimento da culpa e pagamento de indenizações, o Código de Processo Civil (Lei 5.869/73) prevê a obrigatoriedade do “duplo grau de jurisdição”, que consiste na obrigação de o Ministério Público recorrer das ações com valor acima de 60 salários mínimos.

Em um momento em que a credibilidade das instituições e dos principais dirigentes brasileiros é questionada pela população, a mediação internacional constitui uma salvaguarda legal, moral e política que reforça o entendimento de que, qualquer que seja a situação política de um país este não pode ignorar os compromissos assumidos junto à comunidade internacional que, como regra, não admite retrocesso em matéria de direitos humanos, especialmente quando se trata dos direitos fundamentais de crianças, adolescentes e jovens.

4. AÇÕES PARA O GERENCIAMENTO DE CRISE EM UNIDADES DE INTERNAÇÃO

Como se depreende da leitura do texto acima, a crise no sistema socio-educativo do Estado do Ceará é do pleno conhecimento das autoridades estaduais e federais, tendo também a Corte Interamericana de Direitos Humanos se manifestado sobre ela. Além das recomendações feitas pelo CNJ (2011) e das Medidas Provisórias indicadas pela CIDH (2014), importa sinalizar ainda, as

providências de ordem técnica e administrativa, de responsabilidade dos operadores do Sistema de Garantia de Direitos, para controle imediato das rebeliões.

Mesmo considerando que a solução definitiva da crise requer mudanças estruturais e de responsabilidade do Governo do Estado, incluindo a descentralização do sistema por meio da construção de unidades de internação no interior do Estado, ampliação do quadro de recursos humanos, melhorias significativas no atendimento jurídico, médico, odontológico, social e educacional, entendemos que a situação interna de cada unidade deva ser objeto de conhecimento, de reflexão e de deliberação de todos os atores diretamente envolvidos na sua operação, sejam eles adolescentes e seus familiares, agentes de segurança, técnicos ou diretores.

Trata-se, portanto, de instalar em cada unidade espaços de escuta, de diálogo e de negociação com vistas a estabelecer entendimentos que contemplem a diversidade de interesses, necessidades e pontos de vista diferentes como condição para que cessem as violências de parte a parte e torne possível a realização do trabalho socioeducativo em ambiente de segurança e de respeito à dignidade da pessoa humana.

Recomenda-se que desde o início da rebelião se notifique e se solicite presença do Corpo de Bombeiros, SAMU (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência), Instituto Médico Legal (IML) e equipe de manutenção e reparos.

Contida a rebelião, recomenda-se proceder à contagem e chamada nominal para identificar eventuais ausências e fugas.

Verificada a situação de normalidade, recomenda-se providenciar imediatamente exame de corpo de delito de internos e de funcionários para identificação de ferimentos e lesões corporais.

Com o retorno à rotina recomenda-se organizar mesas de diálogos entre todos os envolvidos tanto para esclarecimentos quanto aos motivos da rebelião quanto para avaliação da situação. Nestas mesas de diálogos recomenda-se:

- definir coletivamente as atitudes, comportamentos e infrações passíveis de responsabilização civil, penal e administrativa;
- definir coletivamente um plano de ação para reparos da unidade, se necessário, retomada das atividades e retorno à normalidade;

O Juízo da Infância e da Juventude, Ministério Público, Conselho Tutelar e demais autoridades do Sistema de Garantia de Direitos devem providenciar imediata visita de inspeção para vistoria da unidade e conhecimento das deliberações coletivamente tomadas.

Por meio de entrevista coletiva as autoridades devem prestar à sociedade e aos meios de comunicação informações quanto aos fatos ocorridos, as deliberações e providências a serem tomadas.

O pressuposto básico para a instalação destes espaços de escuta, reflexão e deliberação é, evidentemente, que todos conheçam os marcos jurídicos que embasam suas ações, as regras de funcionamento do sistema socioeducativo e as regras disciplinares da unidade. É perfeitamente possível compatibilizar os imperativos de segurança e disciplina com uma proposta socioeducativa (SILVA e MOREIRA, 2012) e isso passa, necessariamente, pela busca de consensos entre os atores diretamente envolvidos.

5. CONCLUSÃO

A violação de direitos de adolescentes é uma problemática de longa data, sobretudo nos ambientes privativos de liberdade, em que se percebe concretamente a opção pela internação como única forma de proteção da sociedade e de responsabilização do adolescente pelos atos cometidos.

A eficácia sociopedagógica das penas de privação da liberdade foram exaustivamente estudadas (SILVA, 2015) e se mostram ineficazes na maioria dos casos, mas também ficou demonstrado, nas experiências das três edições do Prêmio Socioeducando¹ e dos 21 dos Centros de Ressocialização construídos em São Paulo (SILVA, 2001) que é possível conciliar a privação da liberdade com o respeito à dignidade da condição humana.

Diante das situações de opressão a que são submetidos os adolescentes há diferentes ações de resistência dos atendidos no interior das unidades como rebeliões, fugas, contestação das regras, desobediências e alienação por meio das drogas, ocasionando a produção de um ciclo de violência sem fim, tornando inócuo o caráter socioeducativo da medida de internação que acaba sendo prejudicial à todos (Estado, sociedade civil, família, instituições e para o próprio atendido) e retroalimentando uma espiral de reincidências e de perpetração de violências.

Desde a redemocratização do país o Brasil fez um grande esforço no sentido de construir um arcabouço normativo que colocasse a pessoa a salvo do poder arbitrário do Estado, de suas agências e de seus agentes e o ECA representou isso para crianças e adolescentes. Dar plena vigência ao ECA incorporando a ele os aprimoramentos proporcionados pelo SINASE e pelos tratados e convenções internacionais seria o modo adequado de mostrar para os adolescentes a face humana da lei, do Estado e da sociedade.

¹ Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/media_12113.html. Consultado em 22.02.2018.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. Programa Justiça ao Jovem. [Relatórios estaduais]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-ao-jovem/ceara.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016.
- BOGDAN, R.; BIKLEN, S. Investigação qualitativa em educação: uma introdução à teoria e aos métodos. Porto – Portugal: Porto Editora, 2010.
- CHIZZOTTI, A. Pesquisa em ciências humanas e sociais. 4ª Edição. São Paulo – SP: Cortez, 2000.
- CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos). [Comunicado de imprensa]. A CIDH lamenta a violência em centros de detenção para adolescentes em Fortaleza, Brasil. 17 nov. de 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2015/130.asp>>. Acesso em: 23 maio 2016.
- CROSWELL, J. W. Projeto de Pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto. 2ª Edição. Porto Alegre – RS: Artmed, 2007.
- GOES, E. M. Rebeliões de presos e eleições. Jornal da USP, São Paulo/SP, p. 231 - 231, 13 out. 1992.
- LÜDKE, M.; ANDRÉ, M. E. D. Pesquisa em Educação: abordagens qualitativas. São Paulo – SP: EPU, 2012.
- MARTINS, M. F.; GROOPPO, L. A. Introdução à Pesquisa em Educação. Campinas – SP: Biscalchin, 2006.
- MELUCCI, A. A invenção do presente: movimentos sociais nas sociedades complexas. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.
- MOREIRA, F. M. Cadeias dominadas: dinâmicas de uma instituição em trajetórias de jovens internos. 2011. Dissertação de Mestrado em Antropologia, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo
- NETO, A. M. F.; QUIROGA, C. Juventude Urbana Pobre: Manifestações Públicas e Leituras Sociais. In: PEREIRA, C. A. M.; RONDELLI, E.; SCHOLLHAMMER, K. E.; HERSCHEMANN, M. (orgs). Linguagens da Violência. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- OURY, F.; VASQUEZ, A. Vers une pédagogie institutionnelle? Vigneux: Matrice, 1998.
- RIOS, J. A. Motins em prisões: seus fatores e possibilidades de preveni-los. Revista da Escola do Serviço Penitenciário, Porto Alegre, v.1, p. 42-49, 1989.
- CIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos) Resolução do Presidente, 26 de setembro de 2014, Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil, assunto da unidade de internação socioeducativa.

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_08_por.pdf>. Acesso em: 23 maio 2016.

CIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos). Resolução de 23 de junho de 2015, Medidas provisionales respecto de Brasil, asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_09.pdf>. Acesso em 25 maio 2016.

RIZZINI, I. A criança e a lei no Brasil: revisitando a história (1822-2000). Brasília: UNICEF; Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária, 2000.

SILVA, Roberto da. A eficácia sociopedagógica da pena de privação da liberdade. *Educação e Pesquisa*. São Paulo, v. 41, n. 1, p. 33-48, jan./mar. 2015.

SILVA, Roberto da. A eficácia sociopedagógica da pena de privação da liberdade. 2001. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. doi:10.11606/T.48.2001.tde-25022014-154503. Acesso em: 2018-02-22.

SILVA, Roberto da.; MOREIRA, F. A. Educação em prisões: apontamentos para um projeto político pedagógico.. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE PEDAGOGIA SOCIAL, 4., 2012, São Paulo. Proceedings online... Associação Brasileira de Educadores Sociais, Available from:<http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000092012000200026&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 23 maio 2016.

YIN, R. K. Estudo de caso – planejamento e métodos. (2Ed.). Porto Alegre: Bookman. 2001.

Submetido em: 19 jun. 2016. Aceito em: 23 fev. 2018.



A BUSCA PELA SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONTROVÉRSIAS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 A PARTIR DA TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

*Heleno Florindo da Silva**

*Daury Cesar Fabriz***

Resumo

O debate acerca da teoria dos deveres fundamentais ainda é muito inicial no Direito Brasileiro, de modo que o presente trabalho, aliando tal perspectiva às questões que se desdobram da leitura constitucional do processo civil idealizada pelo Código de Processo Civil de 2015, objetiva compreender a existência de um dever fundamental dos pais que estiverem em litígio entre si, de buscar, como possibilidade de solução de suas contendas, meios alternativos e consensuais à jurisdição ou, havendo a jurisdicinalização do litígio, de buscar meios consensuais dentro da lide, como forma de decisão dos referidos problemas, sobretudo, na parte do litígio que diga respeito aos direitos de seus filhos ainda crianças, essas que poderão sofrer, direta ou indiretamente, com

* Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (CAPES 4). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (CAPES 4). Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória. Pós-Graduado em Direito Público e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro Diretor da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Coordenador do Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito da Faculdade São Geraldo (FSG - Cariacica/ES). Membro do Corpo Editorial da Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade São Geraldo. Professor do Curso de Direito da Faculdade São Geraldo. Professor da Pós-graduação - Lato Senso - em Direito da Faculdade São Geraldo em parceria com o Centro de Evolução Profissional (CEP). Professor do Centro de Evolução Profissional (CEP). Revisor Ad Hoc da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Goiás (UFG), da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva e da Revista *Juris Plenum Ouro*. Advogado. E-mail: hfsilva16@hotmail.com.

** Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais (Mestrado) da Faculdade de Direito de Vitória. Coordenador do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Professor e Advogado. E-mail: daury@terra.com.br.

os impactos de uma relação litigiosa entre seus pais. Assim, a partir de uma perspectiva metodológica múltiplo-dialética, na primeira parte do trabalho se buscou compreender a teoria dos deveres fundamentais, preparando, a partir de então, sua aproximação epistemológica em relação ao novo código de processo civil de 2015, a partir da compreensão do dever fundamental das partes da relação processual em contribuir com a administração da justiça. Na sequência, se objetivou, através da seleção de dispositivos normativos desse novo instituto processual, verificar os deveres inerentes às partes de um processo, em especial, deveres estes em relação às crianças envolvidas na lide, dentre os quais, o dever de se buscar soluções pacíficas daquelas controvérsias, inerentes ao direito das famílias, a partir de uma aproximação com a teoria dos deveres fundamentais desenvolvida na primeira parte do trabalho. Por fim, na terceira e última parte, o objetivo buscado foi o de analisar a existência de um dever fundamental dos pais, que estiverem em litígio entre si, em buscar uma solução consensual como meio mais adequado a solucionar as questões que também forem inerentes aos direitos de seus filhos.

Palavras-chave

Código de Processo Civil de 2015. Solução Consensual. Deveres Fundamentais. Pais. Filhos.

THE SEARCH FOR THE PEACEFUL SOLUTION OF CONTROVERSIES IN FAMILIES LAW - A CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE CIVIL PROCESS CODE OF 2015 FROM THE THEORY OF FUNDAMENTAL DUTIES

Abstract

The debate about the theory of fundamental duties is still very early in Brazilian law, so that the present work, combining this perspective with the questions that unfold from the constitutional reading of the civil process idealized by the Code of Civil Procedure of 2015, aims to understand the existence of a fundamental duty of the parents who are in dispute between themselves, to seek, as a possibility to resolve their disputes, alternative and consensual means to the jurisdiction or, where there is a jurisdictionalisation of the litigation, to seek consensual means within the lide, as a form of decision of the aforementioned problems, especially in the part of the litigation concerning the rights of their children who are still children, who may suffer, directly or indirectly, the impacts of a litigious relationship between their parents. Thus, from a multiple-dialectical methodological perspective, in the first part of the work we sought to understand the theory of fundamental duties, preparing, from then on, its epistemological approach in relation to the new civil process code of 2015, from the understanding of the fundamental duty of the parties in the procedural relationship to contribute to the administration of justice. Following this, it was objectified, through the selection of normative devices of this new procedural institute, to verify the inherent duties of the parties to a lawsuit, in particular, these duties in relation to the children involved in the proceedings, among which, the duty to seek solutions of the controversies, inherent in the law of families, from an approximation with the theory of fundamental duties developed in the first part of the work. Finally, in the third and final part, the objective was to analyze the existence of a fundamental duty of the parents, who are in dispute among themselves, to seek a consensual solution as a more adequate means to solve the issues that are also inherent in the rights of their children.

Keywords

Code of Civil Procedure of 2015; Consensus Solution; Fundamental Duties; Parents; Children.

1. INTRODUÇÃO

O debate acerca da Teoria dos Deveres Fundamentais ainda é muito incipiente no Brasil, ainda mais quando se restringe essa análise aos deveres que os particulares guardam entre si, numa perspectiva horizontal dos direitos e

deveres fundamentais, sobretudo àqueles inerentes à relação litigiosa levada ao conhecimento do Poder Judiciário.

Neste sentido, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, se pode perceber uma busca do legislador infraconstitucional em reconhecer a supremacia da norma constitucional, a partir da necessidade de se compreender a legislação processual a partir de uma leitura constitucional do processo civil pátrio.

Mesmo que tal pretensão do legislador infraconstitucional se dê tardivamente, pois a muito a jurisprudência pátria já consolidou a supremacia da norma constitucional dentro do ordenamento jurídico pátrio, ela demonstra uma clara tentativa de estabelecer a Constituição Federal de 1988, sobretudo em seu conjunto principiológico, como referencial normativo que também deverá sempre ser usado como fundamento para a solução dos litígios levados ao conhecimento do Judiciário.

A partir das diretrizes estabelecidas pela CF/88 é que o CPC/15 passa a se consolidar, de modo que o novo instrumento normativo se estruturou a partir de alguns princípios constitucionais que nos fazem, com sua interpretação, perceber a existência de inúmeras obrigações e deveres processuais que as partes guardam entre si em suas relações processuais – regidas, a partir de então, pelo CPC/15.

Um desses deveres, talvez o mais importante deles, está contido na ideia de que as partes do processo deverão atuar de boa-fé na relação processual, buscando a solução pacífica das controvérsias, ainda mais no contexto daquelas ações, reconhecidamente, inerentes ao direito das famílias e, dentre essas, àquelas que, porventura, ocorrem entre adultos que sejam pais, e que tenham, como efeitos do litígio, influência nos direitos das crianças¹ – seus filhos – que sofrerão com tal peleja.

É daí, neste sentido, que iremos buscar mecanismos para traçar, num primeiro momento, uma análise da teoria dos deveres fundamentais, para num segundo momento da pesquisa, identificar os deveres e obrigações que, a partir do CPC/15, passam a conduzir, necessariamente, os atos das partes em litígio, sobretudo naqueles que natureza familiar.

No fim, buscarmos analisar se é possível compreendermos a existência de um dever fundamental dos pais, nos litígios que estabelecem entre si – mas que possuem interesses e reflexos na vida de seus filhos ainda crianças –, em

¹ Para efeito do recorte epistemológico proposto ao presente estado da arte, é necessário destacar que a compreensão sobre quem é identificado como criança, aparece no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), ou seja, o que compreendemos aqui por criança é o mesmo que o referido Estatuto determina: crianças são todas aquelas pessoas que possuem até 12 anos de idade incompletos – nos termos do art. 2º, da Lei 8.069/90.

buscar solucionar de forma consensual o referido litígio, em especial, no tocante aos interesses de seus filhos.

Portanto, a partir de uma leitura, conforme se verá abaixo, ínsita à perspectiva metodológica do múltiplo-dialético², buscaremos, com o presente estudo, alcançar resposta ao presente problema de pesquisa: com o advento do CPC/15, da nova concepção de guarda compartilhada como regra, dos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), das determinações dos Tratados Internacionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente acerca da proteção das Crianças e, principalmente, da Constituição Federal de 1988, é possível extraímos desse compêndio legislativo, a existência de um dever fundamental dos pais, que estiverem em litígio entre si, em buscar resolver as questões litigiosas que forem inerentes aos seus filhos (crianças) de forma consensual?

2. A TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – COMPREENDENDO O DEVER FUNDAMENTAL DE CONTRIBUIR COM A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

O estudo dos deveres fundamentais não é tarefa fácil, seja pelo fato do constitucionalismo moderno ocidental, bem como pela contemporaneidade neoconstitucional, sempre buscar enaltecer o discurso e o debate acerca dos direitos, em especial, dos direitos fundamentais, seja em decorrência dos poucos estudos sobre o tema, mesmo que se reconheça sua importância social, po-

² Em decorrência do espaço limitado de um artigo científico, para um aprofundamento acerca do método do Múltiplo Dialético, ver KROHLING, Aloísio. **Dialética e Direitos Humanos – múltiplo dialético: da Grécia à Contemporaneidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. Cap. 4. Contudo, é importante que já se estabeleça ao menos alguns apontamentos sobre a referida perspectiva metodológica do múltiplo-dialético, a fim de se justificar o motivo de sua escolha como referencial metódico para a construção do presente texto. Desse modo, pode a abordagem metodológica do múltiplo-dialético pode ser compreendida desde sua matriz grega, até a contemporaneidade, como o modelo de racionalidade capaz de possibilitar a existência de inúmeras realidades que, mesmo sendo diferentes entre si, convivem em harmonia dentro de uma mesma realidade político-social, ou seja, é o que nos possibilitará perceber a multiplicidade de existência e de modos de compreensão possíveis, bem como a compreensão de que está tudo interrelacionado, de que tudo o que existe está ligado a ponto de ser especial para a vida em harmonia. É neste sentido que Krohling apontará para o fato de que desde sua formação mais incipiente, na Grécia antiga, a perspectiva do múltiplo dialético ser um importante marco na ascensão e promoção do debate sobre quaisquer situações, o que possibilitará, não só o surgimento, mas a necessidade de sua realização prática, do que hoje chamamos de diferença ou, mais recentemente, de diversidade, pois segundo ele “Os gregos já tinham saído da mitologia, pois viviam a presença de um novo marco, isto é, a realidade da *pólis*, que modificou profundamente a sua maneira de ser e viver. (...) a *ágora* (praça pública) é o principal espaço e instrumento de poder. Nesse cenário descendências monárquicas, origens divinas da natureza e explicações mitológicas do poder não têm mais guarida. (...) tudo é debatido. As pessoas agora são iguais. Não há mais hierarquia absoluta e muito menos monarquia. (...). Esse é o marco inicial. Não há nada que não possa ser discutido. Não existem mais verdades eternas (2014, p. 23-24)”.

lítica e cultural e se perceba que, desde 1988, o Título II, da Constituição Federal à época promulgada, já sinalizava a existência e a necessidade de se debater os deveres fundamentais.

Antes de darmos prosseguimento ao presente tópico, é importante destacar que ao se discutir os deveres fundamentais, não se partirá – conforme se verá mais adiante – do debate ou da teoria dos direitos fundamentais, pois o que se busca afirmar aqui, bem como em outros trabalhos sobre o tema, é a existência dos referidos deveres, através de uma construção teórico-filosófico-normativa capaz de discuti-los sem reduzir o debate a já consolidada teoria da eficácia vertical ou horizontal dos direitos fundamentais.

Portanto, será a partir desse cenário que o presente trabalho, passa abordar aspectos gerais acerca da supracitada teoria dos deveres fundamentais, buscando contribuir para o desenvolvimento de um entendimento acerca dos deveres fundamentais, sobretudo, deveres inerentes a proteção integral e prioritária das crianças – o que será discutido abaixo a partir da relação entre pais e filhos nos litígios que os primeiros estabelecem entre si, e que, porventura, tenham reflexos nos direitos dos segundos.

Ao analisarmos as construções teóricas acerca dos deveres fundamentais, ou constitucionais, inerentes a um determinado ordenamento jurídico constitucional, percebemos que alguns autores apontam, de um lado, a falta de efeitos jurídicos desses deveres fundamentais constitucionais e, de outro, que tais deveres representariam uma forma de limitação aos limites materiais do poder público.

É o que aponta, neste sentido, Llorente (2001, p. 16), ao afirmar que

Os enunciados de deveres não têm efeitos jurídicos algum, mas apenas, e se houver, uma função política, embora tampouco haja unanimidade em discernir qual função, se existir alguma, esses enunciados desempenham: para uns, tem, simplesmente, a função de servir de sustento ideológico ao poder, na tentativa de lhe dar uma fundamentação ética; para outros, ao contrário, a função dos deveres, tal como a dos direitos, é a de impor limites materiais a potestade normativa do poder público³.

É possível visualizar a partir dessa passagem, que as discussões acerca da configuração jurídica dos deveres fundamentais é campo arenoso e ainda muito pouco explorado no direito pátrio, por onde se debruçam incansáveis

³ No original: "Los enunciados de deberes no tienen efectos jurídico alguno, sino sólo, si acaso, una función política, aunque tampoco hay unanimidad a la hora de discernir cual sea (si alguna), la que estas normas desempeñan: para unos, simplemente la de servir de sustento ideológico al poder, la de intentar dotarlo de una fundamentación ética; para otros, más bien al contrario, la función de los deberes, como la de los derechos, es la de imponer limites materiales a la potestad normativa del poder público" (Tradução nossa).

teorias, sobretudo do direito estrangeiro, na tentativa de lhes dar normatividade ou, simplesmente, lhes reconhecer como meros deveres éticos dos sujeitos enquanto pertencentes ao grupo social que conforma o Estado.

Não podem ser compreendidas como simples divagações ou elucubrações teóricas, àquelas vertentes que não percebem nos deveres fundamentais um caráter normativo, mas, tão somente, um dever ético, haja vista o fato de que em suas origens, os deveres fundamentais ou constitucionais, terem surgido de discussões de cunho religioso, moral ou filosófico (MARTINEZ, 1986, p. 329).

A fim de fixar características que nos permitam identificar os deveres fundamentais, destacamos as palavras de Martinez (1986, p. 335), para quem esses deveres fundamentais apresentam três aspectos principais, que podem ser elencados da seguinte forma

(...) a) o dever jurídico existe com independência de que o dever trabalhado tenha tido previamente, ou não, uma dimensão moral (...); b) o dever jurídico tem que estar reconhecido por uma norma pertencente ao Ordenamento; c) normalmente os deveres jurídicos trazem consigo uma sanção para os casos onde houver o seu inadimplemento (...)⁴.

Em que pese a profundidade dos citados argumentos, outros há, tão sólidos quanto, que disciplinam os deveres fundamentais sob uma visão diferente. Há quem entenda que esses deveres, mesmo que não presentes expressamente em um determinado ordenamento poderão ser reconhecidos como tal, a partir, por exemplo, de uma leitura ampla da norma que regula um determinado direito que, para ser exercitado, necessitará que alguém cumpra um determinado dever.

É o que Valdés (1986b, p. 68), em resposta às críticas de Francisco Laporta e Juan Carlos Bayón, feitas a um artigo que aquele havia publicado acerca dos deveres positivos gerais e sua fundamentação, ressaltará, no sentido de que, para a imposição desses deveres, de um ponto de vista meramente ético, não é necessária a existência do Estado.

Para ele os deveres fundamentais existem, independentemente, da existência de uma codificação estatal sobre sua fundamentação, pois o Estado servirá, tão somente, para assegurar o cumprimento ou sancionar o não cumprimento desses deveres que são inerentes à sociedade humana.

⁴ No original: “(...) a) El deber jurídico existe con independencia de que el deber de que se trata hay a tenido previamente o no una dimensión moral (...); b) El deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente al Ordenamiento; c) normalmente los deberes jurídicos llevan a pareja de una sanción en caso de incumplimiento (...)" (Tradução nossa).

Os deveres fundamentais [ou constitucionais], neste sentido, conforme se depreende das análises teóricas acima, existem em decorrência de um direito fundamental contrário, ou seja, na medida em que a Constituição, base do Estado, nos assegura uma série de direitos fundamentais, em contrapartida, faz surgir uma série de deveres fundamentais.

Tal construção hermenêutica é o que pode ser percebido da leitura, por exemplo, do artigo 75, da Constituição da República Dominicana de 26 de janeiro de 2010⁵, responsável por trazer um rol de deveres fundamentais para os dominicanos, que passam a ter uma Constituição que não está, tão somente, repleta de direitos, mas, também, de deveres.

Antes de continuar a discussão é necessário destacar, acerca dos deveres fundamentais, outros pontos relevantes, tanto em relação às discussões acerca da existência, ou não, de deveres positivos gerais – fundamentais –, quanto, havendo essa possibilidade, sobre o modo como se daria a contraprestação ao direito, pois todo dever, consequentemente, deverá encampar um direito que lhe é oposto.

Neste ponto, Valdés (1986a, p. 17) qualifica quais seriam esses deveres fundamentais de natureza geral, ou seja, aqueles que todos nós estariamos obrigados a cumprir, independentemente de mantermos relação direta com aquele que possui o direito de lhe cobrar, expondo, neste sentido, que

⁵ O citado artigo dispõe que: "CAPÍTULO IV – DE LOS DEBERES FUNDAMENTALES – Artículo 75 – *Deberes fundamentales*. Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución determinan La existencia de un orden de responsabilidad jurídica y moral, que obliga La conducta del hombre y La mujer en sociedad. En consecuencia, se declaran como deberes fundamentales de las personas los siguientes: 1) Acatar y cumplir la Constitución y las leyes, respetar y obedecer las autoridades establecidas por ellas; 2) Votar, siempre que se este en capacidad legal para hacerlo; 3) Prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, de conformidad con lo establecido por la ley; 4) Prestar servicios para el desarrollo, exigible a los dominicanos y dominicanas de edades comprendidas entre los dieciséis y veintiún años. Estos servicios podrán ser prestados voluntariamente por los mayores de veintiún años. La ley reglamentará estos servicios; 5) Abstenerse de realizar todo acto perjudicial a la estabilidad, independencia o soberanía de la República Dominicana; 6) Tributar, de acuerdo con la ley y en proporción a su capacidad contributiva, para financiar los gastos e inversiones públicas. Es deber fundamental del Estado garantizar la racionalidad del gasto público y la promoción de una administración pública eficiente; 7) Dedicarse a un trabajo digno, de su elección, a fin de proveer el sustento propio y el de su familia para alcanzar El perfeccionamiento de su personalidad y contribuir al bienestar y progreso de La sociedad; 8) Asistir a los establecimientos educativos de la Nación para recibir, conforme lo dispone esta Constitución, La educación obligatoria; 9) Cooperar con el Estado en cuanto a La asistencia y seguridad social, de acuerdo con sus posibilidades; 10) Actuar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones de calamidad pública o que pongan en peligro la vida o La salud de las personas; 11) Desarrollar y difundir la cultura dominicana y proteger los recursos naturales del país, garantizando La conservación de un ambiente limpio y sano; 12) Velar por El fortalecimiento y La calidad de la democracia, El respeto Del patrimonio público y El ejercicio transparente de La función pública".

Deveres positivos gerais são aqueles cujo conteúdo é uma ação de assistência ao próximo que requer um sacrifício trivial e cuja existência não depende da identidade do obrigado nem a do(s) destinatário(s) e tampouco é o resultado de algum tipo de relação contratual prévia⁶.

Com isso é possível perceber que por tal entendimento quaisquer pessoas poderiam, em estado de necessidade, obrigar quaisquer outros, a lhes ajudar, não devendo essa ajuda ser maior que algo *trivial*, ou seja, algo que não imponha àquele que presta a ajuda, uma diminuição de suas posses capaz de levá-lo ao *status daquele a quem ajuda* (VALDÉS, 1986a, p. 25).

Entretanto, existem posições diversas a essa, principalmente no tocante a possibilidade, ou não, da construção de um entendimento acerca dos deveres fundamentais, reconhecendo-os como positivos e gerais, conforme se depreende em Laporta (1986) e Bayón (1986) – ambos criticam, conforme se aludi acima, as noções trazidas por Valdés (1986a) no tocante às discussões em destaque.

Laporta (1986, p. 55) apresenta suas divergências à Valdés, em relação àquilo que esse chama de deveres positivos gerais, no ponto acerca da responsabilidade pela omissão, ou seja, Laporta traz entendimento de que se levarmos às propostas de Valdés às últimas consequências, as regras acerca da responsabilidade em decorrência de um inadimplemento de uma obrigação restariam inócuas.

Ele chega a essa conclusão, tendo em vista que sendo os deveres gerais, àqueles que tivessem, em contrapartida, direitos, poderiam escolher, dentre um universo de obrigados, àquele que lhe aprovouesse, o que retiraria toda e qualquer segurança jurídica dos processos judiciais, sendo que, àquele que tem direito frente a um coletivo de pessoas, frente a outras, possui o mesmo dever.

De outro lado, Bayón (1986) aponta críticas à postura de Valdés no tocante aos limites impostos a esses deveres positivos gerais que todos teríamos, destacando, especificamente, o critério da trivialidade entabulado por Valdés para limitar as obrigações, ou seja, os deveres dos indivíduos para com aqueles que lhes são comuns em uma sociedade.

Bayón (1986, p. 46) destacará, neste sentido, que “(...) o altruísmo mí-nimo, baseado na ideia de sacrificio trivial, parece que não nos serve (...). Se alguém tem em seu poder recursos em abundância – sendo que frente a esses um terceiro tem direito – deve entregá-los em sua totalidade, não uma parte

⁶ No original: “Deberes positivos general es son aquél los cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario (s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa” (Tradução nossa).

<<trivial>> dos mesmos⁷”, ou seja, para ele a trivialidade, entendida como elemento de limitação ao *quantum* do dever, não corresponde ao melhor parâmetro.

Em que pesem as discussões sobre as características inerentes aos deveres fundamentais, o importante é saber que se trata de um campo ainda em conhecimento, onde não há verdades absolutas, mas, pelo contrário, inúmeras possibilidades, o que corrobora a necessidade de uma abordagem metodológica inerente ao múltiplo-dialético – brevemente delineada acima.

Objetivando uma dessas múltiplas possibilidades inerentes à metodica dialética, o Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória, através de seus membros, entabulou um conceito para os deveres fundamentais, a fim de fixar um posicionamento acerca do tema, definindo Dever Fundamental como *uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais*⁸.

A partir de então, se abre a possibilidade de identificarmos, na determinação normativa acerca da contribuição de todos com a administração da justiça, a existência de um dever fundamental geral, em especial, às partes da relação processual, que passam a ter o dever fundamental de estabelece-la sobre à luz dos princípios constitucionais, em especial, o princípio da boa-fé⁹.

Portanto, a partir de uma perspectiva ínsita à solidariedade disposta na Norma Constitucional, os deveres que hoje aparecem como deveres das partes no CPC/15, bem como frente a proteção integral e prioritária das crianças – restrita aqui a atuação dos pais que estão em litígio familiar entre si, mas que discutem direitos inerentes aos seus filhos – poderão ensejar o desdobramento e análise de um dever dos pais em buscar solucionar os conflitos entre eles,

⁷ No original: “(...) el altruismo mínimo, basado en la idea de sacrificio trivial, parece que no nos lo brinda. (...) si alguien tiene en su poder recursos sin título alguno – y a los cuales tiene derecho un tercero – debe entregarlos en su totalidad, no una parte «trivial» de los mismos”. (Tradução Nossa).

⁸ Conceito construído coletivamente pelos membros do grupo de pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, no 1º semestre de 2013, coordenado pelos professores Dr. Daury Cesar Fabriz e Dr. Adriano Sant’Ana Pedra, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Para maiores informações sobre as discussões de onde extraiu-se o conceito destacado acima, ver GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti e FABRIZ, Daury Cesar. *Dever Fundamental: a construção de um conceito*. In. DE MARCO, Christian Magnus e OUTROS. *Direitos Fundamentais Civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha*. Tomo I. Joaçaba: Editora UNOESC, 2013. p. 87-96.

⁹ Acerca do princípio da boa-fé, o CPC/15 determina, em seu art. 5º, que: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

mas que digam respeito também aos direitos dos filhos – sobretudo aqueles que ainda são vistos como crianças – de forma consensual.

Os deveres fundamentais debatidos aqui, desse modo, se inter-relacionam, pois um dos mecanismos de proteção integral e prioritária das crianças, é a prática de uma formação humana para esse fim, o que pode ser conseguido com a atuação dos pais, que estão em litígio entre si, ao atuarem nessa relação processual como um todo, ou especificamente, acerca dos direitos de seus filhos, a partir de uma busca pela solução pacífica de sua controvérsia, algo que surtirá efeitos positivos no desenvolvimento de seus filhos.

A proteção integral e prioritária das crianças passará, neste sentido, pela busca de uma solução harmoniosa e pacífica das controvérsias que se estabelecem na relação familiar entre os pais e que tenham a capacidade de gerarem reflexos deletérios para a formação e desenvolvimento da personalidade de seus filhos, o que será melhor debatido nos próximos tópicos desta pesquisa, onde se desenvolverá melhor as ideias inerentes aos deveres fundamentais de proteção das crianças.

A presente pesquisa parte, portanto, de uma perspectiva constitucionalizada da Teoria dos Deveres Fundamentais para construir o caminho através do qual serão analisadas as novas regras procedimentais e processuais trazidas pelo novel Código de Processo Civil de 2015.

É da análise dos instrumentos normativos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 acerca da proteção das crianças e dos adolescentes [lembrando sempre que o recorte feito aqui se restringirá às crianças, ou melhor, aos direitos dessas crianças], nos casos de litígios entre seus pais, a partir de uma mitigação, ou não, da autonomia de sua vontade¹⁰, como referencial do processo de mediação/conciliação estabelecido no CPC/15.

¹⁰ A discussão acerca da mitigação, ou não, da autonomia da vontade dos pais que estão em litígio entre si, em litigarem até o final, ou buscar resolver tal litígio naquilo que seja de interesse de seus filhos crianças, de forma consensual, se dá em decorrência do art. 166, caput e §4º, do CPC/15, estabelecerem, respectivamente, que “a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. (...)». § 4º - a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”. Assim, na presente pesquisa se discutirá, conforme abaixo, a possibilidade de mitigação da autonomia da vontade dos pais (direito fundamental deles), frente ao dever fundamental que possuem de proteção de seus filhos que ainda sejam crianças.

3. O CPC/15 E A SOLUÇÃO PACÍFICA DAS CONTROVÉRSIAS FAMILIARES – A IDENTIFICAÇÃO NORMATIVA DE DEVERES DOS PAIS EM FACE DE SEUS FILHOS CRIANÇAS

Após discutir, na primeira parte do trabalho, os deveres fundamentais e suas bases epistemológicas de construção e compreensão, é importante iniciarmos essa segunda parte, alertando que aqui se busca trazer ao debate alguns dispositivos normativos que são importantes para, em seguida, se realizar a verificação da existência, ou não, de um dever fundamental dos pais em litígio em buscar, naquilo que for de interesse de seus filhos crianças, uma solução pacífica ao mesmo.

Portanto, desde a CF/88, o CPC/15, o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outras normas nacionais ou internacionais, o presente ponto busca identificar, normativamente, indícios que, atrelados ao discutido acima, sejam capazes de fundamentar a resposta ao problema lançado acima, na última parte do trabalho.

A partir de então, tem-se o art. 227, da CF/88, que determina ser dever da família assegurar à criança, com absoluta prioridade, uma série de direitos ínsitos à sua personalidade e, consequentemente, à sua dignidade, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, nos servirá de fundamento constitucional para o desdobramento da presente análise acerca dos deveres fundamentais e do CPC/15.

Além do descrito dispositivo constitucional, existem outros dispositivos no direito material que, mesmo infraconstitucionais, nos são úteis a presente pesquisa, tais como, a recente Lei de Guarda Compartilhada e o Código Civil de 2002, tendo em vista o fato de regulamentarem que

Art. 1584, §2º, do CC/02, com Redação dada pela Lei da Guarda Compartilhada (Lei 13.058/2014). *Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor* (grifos nossos).

Art. 1583, §2º, do CC/02, com Redação dada pela Lei da Guarda Compartilhada (Lei 13.058/2014) *Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos* (grifos nossos).

E mais, o supracitado Estatuto da Criança e do Adolescente que também é importante, neste sentido, haja vista delinear a compreensão dos direitos que as crianças possuem face ao Estado, à Sociedade e, também, face aos seus familiares, sobretudo seus pais, ao determinar que

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º - Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência,残酷和 opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Já no âmbito internacional, é importante destacarmos que a proteção das crianças aparece em diversas normas, tais como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças de 1989, que determina, entre outras coisas, a proteção integral e prioritária, também no âmbito internacional, das crianças¹¹.

De outro lado, no âmbito das normas de natureza processual e procedimental, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) – talvez a mais elementar e importante delas – determina, entre outras coisas, que as partes em litígio deverão se guiar por alguns deveres processuais extraídos de uma leitura constitucionalizada do processo civil pátrio, pois

¹¹ Neste sentido, o art.2º, item 2, estabelece que “os estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar que a criança seja protegida contra todas as formas de discriminação ou punição baseadas na condição, nas atividades, opiniões ou crenças, de seus pais, representantes legais ou familiares”. E mais, o artigo 3º - 1, estabelece que “em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança. 2. os estados-partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis por ela e, para este propósito, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas apropriadas”. A seu turno, o artigo 4º, determina que “os estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas, administrativas, legislativas e outras, para a implementação dos direitos reconhecidos nesta convenção. (...)”. Por fim, o artigo 5º, do mesmo diploma internacional, assegura que “os estados-partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, conforme o caso, dos familiares ou da comunidade, conforme os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis pela criança, de orientar e instruir apropriadamente a criança de modo consistente com a evolução de sua capacidade, no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção”.

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, SÃO DEVERES DAS PARTES, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

(...);

IV - CUMPRIR COM EXATIDÃO AS DECISÕES JURISDICIONAIS, de natureza provisória ou final, e NÃO CRIAR EMBARÇOS À SUA EFETIVAÇÃO; (...).

Neste ponto, é importante destacar também, que além dos deveres expressamente delimitados pelo supracitado artigo do CPC/15, o referido diploma normativo determina, já em seu artigo 1º, que o processo civil, a partir de então, passará a ser “(...) ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil” de 1988¹².

Diante de todos esses dispositivos normativos, constitucionais, infra-constitucionais e até mesmo internacionais, de natureza material ou processual, de onde é possível extrair o estado da arte atual acerca da legislação pátria, bem como identificar a tendência processual civil buscada pelo legislador ordinário e que surge com o atual CPC/15, é possível construirmos, numa perspectiva múltiplo-dialética, uma perspectiva que, a partir da teoria dos deveres fundamentais e dos dispositivos normativos acima, seja capaz de nos servir de referencial teórico na busca pela resposta ao problema lançado acima.

Para concluir a análise do estado da arte da proteção normativa dos direitos das crianças, sobretudo a partir da relação estabelecida entre esses e seus pais, o CPC/15 destaca que nas ações de natureza familiar, as partes terão como obrigação, efetuar todos os esforços necessários para a solução consensual do litígio (art. 694, caput, do CPC/15).

Para tanto, existe a possibilidade de se efetuar o acompanhamento da lide, por especialistas de diversas áreas, tais como, da psicologia e da assistência social, bem como de suspender o processo, para efetivação de tentativas extrajudiciais de conciliação ou mediação (Parágrafo-único, do art. 694, do CPC/15), ou de fragmentar a audiência em quantas partes forem necessárias para viabilizar a solução consensual (art. 696, do CPC/15).

Assim, após delinearmos os principais fundamentos e debates acerca da teoria dos deveres fundamentais, bem como de identificarmos os dispositivos normativos que podem servir de base legal à resposta ao problema proposto, a seguir buscaremos analisar a existência de um dever fundamentais dos pais

¹² E mais, o mesmo CPC/15, determina que, o sujeito que, de qualquer forma participar, nos termos de seu art. 5º, do processo, deverá se comportar de acordo com os ditames e limites da boa-fé processual, conforme já se destacou acima.

em litígio entre si, em buscar meios mais adequados (consensuais) para o saneamento da controvérsia que disser respeito aos interesses de seus filhos ainda crianças.

4. O DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS EM LITÍGIO EM BUSCAR UMA SOLUÇÃO CONSENSUAL COMO MEIO MAIS ADEQUADO¹³ A SOLUCIONAR QUESTÕES INERENTES A SEUS FILHOS

Conforme descrito acima, neste ponto do trabalho, buscamos debater a existência de um dever fundamental dos pais em litígio judicial, em buscar uma solução para tal situação, sempre que envolver direitos de seus filhos ainda crianças, de forma consensual, haja vista sê-la, não só mais adequado, como também o modo menos traumático para seus filhos, cuja tenra idade poderá, sendo-os também alvos do litígio, lhes trazer danos irreversíveis.

Neste sentido, conforme se debateu acima, o art. 227, da Constituição Federal determina que é direito fundamental das crianças (sobretudo) um desenvolvimento saudável, física e mentalmente, sem que haja, nesse interim, qualquer tipo de negligência por parte do Estado, da Sociedade e da Família (no caso do presente trabalho, dos pais).

A partir dessas premissas, e do recorte feito para esse ponto do trabalho, é inegável que uma solução consensual para qualquer litígio, sobretudo aos litígios entre adultos, pais, que envolvam interesses e direitos de crianças, seus filhos, é sempre a opção mais benéfica, haja vista trazer em suas bases, em seus fundamentos, a auto realização da pacificação pelas próprias partes.

Inclusive, é importante ainda destacar, a possibilidade de, caso não haja condições para a resolução da controvérsia pelas próprias partes do litígio, a busca pela solução consensual, ao menos, possibilita aos envolvidos disciplinar a forma como exercerão, caso queiram, seus direitos dentro da relação processual, ou seja, existe às partes da lide a possibilidade de dispor de direitos de

¹³ Sobre os meios consensuais de que se fala nesta pesquisa, é importante destacar que não se buscará analisar um único meio de auto composição do litígio, mas destacar que, qualquer desses meios, sobretudo aqueles em que as partes possuem maior autonomia da elucidação da solução do problema, são mais eficazes na proteção dos direitos fundamentais das crianças cujos pais estão em litígio entre si, do que a demorada e lenta decisão de um juízo, fria ao valor afetivo que um dia uniu litigante e litigado, e, principalmente, distante da efetiva proteção dos direitos fundamentais das crianças que, em muitos casos, deixam se serem vistas como sujeitos de direitos e passam a ser vistas como objetos de disputa entre seus pais. Assim, a auto composição, que também é conhecida como uma solução pacífica, ou não adversarial, é uma forma de solução de litígios que apresenta inúmeros mecanismos e instrumentos, mas que sempre terá, como pilar de fundamentação, o fato da resolução de conflitos se dar através das próprias partes. As partes é quem irão procurar a solução de suas lides e, via de consequência, a pacificação do conflito. Em uma visão que amplia a ideia de Carnelutti acerca da auto composição, Petrólio Calmon, a respeito dos equivalentes jurisdicionais, passa a considerar a auto composição como um meio de solução dos conflitos, como o são a jurisdição e a autotutela (2007, p. 84).

cunho processual e que forem disponíveis ou transacionáveis¹⁴, gerindo, consensualmente, neste sentido, o processo do qual são partes.

Sobre os litígios entre os pais que envolvam interesses ou direitos de seus filhos, é presumível, que dentre as várias especialidades do Direito, a que mais apresente tais situações, seja o Direito das Famílias, haja vista ser o local específico para dirimir problemas, por exemplo, entre pais e filhos durante sua relação familiar, como no recorte epistemológico proposto no presente estudo, bem como problemas inerentes ao início ou fim do vínculo afetivo ou conjugal entre as pessoas¹⁵.

É importante destacar neste ponto, portanto, que a análise que se apresenta nesta pesquisa, não diz respeito à qual será o instrumento que as partes do litígio [os pais], escolherão, necessariamente, para a solução pacífica de suas controvérsias, mas, ao contrário, se é possível percebermos, à luz de uma leitura constitucionalizada do processo civil, bem como dos direitos fundamentais das crianças, protegidos interna e internacionalmente, podem ser fundamento para a configuração de um dever fundamental dos litigantes [pais] em

¹⁴ Neste ponto, é importante salientar, que o pacto acerca da disposição ou transação de direitos, firmados entre as partes da relação alvo de uma solução consensual, somente é possível quando se referir aos direitos passíveis de auto composição o que permitem a transação e o afastamento da jurisdição estatal, nos termos do art. 3º, caput e parágrafos, da Lei 13.140/2015, que assim determinam sobre o tema: "Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. §1º - A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. §2º - O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transsigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Públíco".

¹⁵ Sobre tais situações, inerentes às relações de índole familiar, em que uma solução consensual [que no estudo se daria através da mediação] se demonstra o caminho mais salutar para a efectiva solução do litígio, Warat (2001, p. 132), ao escrever sobre o papel do mediador, destaca que "O desamor é uma despedida de um vínculo ou de um modo de nos relacionarmos. No desamor, existem perdas e ganhos. Perde-se a história vivida, mas ganha-se algo dessa história, se dela conseguimos tirar alguma lição e abrir-nos as perspectivas de futuro. O desamor é complicado porque as pessoas não sabem dizer adeus, botar um ponto final em uma história. Colocar um ponto final, dizer adeus, sem gerar conflitos de despedida é uma tarefa muito difícil, então as pessoas precisam ser ajudadas, principalmente, a descobrir que estão em uma fase de desamor. Ninguém nos ensinou a amar, muito menos nos ajudará a aprender a desamar, a fazer do desamor uma boa despedida". Sobre a mediação como uma importante ferramenta de auto composição do litígio, sobretudo, acerca do fato de sé-la uma ferramenta de solução pacífica das controvérsias, é importante traçar uma conceituação para essa espécie judicial ou extrajudicial de resolução de litígios, sendo que, neste ponto, importantes são as palavras de Moore (1998, p. 28), para quem a Mediação pode ser vista "Como a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa". Uma das possibilidades de realização da Mediação, portanto, se dá no Direito das Famílias, de modo que, nas palavras de Haim Gruspun "A mediação familiar pode ser procurada quando se inicia uma crise na família e atuar de forma preventiva, quando mais protege os filhos. Pode ser procurada após a sentença do juiz no tribunal e fazer a mediação para resolução dos problemas entre os pais sobre esses filhos. Poderá ser procurada por indicação do juiz, antes de exarar a sentença para cursos, orientação ou mediação" (2000, p. 78).

solucionar pacificamente os conflitos entre si, que porventura envolvam interesses ou direitos de seus filhos.

Assim, além de lidar com questões fundamentais, a busca por uma solução pacífica, consensual, pode também estabelecer ou fortalecer os relacionamentos de confiança e respeito entre as partes em litígio, e seus filhos, evitando, neste ponto, que esses sofram, por exemplo, com o fim do relacionamento de seus pais, de modo a minimizar os custos e os danos psicológicos que porventura uma criança poderá sofrer sendo-a alvo de um litígio que, em muitos casos, ainda sequer comprehende.

A solução consensual é, neste sentido, aquela medida que melhor proporciona uma proteção aos infantes que ainda, sem saber direito o que está ocorrendo em sua família, conseguirão, ao fim de um litígio a ela inerente, sair, senão ilesos, ao menos com a menor quantidade possível de marcas e traumas pessoais, de um litígio que poderá lhes influenciar no resto de suas vidas, para o bem ou o mau.

5. CONCLUSÃO

A partir de então, é possível apresentarmos algumas conclusões como resposta ao problema levantado alhures, não sob a perspectiva de um *ponto final* ao debate, mas, através de uma racionalidade múltiplo-dialética, com o condão de ser um ponto de início para outras construções teórico-filosóficas acerca do tema abordado.

O presente artigo teve como cotejo principal, a busca pela demonstração da necessidade de ocorrer uma mudança de perspectiva jurídico-filosófica, sobretudo, dentro do Direito Processual Civil, a partir do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, tendo em vista a leitura constitucional pela qual o processo civil passou e deverá passar daí em diante, bem como no modo como se concebe, via de regra, um sistema de adjudicação do direito pelo Estado-juiz, que deverá, conforme se debateu acima, se transformar em um cenário em que as partes tenham mais possibilidade de, por elas, solucionarem o litígio.

Foi nesse ponto que a teoria dos deveres fundamentais surgiu como fundamento para identificar a existência de um dever fundamental dos pais que estiverem em litígio entre si, sobre direitos que influenciarão os direitos, direta ou indiretamente, de seus filhos ainda crianças, de buscarem solucionar, de forma consensual e menos agressiva possível, tais demandas.

No contexto de tais litígios, em muitos casos, *estão em jogo* direitos das crianças envolvidas que, à luz do art. 227, da CF/88, discutido acima, configuram-se como fundamentais, de modo que para a proteção desses direitos de seus filhos, caberá aos pais, via de consequência, o exercício de seus litígios à

luz dos deveres fundamentais, que no caso em cotejo, levados à relação jurídico-processual estabelecida entre esses mesmos pais, lhes imporão o dever de buscar alternativas consensuais – identificadas aqui como sendo as menos gravosas e deletérias para a formação de seus filhos ainda crianças –, sempre que nessas lides também estiverem em debate, os direitos de seus filhos.

É imprescindível fomentar, a partir do Código de Processo Civil de 2015 e, sobretudo, da crise estrutural pela qual passa todo o sistema jurídico-político vigente, que já não consegue mais absorver a quantidade expressiva de processos que, ano após ano, só fazem aumentar os números do Poder Judiciário, a busca por alternativas capazes de realizar uma modificação na exclusividade do provimento jurisdicional que, contemporaneamente, vem se dando através da exclusiva beligerância técnico-processual entre as partes do processo.

Tal mudança deve ser fruto, sobretudo, de uma nova cultura político-processual, teórico-filosófica acerca de um processo constitucionalizado, o que, neste trabalho, se identificou a partir de uma demonstração da existência de deveres fundamentais que devem ser realizados pelas partes da relação processual como mecanismo de contribuição para a administração da justiça.

E, especialmente, pelos pais que, dentro da relação que mantêm com seus filhos ainda crianças, devem proteger-los de toda e qualquer forma de agressão a sua personalidade, o que, a partir de então, faz com que uma nova perspectiva cultural ingresse nas relações litigiosas entre esses pais litigantes, agindo como pedagogicamente, direta ou indiretamente, em seus filhos ainda crianças e em formação de sua personalidade e caráter.

Essa perspectiva, por fim, deve ser identificada como fruto de uma necessária busca pela solução consensual dos litígios familiares, pois possibilitará às partes uma maior participação na solução de seu problema, garantindo assim, que o acesso à jurisdição se dê de forma célere e eficaz, protegendo ainda mais, no âmbito familiar, os direitos fundamentais das crianças envolvidas na lide de seus pais, ao se reconhecer como dever fundamental – de base constitucional-processual – desses, a busca do consenso como meio de tomada de decisão sobre aquilo que dizer respeito aos direitos de seus filhos.

REFERÊNCIAS

- BAYÓN, Juan Carlos. Los Deberes Positivos Generales y la Determinación de Sus Límites: observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés. In: DOXA 3, 1986. p.35-54.
- CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. *In: Revista de Processo*, nº 74, ano 19, abril-junho de 1994.

DIDIER JUNIOR, Fredie. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: Introdução ao Direito Processual Civil – parte geral e processo de conhecimento. Vol. I. 17^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti e FABRIZ, Daury Cesar. *Dever Fundamental: a construção de um conceito*. *In: DE MARCO*, Christian Magnus e OUTROS. Direitos Fundamentais Civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha. Tomo I. Joaçaba: Editora UNOESC, 2013. p. 87-96.

GRUNSPUN, Haim. Mediação Familiar: o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000.

KROHLING, Aloísio. Dialética e Direitos Humanos – múltiplo dialético: da Grécia à Contemporaneidade. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

LLÓRENTE, Francisco Rubio. *Los Deberes Constitucionales*. *In: Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 21. Núm. 62. Mayo-Agosto 2001. p. 11-56.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do Novo CPC: crítica e propostas. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Los Deberes Fundamentales*. *In: DOXA* 4, 1986. p. 329-341.

MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a redução de conflitos. Traduzido por Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 28.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual Civil - REDP*. v. VIII. p.453. Disponível em <www.redp.com.br>. Acessado em 17 de Outubro de 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual Civil - REDP*. v. V. p. 81-82. Disponível em <www.redp.com.br>. Acessado em 19 de Setembro de 2016

TAVARES, Fernando Horta. Mediação, processo e Constituição: Considerações sobre a Autocomposição de Conflitos no Novo Código de Processo Civil. *In: Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: Editora Jurídica da Bahia, 2013.

VALDÉS, Ernesto Garzón. *Los Deberes Positivos Generales y su Fundamentación*. In: DOXA 3, 1986a. p. 17-33.

_____. *Algunos Comentarios Críticos a Las Críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta*. In: DOXA 3, 1986b. p. 65-68.

WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

Submetido em: 2 dez. 2016. Aceito em: 12 fev. 2018.



CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS SUAS DECISÕES E PROCEDIMENTOS

*Fernando de Brito Alves**

*Amanda Querino dos Santos Barbosa***

Resumo

O presente artigo objetiva analisar a estrutura e funcionamento dos Conselhos de Políticas Públicas, bem como a legitimidade dos procedimentos e das decisões tomadas no seio destas entidades que possuem composição e funções democráticas. A Pesquisa seguiu o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e legislativa, explorando a história e a composição dos Conselhos, para na sequência examiná-los como mecanismo de fortalecimento da democracia. Sustenta-se que os mecanismos utilizados por estas instituições têm o condão de privilegiar a argumentação e o debate, auxiliando o Estado na definição de políticas públicas aptas a atender com mais precisão as demandas sociais. Conclui-se os Conselhos de Políticas Públicas tratam-se de instâncias promotoras de participação social cujas decisões legítimas são eficazes no fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave

Conselhos de Políticas Públicas. Democracia. Participação social.

PUBLIC POLICY ADVICE: CRITICAL ANALYSIS OF THE INSTITUTE AND DEMOCRATIC LEGITIMACY OF ITS DECISIONS AND PROCEDURES

Abstract

This article aims to analyse the structure and functioning of the public policy councils, as well as the legitimacy of the procedures and decisions taken within these entities which have democratic composition and functions. The research followed the deductive method, with bibli-

* Doutor em Direito. Professor Adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná, onde coordena o Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica. Professor das Faculdades Integradas de Ourinhos.

** Mestra em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Campus Jacarezinho, da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Foi Bolsista da CAPES. Membro dos Conselhos Municipais de Direitos do município de Santo Antônio da Platina. Participa do grupo de pesquisa: Democracia e Direitos Fundamentais, vinculado ao Programa de mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Pesquisa a Participação Popular por intermédio dos Conselhos de Políticas Públicas como forma de efetivação dos Direitos Fundamentais e consolidação da Democracia.

ographical and legislative research, exploring the history and composition of the Councils, in order to examine them as a mechanism for strengthening democracy. It is argued that the mechanisms used by these institutions have the privilege of prioritizing the argumentation and the debate, helping the State in the definition of public policies able to meet more precisely the social demands. The councils of public policy are in the process of promoting instances of social participation whose legitimate decisions are effective in strengthening the democratic State of law.

Keywords

Public Policy Councils. Democracy. Social participation.

1. INTRODUÇÃO

A crise de determinados órgãos representativos acarreta uma generalizada insatisfação social, infelizmente acompanhada de egoísmo e descrédito das Instituições o que torna imprescindível a percepção de formas concretas e legítimas de efetiva participação.

A participação popular se faz cada vez mais necessária para que haja um controle social das atividades da Administração, visando a diminuição das diferenças e uma distribuição dos investimentos para a área de Políticas Públicas na intenção de diminuir as desigualdades e propiciar uma vida mais digna à uma grande camada excluída da sociedade.

Neste sentido, os Conselhos de Políticas Públicas são instrumentos eficazes de participação popular, contribuindo significativamente para o aprimoramento da participação popular, representando um ambiente privilegiado para formas de manifestação da vontade, por intermédio da democracia deliberativa. Tais instituições, presentes na maioria dos municípios brasileiros, permitem efetivamente uma participação no controle e direcionamento de políticas públicas, sendo importantes instrumentos efetivadores de direitos fundamentais.

O objetivo deste artigo é abordar questões relacionadas à origem dos Conselhos de Políticas Públicas para problematizar aspectos da sua composição e atuação, tendo em vista compreender o papel que desempenham no fortalecimento da democracia.

Adotou-se como metodologia para o desenvolvimento desse texto a pesquisa bibliográfica e documental, explorando a história e a composição dos Conselhos, para na sequência examiná-los como mecanismo de fortalecimento da democracia.

2. BREVE HISTÓRICO DOS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, principalmente a partir dos anos 1990, a sociedade civil tem sido chamada a participar de um conjunto de novos espaços de deliberação e gestão das Políticas Públicas.

O art. 1º da referida Carta Magna, afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, e como consequência

que a soberania está com o povo: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. A característica democrática do Estado, implica no fato de que os direitos a serem garantidos devem expressar a vontade popular (SILVA, 2016, p.19).

Nesta seara, os Conselhos de Políticas Públicas são canais de participação que articulam representantes da população e membros do poder público estatal em práticas que dizem respeito à gestão de bens públicos. Os Conselhos constituem, neste novo milênio, a principal novidade em termos de políticas públicas. Para a autora Maria da Glória Gohn, os Conselhos:

São agentes de inovação e espaço de negociação dos conflitos. Entretanto, há uma longa história e um acirrado debate na trajetória dos Conselhos envolvendo questões relacionadas com participação, formas de governo e representatividade, natureza da esfera pública, divisão de poder local, regional, nacional e global, além de temas mais abrangentes que configuram o cenário em que os Conselhos de desenvolvem, como o próprio sistema da democracia e os condicionantes políticos econômicos que influenciam as gestões públicas (2003, p.7).

A Constituição de 1988 redefiniu a posição e função dos Conselhos a partir de uma nova arquitetura jurídico-política que conferiu a estes, maior legitimidade, força e permanência. Os Conselhos apresentam-se como peças centrais no processo de reestruturação das políticas, atuando como “ponte” de interação entre o governo e a sociedade civil, na gestão de políticas públicas ou programas. Possuem autonomia normativa e são legitimados pelos novos princípios constitucionais da participação e da descentralização político-administrativa.

Os Conselhos se tornaram referência, pois alguns deles foram definidos pela Constituição de 1988 como obrigatórios, em vários níveis de definição das políticas são indispensáveis para aprovação de contas e repasse de recursos federais para Estados e Municípios. Tais institutos se caracterizam ainda por ter composição paritária, ou seja, as organizações da sociedade civil e as agências do Estado, possuidores muitas vezes de interesses distintos e algumas vezes antagônicos, devem se fazer representar, pois os Conselhos são espaços democráticos para expressão da verdade e a prevalência dos interesses da maior parte da sociedade.

Os Conselhos têm o caráter público e deliberativo, devendo funcionar como instâncias com competência legal para formular políticas e fiscalizar a sua implementação, garantindo assim a democratização da gestão.

A forma de atuação dos Conselhos não é algo novo na história. Pesquisadores abordam que a história dos Conselhos pode ser tão antiga quanto a

história da própria democracia (GOHN, 2003, p. 65). Nas palavras de Maria da Glória Gohn, em sua obra *Conselhos Gestores e participação sociopolítica*,

Em Portugal, entre os séculos XII e XV, foram criados 'Concelhos' municipais (escrito na época com c), como forma político-administrativa de Portugal, em relação às suas colônias. As câmaras municipais e as prefeituras do Brasil colônia foram organizados segundo esse sistema de gestão. Contemporaneamente, na realidade de Portugal, a forma tradicional dos Conselhos deu lugar aos conselhos urbanos, originários das comissões de moradores. (GOHN, 2013, p.65).

Muito embora os Conselhos de Políticas Públicas seja um tema recente na doutrina brasileira, já são conhecidos, de longa data, na história da humanidade. Há registros, que, já em Atenas, era possível visualizar os Conselhos, na figura do denominado "Conselho dos Quinhentos", formado por membros eleitos por sorteio e responsáveis pelas funções executivas, cabendo à assembleia as decisões políticas supremas (COSTA, 2010, p. 212).

Luciana Tatagiba (2010, p. 29-31), em artigo intitulado *Os Conselhos e a Construção da Democracia no Brasil: um rápido balanço de duas décadas de participação conselhista*, afirma que há registros de Conselhos atuando ainda no período ditatorial, principalmente nas áreas de saúde, educação e transporte. Para a autora, é possível visualizar três fases distintas na história dos Conselhos. A primeira, ainda no contexto ditatorial onde os Conselhos cumpriam função meramente figurativa na tomada de decisões, sendo então formados por pessoas notáveis, com a missão principal de aconselhar o executivo.

Na segunda fase, a pressão da sociedade pela redemocratização do Estado ensejava em um contexto de abertura política e novas formas de participação, a exemplo dos Conselhos Comunitários, que tinham a função de criar canais de interação entre população e Estado (Decreto nº 16.1000/79). Estes Conselhos eram usados como forma de manipular as demandas, pois os Conselhos ainda eram ligados diretamente ao Poder Executivo.

Por fim, a terceira fase, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, que redefiniu a posição e a função da participação e da soberania popular. Foi somente na terceira, e última, fase que os Conselhos apresentaram-se como peças centrais na reestruturação de políticas, a exemplo dos Conselhos de saúde, da criança e do adolescente e de assistência social. As reivindicações dos movimentos sociais pela implementação dos direitos fundamentais e políticas públicas resultaram em uma mobilização decisiva para a proliferação dos Conselhos de Políticas Públicas.

No contexto histórico brasileiro existem, de acordo com a autora Maria da Glória Gohn, diversos modelos de Conselhos. Tem-se os Conselhos criados pelo poder público Executivo, para mediar suas relações com os movimentos e com as organizações populares. Há, ainda, os populares, construídos pelos

movimentos populares ou setores organizados da sociedade civil em suas relações de negociações com o poder público. Por fim, têm-se os Conselhos institucionalizados, com a possibilidade de participar da gestão dos negócios públicos criados por leis originárias do poder Legislativo, surgidos após pressões e demandas da sociedade civil (GOHN, 2003, p. 70).

Os Conselhos de Políticas Públicas foram a grande novidade das políticas públicas ao longo do processo de redemocratização, eles têm o papel de instrumento mediador na relação sociedade/Estado, na qualidade de instrumentos de expressão, representação e participação da população. Com o advento de Leis que regulamentaram a participação por meio de Conselhos deliberativos, de composição paritária, entre representantes do poder executivo e de instituições da sociedade civil, essas instituições foram se organizando e ganhando credibilidade e força à medida que várias leis passaram a exigir a existência de Conselhos como requisito para repasse de verbas.

Os Conselhos gestores são importantes porque são frutos de lutas e demandas populares e de pressões da sociedade civil pela redemocratização do país. Por terem sido promulgados no contexto de uma avalanche de reformas do Estado, de caráter neoliberal, vários analistas e militantes de movimentos sociais desacreditaram os conselhos enquanto possibilidade de participação real, ativa, esquecendo-se de que eles foram reivindicados e propostos pelos movimentos em passado recente. As novas estruturas inserem-se na esfera pública e, por força de lei, integram-se com os órgãos públicos vinculados ao poder Executivo, voltados para políticas públicas específicas, responsáveis pela assessoria e suporte ao funcionamento das áreas onde atuam. Eles são compostos, portanto, por representantes do poder público e da sociedade civil (GOHN, 2003, p. 84).

Além de garantir a cidadania como fundamento da República, a Constituição de 1988 estabeleceu o princípio da soberania popular, deixando clara a necessidade de descentralização do poder e de efetiva participação da comunidade ao tratar de saúde, assistência social e infância e juventude. Como aponta Avritzer (2009, p.34), não há previsão explícita na Constituição de 1988 dos Conselhos como instrumentos de controle social, apenas premissas que tratam da participação da comunidade na formação e controle das políticas públicas, cabendo à legislação superveniente sua formalização.

A título de ilustração, apresenta-se os principais Conselhos e seu respectivo instrumento normativo: Conselho Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981); Conselho Nacional de Política Criminal e Previdenciária (Lei 7.210/1984); Conselho Federal Gestor da Defesa dos Direitos Difusos (Lei 7.347/1985); Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (7.353/1985); Conselho do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei 7.998/1990); Conselho Nacional do Trabalho

(Lei 8.208/1990); Conselho Nacional de Saúde (Lei 8.142/1990); Conselho Nacional da Previdência Social (Lei 8.213/1991); Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Lei 8.242/1991); Conselho Nacional de Assistência Social (Lei 8.742/1993); Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (Lei 8.842/1994); Conselho Nacional de Educação (Lei 9.394/1996); Conselho Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência (Lei 10.683/2003); dentre diversos outros.(ALVES, 2013, 235-236).

A participação nos Conselhos pode ser traduzida como a possibilidade de discussão e representação dos interesses dos indivíduos, definindo, inclusive, a agenda pública. Convém mencionar que sua estrutura é legalmente definida, incluindo o caráter híbrido que permeia os Conselhos, já que há participação igualitária entre Estado e sociedade (administrador e administrados).

Muito mais do que um canal de comunicação entre a sociedade e o Estado, os Conselhos de políticas públicas, são instrumentos capazes de garantir que os anseios dos cidadãos serão amplamente discutidos, deliberados e efetivados.

Nesta nova perspectiva, os Conselhos são forma de assessoria especializada, incidindo indiretamente na Administração Pública. Para Berclaz, os Conselhos são um grupo de pessoas, composto paritariamente, a partir de uma institucionalidade reconhecida pelo Estado, de modo permanente, que se reúne ordinariamente para discutir de modo democrático determinados temas de atuação de política pública, voltado ao cumprimento de necessidades específicas, bem como controle e monitoramento das políticas públicas (BERCLAZ, 2013, p. 85-86).

Para o autor, os Conselhos possuem cinco funções, a saber: função administrativa/burocrática, função consultiva, função normativa/regulamentar, função fiscalizadora/controladora e a função decisória/deliberativa.

No plano administrativo-burocrático, estão as atividades de gestão dos Conselhos, como a guarda e as providências com relação aos documentos, o acompanhamento dos cadastros das Entidades, a gestão dos fundos, quando houver, organização de eventos e conferências promovidas pelo conselho, ou seja toda a parte organizacional para o funcionamento do Conselho.

Como papel consultivo, os Conselhos atuam na medida em que discutindo e negociando com o Poder Público, podem emitir pareceres, opiniões e posicionamentos quando estes se fizerem necessários. A lei nº 9790/90, prevê que o ente público, antes de celebrar termo de convênio e definir repasses para entidades, necessita do parecer do Conselho de Políticas Públicas da área. Outro exemplo é a Lei nº 8242/91, que criou o Conselho Nacional dos Direitos da criança e do adolescente, que prevê expressamente em seu art. 2º que cabe ao referido colegiado elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Na esfera normativo/regulamentar, a figura dos Conselhos é valorizada à medida que suas resoluções ou deliberações podem, em determinados casos, vincular o Poder Executivo à decisão do Conselho.

Por fim, sob o ponto de vista do caráter fiscalizatório/controlador, os Conselhos, quando das adversidades, precisam ter firme posicionamento, não se deixando intimidar pelas possíveis represálias que poderão advir da Administração Pública. Por este motivo, os Conselhos muitas vezes não conseguem se organizar suficientemente, pois isto gera demanda comprometimento, e na atual conjuntura histórico-social, as pessoas não tem tempo para se dedicar ao que não pertence ao círculo de convivência dela.

Por último, o caráter decisório-deliberativo dos Conselhos, pois o que se espera desses órgãos é que eles tenham poder pra contestar, apontar, cobrar providencias e estabelecer diretrizes em relação à implementação e acompanhamento das Políticas Públicas.

O modelo de democracia que é atuante nos Conselhos deve ser analisado como forma de iniciativa que vem complementar o modelo de democracia representativo esporádico, a exemplo do voto nas eleições. No funcionamento dos Conselhos Administração e Sociedade estão próximos ininterruptamente e não somente em ocasiões pré-definidas. Essa curta distância entre Estado e população permite maior capacidade de fiscalização, controle e influência da sociedade no governo, o que incide diretamente no controle dos direitos fundamentais.

É sabido que com o grande número populacional da atualidade não haveria possibilidade de todas as pessoas participarem de todas as decisões nos moldes do que ocorria na Grécia antiga, por conta disso a existência dos Conselhos é a nova forma plausível de participação popular. A democracia participativo-deliberativa dos Conselhos contrapõe-se a ideia de democracia representativa, pois enquanto nesta o poder de decisão está nas mãos de uma “elite política”, na democracia participo-deliberativa, a política é construída a partir da pluralidade de interesses e sujeitos. Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos faz as seguintes considerações:

Na democracia representativa elegemos os que tomam decisões políticas; na democracia participativa, os cidadãos decidem, tomam as decisões. Mas essa polarização deve ser matizada: primeiro, a democracia representativa tem uma parte de participação. O voto é isso, mas é uma participação complexa, porque envolve a ideia de renúncia à participação, e por isso é limitada. A democracia participativa, ao contrário, também tem delegações e formas de representação: há Conselhos e delegados (SANTOS, 2007, p. 92).

Conclui o autor discorrendo sobre as precauções que se deve tomar para que a democracia não seja mitigada:

Três condições são fundamentais para poder participar: temos que ter nossa sobrevivência garantida, porque se estamos morrendo de fome não vamos participar; temos que ter um mínimo de liberdade para que não haja uma ameaça quando vamos votar; e finalmente temos que ter acesso à informação.

A análise de Boaventura de Souza Santos é extremamente sensível, pois há de se reconhecer, que não são todas as pessoas que terão interesse em participar. Todavia, além da própria existência dos Conselhos, é preciso que estas Instituições possibilitem a participação da sociedade de uma forma geral,creditando na educação para a participação, respeitando as particularidades e as dificuldades de cada cidadão, fazendo com que cada vez mais pessoas se sintam motivadas a participar, haja vista o grande número de pessoas que desconhecem a figura e a relevância destes órgãos de exercício da democracia.

3. A COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA ATUAÇÃO

No Brasil, os Conselhos de Políticas Públicas são híbridos, ou seja, no momento de constituição dos Conselhos há paridade entre entes da Administração Pública e da Sociedade Civil Organizada, com a finalidade de se honrar o princípio da isonomia, bem como cumprir os preceitos da Democracia. Para tanto, os membros governamentais do Conselho são nomeados pelo Chefe do Executivo, por sua vez, os membros não governamentais são indicados por pessoas jurídicas ou Entidades representativas.

A paridade dos Conselhos deve ser efetiva e não apenas numérica, ou seja, todos os membros devem ter o conhecimento do seu papel dentro desta instância deliberativa, bem como saber quais os mecanismos que possuem para concretizar suas aspirações. Sobre a paridade citada, alerta Gohn:

Em relação à paridade, ela não é uma questão apenas numérica, mas de condições de uma certa igualdade no acesso à informação, disponibilidade de tempo, etc. A disparidade de condições para a participação em um conselho de membros advindos do governo daqueles advindos da sociedade civil é grande. Os primeiros trabalham em atividades dos Conselhos durante seu período de expediente em trabalho normal remunerado, têm acesso aos dados e informações, têm infraestrutura de suporte administrativo, estão habituados com a linguagem tecnocrática, etc. Ou seja, eles têm o que os representantes da sociedade civil não têm (pela lei, os conselheiros municipais não são remunerados nem contam com estrutura administrativa própria). Faltam cursos ou capacitação aos conselheiros de forma que a participação seja qualificada em termos, por exemplo, da elaboração e gestão das políticas públicas; não há parâmetros que fortaleçam a interlocução entre os representantes da sociedade civil com os representantes do governo.

É preciso entender o espaço da política para que se possa fiscalizar e também propor políticas; é preciso capacitação ampla que possibilite a todos os membros do conselho uma visão geral da política e da administração. Usualmente eles atuam em porções fragmentadas, que não se articulam(em suas estruturas) sequer com outras áreas ou Conselhos da administração pública (GOHN, 2003, p. 96).

Se a paridade não for respeitada, ou seja, se os membros representantes das entidades, que na maioria das vezes não detém o conhecimento técnico, não tiverem constante capacitação, corre-se o risco de se ter um conselho apenas simbólico, o que seria uma fraude ao conceito de democracia deliberativa. A falta de conhecimento dos conselheiros impede que o Conselho seja eficiente, que detenha as informações adequadas para que os debates sejam efetivos, e assim possa evitar as arbitrariedades ou a omissão proposital da Administração Pública.

Além da falta de conhecimento, a falta de comprometimento da sociedade civil muitas vezes impede que o Conselho seja atuante, pois são poucas as pessoas dispostas a se envolver e lançar mão de seus próprios interesses em prol da garantia da efetividade das Políticas Públcas para com a sociedade.

Uma das grandes dificuldades dos Conselhos de Políticas Públcas está em saber qual o procedimento que este utilizará para cumprir satisfatoriamente suas funções, até porque de nada adianta existir os direitos positivados na legislação se não existirem mecanismos que garantam sua efetivação, podendo ser útil para se pensar a questão dos Conselhos, a análise de Bobbio:

Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade. Mas sabemos todos, igualmente, que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado, particularmente no interior de um Estado de Direito (2004, p. 60).

Neste sentido, tem-se o conhecimento de que a proteção dos direitos sociais é mais complexa do que a proteção aos direitos de liberdade, pois enquanto estes exigem a inércia do Estado, aqueles exigem uma ação do Estado no sentido de propiciar aos cidadãos estes direitos.

Os Conselhos de Políticas Públcas têm como função jurídica o papel de controlar, monitorar o cumprimento das Políticas Públcas, pois deve ser um espaço de democracia deliberativa e luta para garantia de cada vez mais direitos, sem, por outro lado, exagerar na sobrecarga simbólica. Assim, deve-se

“cuidar” muito bem dos Conselhos, pois tais entes não podem possuir somente um poder simbólico, o que acabaria por favorecer em muitos casos as decisões arbitrárias da Administração Pública. Isto não quer dizer que Conselhos e Administração Pública devem ser antagônicos, pelo contrário, o saudável seria que ambos trabalhassem juntos, pois afinal o resultado das ações propostas por eles é a melhoria da qualidade de vida das pessoas.

Para que o Conselho tenha sua importância valorizada, tanto pela sociedade quanto pela Administração Pública, é necessário seu reconhecimento como fonte de juridicidade. Todavia, tal reconhecimento é dado pela própria legislação infraconstitucional dos Conselhos em espécie.

Neste sentido, os Conselhos de Políticas Públicas não devem ser submissos à Administração, mas precisam assumir postura de entidade de defesa de direitos, o que significa ser responsável pela exigência do cumprimento das Políticas Públicas e pela conscientização daqueles que são excluídos de que há formas de se pleitear por progresso e assim construir um futuro mais efetivo para a democracia.

Berclaz enfatiza o papel do conselho como novíssimos sujeitos sociopolíticos:

Os Conselhos sociais, afinal, na organização da sociedade civil brasileira, são novíssimos sujeitos sociopolíticos de dimensão coletiva capazes de estabelecer lutas e demandas de caráter emancipatório e transformador no campo das políticas públicas, o que se dá, evidentemente, em torno do necessário reconhecimento do poder que emana desses espaços, um poder de fiscalização (e de pressão) que a própria sociedade há de exercer sobre o Estado. É por isso que nenhum governo – a despeito da sua coloração partidária e inclinação democrática – pode hoje ignorar os Conselhos nos processos de implementação da política. Uma segunda ideia a ser posta nesse contexto parte da compreensão de que o direito não apenas não se limite à lei emanada formalmente do Estado como, outrossim, seja palco de luta, resistência, combate, instrumento de viabilização de justiça, bem comum e dignidade humana, devendo estar comprometido com a gestação do conhecimento democrático, pluralista e participativo que sirva a práticas sociais e políticas emancipadoras. Como uma das expressões de associativismo, é fundamental reconhecer que os Conselhos, assim como os movimentos sociais, tematizam e redefinem a esfera pública, ostentando grande poder de controle social e tornando-se matriz geradora de saberes (BERCLAZ, 2013, p. 270).

Pelo exposto, se percebe como é grande a importância dos Conselhos na realidade atual, pois embora ainda desconhecidos por muitos, eles são os novos sujeitos capazes de lutar e deliberar, de forma legítima, por melhorias e para atendimento das demandas da população.

Vislumbra-se na esfera dos Conselhos de Políticas Públicas, a possibilidade de a gestão ser compartilhada com a sociedade, fazendo com que a construção da política seja coerente com a realidade social e funcionando como órgão de mediação povo-poder (GOHN, 2003, p. 211). Para que isto ocorra, é necessário que as ações do Conselho sejam aceitas e reconhecidas pelo direito:

É com as interpelações que os Conselhos sociais devem fazer a respeito das carências e negatividades do Estado (sociedade política) na realização cotidiana das políticas públicas que se torna possível não só uma reciprocidade, mas a compreensão, pelo governante, de que na exterioridade do agir estatal existem lados opostos: beneficiados de seus acertos e vítimas de suas omissões e erros. É pela ação do conselho que o governante precisa reconhecer os efeitos e os reflexos do seu agir acertado ou equivocado. Para que essa percepção da importância do outro-cidadão se efetue não basta o reconhecimento do conselho como espaço político, mas também como fonte e base de juridicidade. De nada adianta os Conselhos cumprirem com as funções que lhe são próprias se o sentido dos seus enunciados for apenas ético-político e não tiver nenhuma incidência ou reflexo jurídico, o que pressupõe algum tipo de coerção (BERCLAZ, 2013, p. 260).

Assumindo função jurídica, os Conselhos têm muito mais autonomia e credibilidade perante a Administração, que saberá que suas atitudes serão cobradas, e pela sociedade, que a partir do momento que acreditar na efetividade dos Conselhos será estimulada naturalmente a participar ou, pelo menos, poderá recorrer ao Conselho na busca de solução para eventual injustiça percebida.

Para Maria da Glória Gohn (GOHN, 2013, p. 89-89), é necessário que os Conselhos se reafirmem com caráter deliberativo, pois a mera opinião não basta, ainda mais em municípios que não tem a tradição organizativo-associativa. Assumindo função meramente consultiva, os Conselhos poderão se tornar, e em muitos casos são, meros instrumentos de poder na mão de elites, falando em nome da comunidade sem realizar as atividades principais dos Conselhos que são a de fiscalização e monitoramento. Traçando um paralelo entre a atuação dos Conselhos e os princípios constitucionais, Berclaz reconhece estes órgãos como arena da democracia participativa:

Pensar nessa questão de princípio, obriga a entender que as políticas públicas não podem mais ser feitas de modo unilateral, de "cima para baixo", sem a participação e o controle do povo; afinal, a participação popular na construção daquilo que vai reger a sua própria vida é um dos termômetros necessários para avaliar até que ponto vivemos numa democracia ou, até que ponto, esta é uma meta imaginária ou muitas vezes um discurso aplicado para perpetuação do poder de uma classe dominante sobre subalternos (BERCLAZ, 2013, p. 262).

Como já analisado anteriormente, a Constituição brasileira se preocupou em garantir em vários trechos de seu texto a participação popular, inclusive deixando a soberania do Estado nas mãos do povo. Nesta análise, ao mitigar os espaços de participação e não reconhecê-los como fonte de criação jurídica, automaticamente se está mitigando a soberania e a participação popular, o que é uma afronta ao texto da carta magna de 1988:

É justamente no suprimento de necessidades insatisfeitas e negatividades que se torna importante o papel dos Conselhos sociais como novos sujeitos coletivos de juridicidade, como subsídios importantes para a descoberta de valores cotidianos necessários para afirmação do paradigma da vida proposto por Dussel, a implicar, muitas vezes, a constituição de novos direitos, algo fundamental no contexto da América Latina e do Brasil no seu processo histórico-social periférico (BERCLAZ, 2013, p. 270).

Na busca pela defesa da garantia do Estado Democrático de Direito é que se encontram os Conselhos, como entidade de defesa da criação da política de base, e não de cima para baixo como ocorre rotineiramente. Reconhecer a eficácia dos Conselhos é, além de tudo, respeitar o que foi previsto pelo legislador Constituinte como princípio do Estado Democrático de Direito.

Com o advento da Constituição de 1988, a ideia de a política ser compartilhada vem sendo difundida, de modo que a descentralização tem sido utilizada com frequência, como forma de aumentar o grau democrático das Instituições. Nesta seara, os Conselhos têm sido reconhecidos como espaços de revigoramento da democracia, pois, por meio deles, a população tem a oportunidade de auxiliar na definição das políticas públicas e assim participar da criação de “novos direitos”, como bem leciona Berclaz:

Uma vez sistematizados os principais elementos relativos ao funcionamento prático dos Conselhos sociais, já tendo sido trabalhados os aspectos indicativos do seu traço político, propõe-se agora a hipótese de que a operação adequada desses colegiados democráticos serve não só como forte sinalizador das demandas e necessidades fundamentais da comunidade perante o Estado como também, a partir disso, permite a criação de novos direitos para além dos limites burocráticos e administrativos inicialmente pensados pelo poder público; direitos esses que, como visto, antes de meras imposições, também precisa partir de uma razão comunicativa capaz de estimular e fomentar consensos possíveis (BERCLAZ, 2013, p. 282).

Quando a população percebe que sua participação pode fazer a diferença, se sente motivada e incentiva às pessoas do seu convívio a participarem também, pois veem a oportunidade de fazer com que o Estado atue na sua função de melhorar as condições de vida daqueles que dependem dele para sua sobrevivência:

Sendo o Estado uma criação humana, evidente que sua existência precisa se justificar para aumentar a chance de reprodução da vida, não o contrário. É por conta disso que o Estado, na sua principal finalidade de existir perante o cidadão, precisa produzir políticas públicas que atendam e permitam incrementar a realização de direitos humanos (ter saúde, ter educação, ter o que comer/beber, ter onde morar etc.). Do mesmo modo, não há como se despertar interesse e motivação da sociedade em participar dos assuntos relativos ao Estado se não for com o propósito de criar condições capazes de melhorar a vida do povo (BERCLAZ, 2013, p. 283).

Com isto percebe-se a real função dos Conselhos, a de não só sinalizar a administração pública as demandas da população, mas criar efetivamente novos direitos.

A transformação e a inclusão da população nos interesses políticos não ocorrerão em curto prazo, pois na história do Brasil é recente a previsão da participação, e por este motivo não se tem a cultura da eficácia da participação. A realidade brasileira está contaminada por tradições centralizadoras, dependentes e autoritárias. No Brasil, a autonomia municipal e distrital nunca tomou forma e se desenvolveu, por este motivo se vê uma sociedade frágil, desorganizada e conflituosa, sempre subordinada a ações intervencionistas do Estado. O incentivo à participação popular se faz necessário, numa tentativa de mudar a realidade social, como leciona Wolkmer:

Parece claro, por conseguinte, que a ruptura com esse tipo de estrutura societária demanda profundas e complexas transformações nas práticas, na cultura e nos valores do modo de vida cotidiano. Além da subversão do pensamento, do discurso e do comportamento, importa igualmente reordenar o espaço público individual e coletivo, resgatando formas de ação humana que passam por questões como “comunidade”, “políticas democráticas de base”, “participação e controle popular”, “gestão descentralizada”, “poder local ou municipal” e “sistema de Conselhos” (WOLKMER, 2011, 249).

O autor ainda pontua:

Quando se dissemina a discussão sobre a mudança dos paradigmas em nível do político e do social e sobre as formas alternativas de legitimidade a partir de novos sujeitos coletivos “comunidade”. Ainda que possa carregar um sentido por vezes vago e difuso, a noção de comunidade implica certo aglomerado social com características singulares, interesses comuns e identidade própria, que, embora inseridos num espectro de relações pulverizadas por consenso/dissenso, interligam-se por um lastro geográfico espacial, coexistência ideológica e carências materiais (WOLKMER, 2011, 249).

As necessidades em comum são o elo que ligam pessoas para que juntas trabalhem em busca de um mesmo ideal. A soberania local será cada vez mais efetivada quando a comunidade entender que a redemocratização passa pela participação ativa das entidades de base:

Assim, toda e qualquer proposta de transformação e organização urbano-industrial de massa no espaço público e periférico e dependente passa, hoje, necessariamente por políticas democráticas assentadas na descentralização, participação e controle das bases. Mais do que nunca, em estruturas periféricas como a brasileira, marcadas por uma cultura autoritária, centralizadora e excludente, impõe-se identificar, como indissociável no processo de reordenação do espaço comunitário, a construção de uma verdadeira cidadania aliada ao desenvolvimento de uma democracia participativa de base que tenha como meta a descentralização administrativa, o controle comunitário do poder e dos recursos, o exercício de mecanismos de cogestão e autogestão local/setorial/municipal e o incremento das práticas de Conselhos ou juntas consultivas, deliberativas e executivas (WOLKMER, 2011, 253).

Com base nos ensinamentos de Wolkmer, nota-se a importância dos Conselhos como instâncias deliberativas de fortalecimento do poder local e da participação popular, na busca pelo revigoramento da democracia. O conceito de poder local é mais abrangente que o conceito de governo local, uma vez que aquele poder pode penetrar no governo local, interferindo nas políticas públicas locais.

Desde os anos 1990, o poder local passou a ser visto como formas de organização e participação popular e como dinamizador de mudanças sociais, vencendo a antiga ideologia de ser sede das elites (GOHN, 2003, p. 34). O reconhecimento do poder local valoriza a cultura de cada indivíduo, ampliando as possibilidades e atendendo melhor as especificidades de determinada comunidade:

A dimensão da cultura contribuiu para a redefinição do poder local. O resgate de valores, tradições, hábitos, costumes, folclore, mitos, crenças e lendas, envolvendo aspectos de antropologia, da história e da sociedade local, levou à redefinição da cultura, antes tida como domínio das elites e dos acervos em museus, para uma concepção em que há lugar para o cidadão comum como ator histórico, consumidor e produtor de bens culturais. Com isso, ampliaram-se os espaços para desenvolvimento de novas formas de cultura política e projetaram-se localidades e novos agentes, pois são os atores sociais e políticos que dão reconhecimento e legitimização ao local (GOHN, 2003, p. 35).

Os conceitos de poder local, governança local, trazem a ideologia de uma política de base, voltada realmente para a comunidade em que se está enquadrado, por este motivo é um reforço na busca pela soberania local.

Os mecanismos participativos se baseiam no engajamento popular como recurso produtivo central, a participação dos cidadãos possibilita a formação de diagnósticos sobre as demandas públicas. Além disto, a experiência participativa educa a respeito da responsabilidade de cada indivíduo na fiscalização das ações da Administração Pública, fazendo com que exerçam a cidadania e se conscientizem da importância da efetividade da governança local:

[...] deve ser entendido o novo conceito de governança local e inserir-se a discussão sobre os Conselhos gestores. Se compostos por lideranças e grupos qualificados – do ponto de vista do entendimento de seu papel, limites e possibilidades – e articulados a propostas e projetos sociais progressistas, podem fazer política tornando públicos os conflitos; enquanto interlocutores públicos poderão realizar diagnósticos, construir proposições, fazer denúncias de questões que corrompem o sentido e o significado do caráter público das políticas, fundamentar ou reestruturar argumentos segundo uma perspectiva democrática; em suma, eles podem contribuir para a ressignificação da política de forma inovadora. Seu impacto na sociedade não será dado por índices estatísticos, mas por uma nova qualidade exercitada na gestão da coisa pública ao tratar o tema da exclusão social não meramente como inclusão em redes compensatórias destinadas a clientes/consumidores de serviços sociais. Eles podem cumprir um papel muito diferente do integrativo/assistencial atribuído, no passado, a outras formas de Conselhos, como os comunitários/assistencialistas, compensatórios e integrativos. Isso tudo pressupõe transformar o Estado em um campo de experimentação institucional, onde coexistam soluções institucionais e coletivas permanentes de cidadãos organizados, todos participando sob dadas igualdades de condições (GOHN, 2003, p. 45).

Pelo exposto, é reconhecida a relevância dos Conselhos de Políticas Públicas nas práticas de governança local, pois são uma instância eficaz de poder, capaz de criar novos direitos e fortalecer a democracia, atuando na defesa de uma Administração mais justa.

4. OS CONSELHOS COMO MECANISMOS DE FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA: IMPASSES E DESAFIOS

Acreditar na importância da participação nos Conselhos para o fortalecimento da democracia, significa partir da premissa que o ator político nunca poderá representar de modo perfeito e totalmente transparente o interesse do cidadão, pois sempre há uma distância entre governante e governado, restando claro que a produção da política estatal não pode se resumir às instituições tradicionais, que não são eficazes em dar resposta aos problemas detectados na base.

Para Enrique Dussel (2007, p.110), a democracia “é um sistema a ser reinventado perenemente (...) é um sistema institucional que terá de saber transformar perenemente”, assim, necessário aperfeiçoar as formas de participação, acompanhando a realidade social. É necessário que haja identificação para que o cidadão se sinta estimulado a participar democraticamente (BERCLAZ, 2013, p.191).

Os Conselhos de Políticas Públicas são espaços de exercício do poder, com capacidade de criar possibilidades transformadoras nas democracias contemporâneas, dando um caráter “palpável” à política e mitigando o problema da ficção simbólica do povo como soberano não se efetivar na prática:

Ao reduzir a margem da liberdade excessiva do gestor, submetendo-o a controle social-popular do poder cidadão no que tange às políticas públicas elaboradas, tem-se mais uma demonstração do quanto os Conselhos sociais contribuem para qualificação e fortalecimento da democracia como sistema de governo, outro traço notável se sua expressão política na atualidade (BERCLAZ, 2013, p.193).

A participação e a deliberação aparecem no centro de um grande debate sobre a renovação da democracia, proposta para a qual Conselhos, concorrem como expressivos canais de inovação, por consistirem instrumentos de ampliação e radicalização de uma democracia social (LEAL, 2005, p. 402), capazes de conceber um novo modo de produção de conhecimento, representando não apenas alternativas.

(...) cumpre entender que os Conselhos devem ser mantidos distante dos extremos, conservando sua ação estratégica. Nem espaços conservadores “transformistas” cooptados aquém do que podem alcançar, muito menos instância utópica permanentemente irrealizável situadas além da ordem de factibilidade; antes, espaço funcional crítico e livre que, ao mesmo tempo em que reconhece suas limitações, não deixa de lado o necessário horizonte transformador da realidade (BERCLAZ, 2013, p.194).

Os Conselhos podem estabelecer novas orientações e direcionamentos no poder de modo a conformá-lo com uma soberania verdadeiramente popular, em que os governantes respeitem os anseios do povo. Ademais, há de se reconhecer o fato de essas instâncias de participação ampliada exercerem o papel de genuínas agências culturais, responsáveis pela socialização política e promoção educativo-pedagógica para fortalecimento da cidadania e da democracia, seja diretamente para os membros não governamentais (e movimentos sociais) que o integram, seja indiretamente para a sociedade neles representada que pode acompanhar e se beneficiar com o bom desempenho de suas atividades (BERCLAZ, 2013, p. 198).

A concepção da esfera pública deliberativa sustentada por Habermas, ao defender a necessidade das reivindicações saírem do campo informal por intermédio da comunicação para exercerem influência sobre o poder administrativo do sistema responsável pela institucionalização das decisões políticas, encontra nos Conselhos importantes arenas funcionais, verdadeiros espaços de intermediação existentes nos mais diversos níveis federativos que asseguram porosidade necessária à consolidação de uma democracia legítima.

Com a consequente ampliação da participação política, a implementação e o funcionamento dos Conselhos sociais tornam factível a realização de uma verdadeira soberania popular transformadora na qual, mais do que a mera previsão de reconhecimento da comunidade política, dá-se ao povo no seu conceito complexo, o restabelecimento da verdadeira titularidade da soberania e efetivação da essência democrática da Constituição:

Ao permitirem decisões consensuais produzidas em espaços inseridos normatizados por uma filosofia da razão comunicativa que permite ao povo (comunidade real de comunicação) apresentar o discurso de modo simétrico, paritário e sem risco de violência, os Conselhos sociais revigoram a democracia para além da ordem vigente, no caminho de um projeto transformador pautado por um princípio de legitimação crítico, libertador e popular (BERCLAZ, 2013, p.202).

Assim, acredita-se que os Conselhos são ambientes capazes de propiciar a argumentação racional, descrita por Habermas em sua Teoria da Ação Comunicativa, já que os membros do Conselho participam, podendo argumentar suas ideias e discutir prioridades chegando a um consenso no momento da deliberação, quando decidem o que será viável naquele momento. Além disto, os Conselhos tem a capacidade de definir políticas inibindo o monopólio estatal. Nas palavras de Wolkmer (2001, p.259):

Não resta dúvida de que a forma democrática mais autêntica de participação, deliberação e controle é o “sistema de Conselhos”, disseminado nos diferentes níveis da esfera e do poder local. (...). O “sistema de Conselhos” propicia mais facilmente a participação, a tomada de decisões e o controle popular no processo de socialização, não só na dinâmica do trabalho e da produção, como igualmente na distribuição e no uso social.

É fato que os Conselhos ainda encontram limitações de diversas espécies, especialmente pelo fato de que tais instituições ainda são pouco conhecidas para além do universo das organizações da sociedade civil diretamente envolvidas com a temática. Todavia também é fato que, apesar de todas as resistências, o projeto democrático-participativo trazido pela Constituição de 1988 vem se impondo na sociedade. Os Conselhos de Políticas Públicas são importantes espaços de convivência democrática e aprendizado tanto para os atores sociais quanto para o Estado.

Infelizmente, os Conselhos encontram muitas barreiras, especialmente com relação à sua dependência para com os governos bem como a tendência à burocratização. Para Luciana Tatagiba, os Conselhos devem garantir sua legitimidade com a realização de audiências mais ampliadas, que extrapolem os atores diretamente envolvidos com a produção da política (TATAGIBA, 2012, p.74). Ao destacar a importância de audiências mais amplas, a autora demonstra sua preocupação com a garantia da seriedade das deliberações dos Conselhos, já que muitas das vezes há uma justaposição de competências no interior dessas Entidades:

Afinal, nos Conselhos, os atores sociais que carreiam as demandas para dentro do Estado o fazem também em nome dos interesses das organizações que eles representam. (...) estamos chamando a atenção para o fato de que as responsabilidades institucionais conferidas aos Conselhos gestores no âmbito das políticas implicam uma justaposição de competências para seus atores: eles encaminham e ao mesmo tempo deliberam sobre demandas sociais; exercem o controle social e ao mesmo tempo são objetos desse mesmo controle (TATAGIBA, 2012, P.76)

Alves (2013, p.239), partilha desta preocupação, guardando uma significativa desconfiança com o consenso existente no interior dos Conselhos. Em sua pesquisa junto aos Conselhos de Assistência Social e dos Direitos da Criança e do Adolescente, o autor destaca que “raramente as iniciativas de discussão foram seguidas de reação de outro ator”, restando claro o nível de “harmonia” existente no interior dos Conselhos. O autor ressalta ainda, que em algumas áreas os Conselhos não possuem qualquer eficácia, principalmente pelo pouco envolvimento da sociedade civil.

Assim, é necessário reconhecer que o caráter híbrido dos Conselhos ao mesmo tempo em que tem relevante potencial de democratizar decisões políticas, traz consigo os riscos de que essas decisões atendam interesses específicos. Todavia, assim como as demais instâncias participativas, os Conselhos são peças estratégicas do projeto de democratização do Estado, não sendo o único responsável por todo o projeto democrático-participativo.

Como alternativa para aprimoramento destas Instituições, Luciana Tatagiba, sugere criatividade na implementação de novas formas de comunicação com a esfera pública, que traduzam os temas dos Conselhos, visando realizar audiências públicas mais ampliadas, articulando mais atores sociais e incluindo cada vez mais pessoas no círculo virtuoso e promissor da participação democrática (TATAGIBA, 2012, p.78).

Indispensável também para uma atuação efetiva dos Conselhos, a participação do Ministério Público. Nos termos do art. 127^{caput} da Constituição Federal, cabe ao Ministério Público a defesa do regime democrático, logo,

sendo os Conselhos espaços de democracia deliberativa/participativa, compete à instituição ministerial resguardar a existência e o funcionamento regular destas instâncias, para BERCLAZ (2013, p.285):

Ao Ministério Público, assim, cabe recomendar e postular a criação dos Conselhos ainda inexistentes, cobrando a estruturação adequada para regularização de aspectos relacionados ao seu funcionamento, atuando no sentido de verificar se há composição paritária, zelando pelo cumprimento efetivo das funções mediante necessidade de reuniões periódicas e públicas com pautas prévias amplamente divulgadas, resguardando a autonomia financeira e orçamentária do colegiado, cujos membros devem possuir preparação e formação continuada custeada pelo Estado para cumprimento de seu papel, entre outras diversas possibilidades.

Imprescindível ainda a atuação do Ministério Público, ao constatar que cabe à este órgão a responsabilidade de fazer valer a deliberação do conselho, especialmente atuando junto ao Poder Judiciário, já que os Conselhos não possuem capacidade para propor ações coletivas (GONÇALVES, 2013).

A aplicabilidade das decisões dos Conselhos atrela-se de forma decisiva ao papel a ser desenvolvido pelo Ministério Público como instituição que, ao exercer parcela da soberania estatal (representando o povo e a sociedade brasileira), precisa fazer valer as decisões e posições tomadas pelos Conselhos sociais no regular cumprimento das funções. Ao garantir o cumprimento das deliberações, o Ministério Público dá efetividade às decisões da sociedade, contribuindo diretamente para a realização do próprio Estado de Direito, segundo Berclaz “postulado último que vale todo e qualquer esforço” (BERCLAZ, 2013, p.294).

Analizando as potencialidades e os impasses apresentados, extrai-se que os Conselhos ainda são deficitários em muitos aspectos, especialmente por ainda não conseguirem alcançar grande parcela da sociedade, necessitando de um efetivo trabalho em sua divulgação e incentivo, especialmente conforme já mencionado alhures, com a ampliação das audiências bem como o incentivo do Ministério Público.

Todavia, tais impasses não minimizam a importância destas Instituições como mecanismos possíveis de efetivação do Estado Democrático de Direito, já que fazem parte da realidade, necessitando, assim como qualquer Instituição de constante aprimoramento, para que atinja cada vez mais seu objetivo, qual seja, de propiciar um ambiente adequado de participação, argumentação, e tomada de decisões, fazendo valer a soberania popular e os ideais democráticos, conforme garante a Constituição de 1988.

5. CONCLUSÃO

O governo “do povo pelo povo” ou a democracia, é fundamento da Constituição Brasileira de 1988, que garantiu a soberania popular, facultando ao povo a possibilidade de exercê-la diretamente ou por meio de representantes.

Os Conselhos de Políticas Públicas são Instâncias paritárias, amparadas na Constituição Federal de 1988 e que tem como finalidade justamente ser uma ponte entre Estado e Sociedade, rompendo como monopólio estatal nas decisões que atingem diretamente à sociedade. Assim, os Conselhos podem ser compreendidos como um local adequado para o exercício da argumentação e tomada de decisões de forma democrática e eficiente.

O projeto democrático-participativo trazido pela Constituição de 1988 legitima as deliberações dos Conselhos, vez que estas consistem no fruto da discussão dos diversos segmentos da sociedade, síntese do espírito democrático embutido no texto Constitucional vigente.

Nesta seara, os Conselhos de Políticas Públicas não são apresentados como “panaceia” para os sérios riscos e ameaças que a Democracia brasileira sofre, mas especialmente, em tempos de extrema apatia política, faz-se necessária a valorização das Instituições de participação democrática existentes, como destaque para os Conselhos de Políticas Públicas, por consistirem em uma realidade na maioria dos municípios brasileiros, sendo uma factível forma de exercício da democracia, na busca pela efetivação do Estado Democrático e exercício da soberania popular.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

ALVES, Fernando de Brito; LIMA, Jairo Neia. BETWEEN CONSENSUS AND DISSENSUS: INSTITUTIONAL DIALOGUE BEYOND THE DICHOTOMY DELIBERATION VS. AGONISM. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 24, jul. 2016, p. 51-62.

ALVERGA. Carlos Frederico Rubino Polari de. Democracia Representativa e Democracia Participativa no Pensamento de Locke e Rousseau. Dissertação-Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, 2013.

AVRITZER, Leonardo. A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática/ Leonardo Avritzer.- São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996.

_____. Experiências nacionais de participação social. Leonardo Avritzer (Org.). São Paulo: Cortez, 2009.

_____. A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática/ Leonardo Avritzer.- São Paulo: Perspectiva, 2012.

_____. Impasses da democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Civilizaçao Brasileira, 2016.

BARRETO, Leonardo. Quanto de quê? O debate teórico e os estudos de democratização. 2006. 113f. Dissertação- Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília. 2006.

BONAVIDES, Paulo. Ciéncia Polítca. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.2004.

_____. A evolução constitucional do Brasil. Estudos Avançados. São Paulo , v. 14, n. 40, p. 155-176, dez. 2000 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 09 out. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142000000300016>.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. (Coleção Pensamento Crítico, v. 69).

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas

CARVALHO, José Murilo de. 1939. Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CHAUI, Marilena. Cultura e democracia. Crítica e emancipação: Revista Latinoamericana de Ciéncias Sociais. Buenos Aires, 2008, p.53-76.

CHAUI, Marilena. Cultura e democracia:o discurso competente e outras falas. São Paulo: Cortez, 2011.

COUTINHO, Carlos Nelson. Contra a corrente: ensaios sobre a democracia e socialismo. -São Paulo: Cortez, 2000.

DUSSEL. Enrique. 20 teses de política. São Paulo: Expressão Popular, 2007, p.110).

FERNANDES. Adélia Barroso et al. Espaço Públco, política e ação comunicativa a partir da concepção habermasiana. Revista Estudos Filosóficos nº 6 /2011 – versão eletrônica – ISSN 2177-2967 <http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos DFIME – UFSJ - São João del-Rei-MG Pág. 116-130>.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DOS DIREITOS SOCIAIS: ATUAÇÃO NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS

PÚBLICAS. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 11, p. 183-216, fev. 2013.

GOHN, Maria da Glória. 500 anos de lutas sociais no Brasil: movimentos sociais, ONGs e terceiro setor. Rev. Mediações, Londrina, V. 5. N. 1, p. 11-40, jan/jun. 2000.

_____. Conselhos Gestores e participação sociopolítica. 2.ed. São Paulo, Cortez 2003.

_____. O protagonismo da sociedade civil: movimentos, ONGs e redes solidárias. 2.ed. São Paulo, Cortez, 2008.

_____. História dos movimentos e lutas sociais: a construção da cidadania dos brasileiros. - 6^a ed. - São Paulo: Edições Loyola, 2011.

GUIMARÃES, Ulysses. Anais da Assembleia Nacional Constituinte: Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Anais, v.25.1988.

HARVEY, David. Zizek, Slavoj. ALI, Tariq et al. Occupy: movimentos de protesto que tomaram as ruas. São Paulo: Boitempo, 2012.

PATEMAN, Carole. Participação e teoria democrática. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. - Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PEREIRA, Mozart Silvano. Democracia, legitimidade e capitalismo: para uma crítica da teoria jurídico-política de Habermas. 2013. 216 f. Dissertação - Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. 2013.

SAES, Décio Azevedo Marques de Saes. A questão da evolução da cidadania política no Brasil. Estudos Avançados. São Paulo, v. 15, n.42, p. 379-410.

SANTOS, Boaventura de Souza. Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa/ Boaventura de Souza Santos, organizador. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SILVA, Alice Rocha da; SILVA, Matheus Passos. Uma proposta de reforma da estrutura partidária do Brasil com base no dever fundamental de participação política. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Ceará, v. 36.2, p.17-64, jul./dez. 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Denissonet al. Teoria democrática contemporânea modelo democrático competitivo e modelo democrático popular. Em Tese, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 1-27, maio 2013. ISSN 1806-5023. Disponível em:

TATAGIBA, Luciana. 1984, 1992 e 2013. Sobre ciclos de protestos e democracia no Brasil. Política e Sociedade - Florianópolis - Vol 13. N. 28 - Set/Dez 2014.

_____. Os conselhos gestores sob o crivo da política: balanços e perspectivas. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 109, p. 68-92, jan./mar. 2012

TEIXEIRA, Ricardo Jacinto Dumas. O conceito de sociedade civil: um debate a partir do contexto da Guiné-Bissau. Estudos de Sociologia. Rev. Do Progr. De Pós Graduação em Sociologia da UFPE. V.2, n.15.p.161-180.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico. 3.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

Submetido em: 3 abr. 2017. Aceito em: 14 fev. 2018.



RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO: UMA ANÁLISE DA REVERSÃO FISCAL NO DIREITO PORTUGUÊS E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

*Paulo Roberto Lyrio Pimenta**

*Loan Kizzi Reina***

Resumo

O tema da responsabilidade tributária tem sido debatido intensamente no âmbito doutrinário e na jurisprudência dos Tribunais nos últimos anos. Neste particular, os novos critérios de cobrança dos créditos públicos na seara federal, implementados pela Portaria nº 396, de 20 de abril de 2016, que criou o Regime diferenciado de Cobrança de Créditos, promoveram significativas alterações em diversos procedimentos administrativos realizados pela Procuradoria da Fazenda Nacional, visando a cobrança do crédito tributário, principalmente naqueles relacionados à inclusão do sócio administrador, nos casos previstos no art. 135, I do Código Tributário Nacional. O presente trabalho pretende analisar o procedimento de inclusão administrativa do sócio-gerente no direito português, denominado de reversão. Observar-se-á que este exige a observância dos pressupostos da inexistência de bens e do exercício da gerência, além de um determinado rito, o qual envolve inclusive a realização de uma audiência prévia, antes da edição do provimento administrativo, devidamente motivado, que vier a deliberar pela inclusão do sócio. Este procedimento submete-se ao controle jurisdicional. Com base nessa análise, o trabalho pretende enfrentar os limites para a aplicação desse tipo de procedimento no direito brasileiro, concluindo pela possibilidade de utilização de determinados parâmetros estabelecidos pelo direito português para que o sócio seja incluído também em um procedimento administrativo, e não no curso do processo jurisdicional de execução fiscal, no ordenamento brasileiro. Desse modo, pretende-se aproveitar os subsídios da experiência portuguesa para que o tema seja tratado no direito pátrio dentro de uma nova perspectiva, que é a da discussão sobre a responsabilidade tributária do sócio no âmbito administrativo, e não na esfera judicial, como ocorre atualmente.

Palavras-chave

Responsabilidade. Sócio Administrador. Reversão Fiscal. Possibilidade. Ordenamento brasileiro.

* Pós-Doutorado na Universidade de Munique, Alemanha. Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da UFBA e da UCSAL Juiz Federal na Bahia. Ex-Pesquisador do CNPQ.

** Mestranda em Direito pela UFBA. Procuradora da Fazenda Nacional na Bahia

Abstract

The subject of tax liability has been intensely debated in the doctrinal scope and jurisprudence of the Courts in recent years. In this regard, the new criteria for charging public credits in the federal area, implemented by Administrative Rule No. 396 of April 20, 2016, which created the Differentiated Credit Collection Regime, promoted significant changes in several administrative procedures carried out by the Attorney of the Treasury National, aiming at the collection of the tax credit, mainly in those related to the inclusion of the managing partner, in the cases foreseen in art. 135, I of the National Tax Code. The present work intends to analyze the administrative inclusion procedure of the managing partner in Portuguese law, known as reversion. It will be noted that this requires compliance with the assumptions of the absence of assets and the exercise of management, in addition to a certain rite, which involves even holding a prior hearing, prior to the issuance of the duly motivated administrative provision, which Resolve to include the member. This procedure is subject to judicial control. Based on this analysis, the work intends to confront the limits for the application of this type of procedure in Brazilian law, concluding that it is possible to use certain parameters established by Portuguese law so that the partner is also included in an administrative procedure, and not in the course of the judicial process of fiscal execution, in the Brazilian order. In this way, we intend to use the subsidies of the Portuguese experience so that the topic is treated in the country's law within a new perspective, that is the discussion about the tax liability of the partner in the administrative scope, and not in the judicial sphere, as it happens currently.

Keywords

Responsibility. Managing partner. Tax reversal. Possibility. Brazilian Law.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade tributária é um dos temas mais debatidos atualmente na jurisprudência e na doutrina nacional, pelas mais variadas razões. Muitos aspectos já foram discutidos, tais como a natureza da norma que trata da responsabilidade tributária; as diversas modalidades de responsabilidade previstas no Código Tributário Nacional; as situações em que a responsabilidade poderá ser transferida e, ainda, os casos de responsabilidade pessoal do sócio.

Apesar da multiplicidade de questões, a responsabilização do sócio gerente, nos casos de dissolução irregular, vem se tornando o ponto alto dos debates, principalmente na jurisprudência pátria, em razão do grande número de recursos direcionados aos tribunais superiores versando sobre esta problemática. Muitos são os recursos repetitivos que envolvem a matéria, a saber:

1. Recurso Repetitivo sobre qual sócio deverá responder, diante da ocorrência da dissolução irregular (sócio do fato gerador ou sócio da dissolução ou ambos);
2. Recurso repetitivo sobre a partir de quando começa a ser contada a prescrição para redirecionamento de execução fiscal para sócio de empresa (RESP nº 1201993);

3. Recurso repetitivo sobre a responsabilidade do sócio-gerente, cujo nome consta da CDA, para responder por débitos da pessoa jurídica (RESP nº1104900);
4. Recurso repetitivo sobre a questão referente à responsabilização pessoal dos sócios por débitos previdenciários das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, com base no art. 13 da Lei 8.620/93, se deve ficar subordinada à verificação das condições estabelecidas no art. 135, III, do CTN (RESP nº1153119);

Desse modo, há explícita necessidade de uniformização do entendimento sobre essas diversas questões, razão pela qual o julgamento dos recursos acima mencionados é aguardado tanto pelos contribuintes, quanto pelos juízes e pela Administração fazendária.

No entanto, mesmo diante das diversas questões envolvendo a *responsabilidade do sócio-gerente ou administrador*, ainda é possível debater novas questões que emergem da prática do processo tributário. Uma das situações seria a possibilidade de inclusão administrativa do sócio e qual o procedimento administrativo mais adequado para isso.

Tal tema adquire mais destaque diante do surgimento, no âmbito da Procuradoria da Fazenda Nacional, do Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC), previsto na Portaria 396 de 20 de abril de 2016.

Prevê o artigo 1º da mencionada portaria que “o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos - RDCC consiste no conjunto de medidas, administrativas ou judiciais, voltadas à otimização dos processos de trabalho relativos à cobrança da Dívida Ativa da União, observados critérios de economicidade e racionalidade, visando outorgar maior eficiência à recuperação do crédito inscrito”.

O RDCC, então, permitirá à PGFN tornar mais efetiva a cobrança dos créditos públicos federais, na medida em que promoverá o movimento das execuções fiscais apenas *após* a pesquisa e diligenciamento dos bens do devedor. Até esta data, os processos permanecerão suspensos/arquivados com fulcro no art. 40 da Lei nº 6.830/1980.

Com isso, haverá economia processual, tanto para a Justiça Federal, que só exigirá dos seus servidores a movimentação de execuções em que haja patrimônio útil, quanto para a própria PGFN, que utilizará seus Procuradores e servidores de modo mais racional, promovendo uma pesquisa efetiva de bens dos devedores e aptos a garantir efetivamente as execuções, além de permitir um desenvolvimento de teses jurídicas mais firmes e proveitosas para a União.

Aliás, a própria sociedade brasileira será beneficiada com esse rito diferenciado, posto que haverá uma grande economia de recursos com o fim dos custos de processos desnecessários e inúteis.

A efetivação do RDCC ocasiona a suspensão imediata de todas as execuções fiscais, cujo valor consolidado (valor principal, mais juros e demais encargos), por execução, seja inferior a um milhão de reais. Com a suspensão dos feitos executivos, administrativamente, deverá a PGFN, através de um *Procedimento Especial de Diligenciamento Patrimonial* – PEDP, buscar mapear todos os bens móveis e imóveis pertencentes àqueles devedores incluídos no RDCC.

Então, apesar de suspender os feitos executivos no âmbito judicial, a pesquisa administrativa por bens continuará e, por isso, a questão da possibilidade de inclusão do sócio-gerente administrativamente, diante de determinadas situações, será uma realidade, como mais um meio para que haja efetividade da busca de bens aptos à garantia da execução fiscal.

Em alguns países da Europa Ocidental, admite-se a inclusão do sócio no âmbito administrativo. No direito português, por exemplo, a execução fiscal é desenvolvida no âmbito administrativo e, por esta razão, o poder da autoridade fazendária para inclusão do sócio administrador e da sua responsabilização pelo pagamento do tributo da sociedade não representa mais qualquer novidade.

Na presente monografia será analisada a experiência de Portugal. Neste particular, tentar-se-á analisar os pressupostos e fundamentos observados pelo agente do Fisco português para a concretização da reversão (art.24 da LGT) e, a partir disso, concluir pela possibilidade de sua aplicação ou não aos procedimentos administrativos desenvolvidos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, no Brasil.

2. A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NO DIREITO PORTUGUÊS

2.1. Evolução histórica

A responsabilidade subsidiária foi prevista, inicialmente, no direito português, pelo Decreto-Lei nº 17.730, de 7 de dezembro de 1929, que vigou durante muitos anos. Àquela época, foi estabelecido um regime rigoroso para os administradores e gestores, eis que a responsabilidade era objetiva, ilimitada e alcançava as dívidas decorrentes de impostos e de multas fiscais.¹ Todavia, a jurisprudência flexibilizou a aplicação desse texto, exigindo a presença da “gerência de fato”, e não apenas a de direito, como um dos requisitos para a configuração dessa figura.²

¹ Cf. Casimiro, Sofia de Vasconcelos. A Responsabilidade dos Gerentes, Administradores e Diretores pelas Dívidas Tributárias das Sociedades Comerciais, Coimbra, Almedina, 2000, p.41 e ss.

² Cunha, Tânia Meirelles da. Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais, a culpa nas responsabilidades civil e tributária, 2^aed. Coimbra, Almedina, 2009, p.109.

Com a edição do Código de Processo das Contribuições e Impostos (CPCI), o perfil dessa responsabilidade não foi alterado, entretanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência majoritária entendiam que deveria ser exigida conduta ilícita e culposa.

Veio a lume, então, em 1986, o Código das Sociedades Comerciais (CSC). Neste o regime da responsabilidade em estudo foi modificado, pois a lei passou a exigir o elemento subjetivo, a culpa.³ A doutrina divergia sobre o tipo de culpa. Para uns, se tratava de uma culpa presumida,⁴ para outro segmento não havia presunção de culpa, ocorrendo, na verdade, uma uniformidade dos regimes de responsabilidade subsidiária, então previstos pelo ordenamento.⁵

Posteriormente, esse diploma normativo foi revogado pelo Código de Processo Tributário, aprovado pelo DL nº 154/91, que só se aplica à cobrança de dívidas de impostos. Quanto às infrações, o tema foi regulamentado em 24 de novembro de 1993 pelo DL 394/93.

Finalmente, em 1998 foi promulgada a Lei Geral Tributária, que disciplina a matéria, consoante será a seguir analisado.

2.2. Perfil

Atualmente, o ordenamento português regula a responsabilidade tributária no art. 18º da Lei Geral Tributária (LGT), no seu n.º3, definindo como sujeito passivo da relação tributária a pessoa singular ou coletiva que, “nos termos da lei, está vinculado ao cumprimento da prestação tributária, seja como contribuinte directo, substituto ou responsável”.

Resulta, assim, da lei, que o sujeito passivo poderá surgir no procedimento e/ou processo tributário sob distintas configurações, como contribuinte direto ou originário, recaindo sobre si diretamente o dever de liquidar a prestação tributária e em relação ao qual se verifica o fato gerador do tributo; como substituto, cujo regime previsto, nos artigos 20º e 28º da LGT, prevê a imposição do cumprimento da prestação tributária a um terceiro, ou, ainda, como responsável.

No que se refere a este último, é importante mencionar que, apesar das pessoas coletivas serem dotadas, em regra, de personalidade e capacidade jurídicas próprias, necessitam de pessoas físicas, administradores ou gerentes,

³ Cf. Guerreiro, Antônio Lima. *Lei Geral Tributária Anotada*, Lisboa, Rei dos Livros, 2001, p.137.

⁴ Martins, Antônio Carvalho. *Responsabilidade dos Administradores ou Gerentes por Dívidas de Impostos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p.57.

⁵ Cunha, Tânia Meireles, op. cit., p., p.121.

que promovem a realização das suas finalidades, vinculando com a sua atuação a pessoa jurídica que representam.

Por esse motivo, a eventual violação culposa de alguns deveres legais⁶ por parte daqueles, que estão obrigados a atuar com zelo e diligência no cumprimento do objeto societário, poderá importar, para eles, responsabilidade subsidiária em relação ao contribuinte originário (a pessoa coletiva que representam).

Saldanha Sanches⁷ comprehende que a responsabilidade subsidiária consiste “numa desconsideração da personalidade de uma sociedade comercial ou outra pessoa colectiva”, o que constitui “uma intensa derrogação do princípio da responsabilidade limitada (das pessoas colectivas), mas é uma possibilidade que tem de ser considerada como estando inserida no princípio mais vasto da reacção do ordenamento jurídico contra os abusos da utilização da personalidade colectiva”. Há que se observar, de outro lado, que se trata de um reforço à cobrança da dívida fiscal, apresentando nítido caráter sancionatório.⁸

A responsabilidade subsidiária, no direito português, encontra-se regulada nos artigos 22º/24º da Lei Geral Tributária, existindo casos especiais previstos nos artigos 157º/161º e 181º, todos do Código de Procedimento e Processo Tributário, bem como no artigo 8.º do Regime Geral das Infrações Tributárias, no que concerne a coimas e multas associadas à prática de infrações tributárias. Ela visa responsabilizar os administradores, diretores ou gerentes e outras pessoas que exerçam de forma efetiva funções de administração nas sociedades, cooperativas e empresas públicas, pelas *condutas culposas* daqueles, que desencadeiem à diminuição do patrimônio do devedor originário, bem como pelo não pagamento dos impostos por parte deste.

Quanto ao seu alcance, o art. 22º da LGT prescreve que a responsabilidade tributária abrange “a totalidade da dívida tributária, os juros e demais encargos legais”.

2.3. A figura da reversão fiscal

Conforme resulta do artigo 23.º n.º1 da LGT, a responsabilidade tributária subsidiária efetiva-se com o mecanismo da reversão fiscal, mediante o qual ocorre a responsabilização de uma determinada pessoa, a título subsidiário, pelas dívidas tributárias de outrem. Por seu turno, a reversão, enquanto

⁶ Sobre os deveres dos administradores, conferir Antônio Menezes Cordeiro (A Lealdade no Direito das Sociedades, Revista da Ordem dos Advogados, dezembro de 2006, Lisboa, p.1033 e ss.; Os Deveres Fundamentais dos Administradores das sociedades, Revista da Ordem dos Advogados, setembro de 2006, Lisboa, p.485-498)

⁷ Manual de Direito Fiscal, 3^aed., p.154.

⁸ Martinez, Soares. Direito Fiscal, 10^aed., Almedina, Coimbra, 2003, p.251.

chamamento à execução fiscal do responsável subsidiário, opera mediante citação, como resulta do disposto nos arts. 22.º, n.º 4, e 23.º, n.ºs 4 e 5, da LGT. Mesmo exigindo a lei a efetivação da citação, a execução fiscal portuguesa é desenvolvida no âmbito administrativo. Sobre esse tema, a jurisprudência tem entendido que

“Para todos os efeitos, a liquidação e a reversão são actos administrativos autónomos do acto de citação, não fazendo parte da mesma forma concreta ou do mesmo texto, e por isso mesmo podem ser dados a conhecer ao revertido através de instrumentos de externação diverso, embora em simultâneo com a citação”⁹

A concretização da reversão fiscal contra os responsáveis subsidiários legalmente indicados determina o chamamento destes ao processo de execução fiscal, decorrendo de razões de economia processual e de eficácia que têm como pano de fundo a necessidade de o Estado cobrar de forma expedita as dívidas tributárias, que constituem parte substancial das suas receitas, e simultaneamente incentivar aqueles ao cumprimento das obrigações (art. 32, 03 da LGT).

Sendo assim, a reversão pode ser considerada como o meio mais eficaz para assegurar o pagamento do crédito fiscal, posto que, ainda administrativamente, no âmbito das Finanças, o sócio gerente ou administrador é chamado a responder pelo pagamento do crédito público, cabendo ao Judiciário a análise da observância dos direitos dos revertidos.

Por isso, a observância rigorosa do procedimento administrativo da reversão é dever da Administração, que almeja sustentar judicialmente a permanência do sócio como sujeito passivo da relação tributária.

São várias as etapas necessárias a serem observadas pela Administração Fazendária, para efetivação da inclusão administrativa do sócio, como será adiante examinado.

2.4. Audiência Prévia à reversão

Pela interpretação do n.º4¹⁰ do art. 23 da LGT, é possível concluir que, ao potencial revertido, deve ser possibilitada a sua participação na formação da decisão de reversão, independentemente de se poder estar perante a situação prevista no caso da alínea “b” do art. 24.^º¹¹, n.º 1, da LGT, que diz respeito

⁹ Supremo Tribunal Administrativo, Acórdão nº 0123/12, 2ª Seção, Rel. Lino Ribeiro, j. em 16/05/12. Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 20/04/2017, às 11:50hs.

¹⁰4 - A reversão, mesmo nos casos de presunção legal de culpa, é precedida de audição do responsável subsidiário nos termos da presente lei e da declaração fundamentada dos seus pressupostos e extensão, a incluir na citação.

¹¹Art. 24 da LGT: Responsabilidade dos membros de corpos sociais e responsáveis técnicos. 1 - Os administradores, directores e gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de

às dívidas tributárias que deveriam ter sido pagas ou o imposto entregue em período coincidente com a gerência.

Desse modo, a lei exige da Administração Tributária o chamamento do sócio, ainda na fase que antecede à decisão de reversão e seus fundamentos, para que este tenha conhecimento prévio da pretensão de responsabilização, seus pressupostos e sua extensão.

A falta de comunicação desses elementos, quando da notificação, constitui uma nulidade que o potencial revertido deve arguir, mediante incidente suscitado perante o juiz ou mediante reclamação do despacho do órgão de execução fiscal que a indeferir.

Por sua vez, a falta de notificação do revertido, para o exercício do direito à audiência, constitui uma ilegalidade que repercuta na reversão, determinando a sua anulabilidade. Com efeito, é hoje jurisprudência consolidada que a legalidade do despacho de reversão por falta de fundamentação, violação do direito de audiência prévia e preterição de formalidade essencial deverá ser atacada através do processo de oposição à execução fiscal, enquadrando-se a situação na previsão da alínea "i" do n.º 1 do art. 204.º do CPPT.

A audiência prévia consiste, então, num verdadeiro direito do sócio administrador ou gerente de conhecer previamente a pretensão Fazendária de promover a reversão da execução fiscal à sua pessoa e ao seu patrimônio.

2.5. Pressupostos

2.5.1. Previsão legal

Para que possa ocorrer a reversão da dívida, impõe a lei a verificação dos requisitos constantes dos arts. 23.º n.º2 da LGT, art. 153.º n.º2 do CPPT e art. 24.º da LGT.

Assim, nos termos dos dois primeiros dispositivos, a efetivação da responsabilidade tributária subsidiária, por meio da reversão do processo de execução fiscal, pressupõe:

facto, funções de administração ou gestão em pessoas colectivas e entes fiscalmente equiparados são subsidiariamente responsáveis em relação a estas e solidariamente entre si:

- a) Pelas dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste, quando, em qualquer dos casos, tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou ente fiscalmente equiparado se tornou insuficiente para a sua satisfação;
- b) Pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período de exercício do seu cargo, quando não provem que não lhes foi imputável a falta de pagamento.

1. “A inexistência ou fundada insuficiência dos bens penhoráveis do devedor principal, dos responsáveis solidários e seus sucessores (art. 23.º n.º 2 da LGT; art. 153.º n.º 2 do CPPT);
2. O exercício efetivo do cargo nos períodos relevantes de verificação do facto constitutivo da dívida tributária ou do prazo legal de pagamento ou da respectiva entrega (art. 24.º n.º 1 da LGT). (vide Ac. do STA de 29-10-2014, processo 0925/13¹²).

Analisemos cada um dos pressupostos.

2.5.2. Inexistência de bens

O primeiro pressuposto para que a Administração possa determinar a reversão do responsável subsidiário é, como acima mencionado, a inexistência ou fundada insuficiência dos bens penhoráveis do devedor principal. A responsabilidade tributária, no direito português, é *subsidiária*, exigindo, portanto, o esgotamento dos bens do devedor principal.

Mesmo assim, o direito à previa excussão dos bens do devedor subsidiário não impede a efetivação da reversão, conforme decidiu o Supremo Tribunal Administrativo:

“Embora o responsável subsidiário goze do direito de se opor a que a execução dos seus bens se efectue enquanto não forem penhorados e vendidos todos os bens do devedor principal (benefício da excussão), a reversão da execução fiscal contra si pode efectuar-se em momento anterior a essa venda, desde que os bens penhoráveis do devedor principal (e eventuais responsáveis solidários) sejam fundamentalmente insuficientes para o pagamento da dívida exequenda e acrescido (artigos 23.º n.º 2 da LGT e 153.º n.º 2 do CPPT)”¹³

A aferição da verificação do referido requisito é realizada considerando o momento em que a reversão ocorre, e não àquele em que o revertido exerceu a gerência ou administração.

A conclusão pela inexistência ou insuficiência deverá mostrar-se deviamente fundamentada, sendo que, em especial, no que concerne ao conceito

¹² II – A fundamentação formal do despacho de reversão basta-se com a alegação dos pressupostos e com a referência à extensão temporal da responsabilidade subsidiária que está a ser efectivada (nº 4 do art. 23º da LGT) não se impõendo, porém, que dele constem os factos concretos nos quais a AT fundamenta a alegação relativa ao exercício efectivo das funções do gerente revertido.

¹³ STA, Acórdão nº 0287/16, 2ª Seção, Rel. Isabel Marques da Silva, j. em 12/10/2016. Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 20/04/2017, às 11:50hs.

“fundada insuficiência”, o qual configura um conceito indeterminado, a sua concretização deve ser efetuada de forma objetiva, com recurso a conhecimentos técnicos que permitam um apuramento fidedigno dos bens dos devedores.¹⁴

Assim, caberá ao Fisco fundamentar a insuficiência ou a inexistência patrimonial de forma objetiva, indicando os bens encontrados, avaliando, por meio de instrumentos ou de modo comumente válidos e fidedignos, de modo a obter uma avaliação rigorosa dos bens penhorados e penhoráveis do devedor originário, não podendo ser preenchido subjectivamente através da avaliação que o funcionário que lavra o auto de penhora faça sobre o valor dos bens penhorados.

Também relativamente à fundamentação e à verificação dos requisitos e à existência ou suficiência de bens do devedor originário, entende o Conselheiro Jorge Lopes de Sousa (2011, p.65-66) que estas se fazem por referência aos valores constantes do auto de penhora e outros de que a Administração dispusesse e da relação destes com o valor em dívida, referindo ainda o autor ser exigível que desses elementos seja possível, ao juízo, concluir pela insuficiência de bens de forma lógica.

Em resumo, a insuficiência de bens é comprovada pelos meios objetivos, comuns e fidedignos existentes no direito e capazes de demonstrar logicamente ao magistrado a situação patrimonial insuficiente da empresa para quitação dos débitos fiscais. Mais uma vez é relevante mencionar que a situação patrimonial é verificada no momento da reversão, e não no momento da gerência efetiva do sócio revertido.

2.5.3. Exercício da gerência de fato

Conforme mencionado alíneas acima, para a consumação da reversão fiscal, além da inexistência ou fundada insuficiência de bens, exige o artigo 24º da LGT o exercício da administração ou gerência, ainda que somente de fato.

Assim, é possível concluir que a LGT exige o exercício efetivo, de fato, da gerência ou administração, não bastando a mera titularidade do cargo, a gerência nominal ou de direito (aquele prevista nos registros comerciais). Destarte, a lei abrangeu um grande leque de sujeitos, atingindo todos aqueles que

¹⁴ "...III- O conceito «fundada insuficiência» constante do nº2 do artigo 23º da LGT e da alínea b) do nº2 do artigo 153º do CPPT, deve ser fixado objectivamente com recurso aos conhecimentos técnicos, de forma a obter uma avaliação rigorosa dos bens penhorados e penhoráveis do devedor originário, não podendo ser preenchido subjectivamente através da avaliação que o funcionário que lavra o auto de penhora faça sobre o valor dos bens penhorados." Acórdão nº 0647/15, Supremo Tribunal Administrativo, 2ª Seção, Rel. Dulce Neto, j. em 16/03/2016. Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 20/04/2017, às 11:50hs.

tenham efetiva atuação e possibilidade de influir na relação jurídica tributária mantida com o Fisco pela Pessoa Jurídica (Coletiva).

Objetivou-se com a responsabilização dos gerentes de fato evitar uma lacuna técnica na legislação, que, caso fosse configurada, impossibilitaria a responsabilização desse tipo de gestor. Assim, a responsabilidade poderia ser evitada com a designação de mero administrador de fato,¹⁵ como gerentes de direito,¹⁶ como pontua Manuel Anselmo Torres.¹⁷

Jorge Lopes de Sousa,¹⁸ mais uma vez com clareza, afirma que:

Se o administrador ou gerente de direito não exercia quaisquer funções de gerência de facto, não se justificava que fosse formulado em relação a ele um juízo de culpa susceptível de basear a responsabilidade subsidiária, já que não era possível a existência de nexo de causalidade entre a sua actuação e a situação de insuficiência patrimonial da sociedade, nem se podia falar em relação a ele de possibilidade de pagar as dívidas fiscais e não o fazer, dívidas essas de que, sem um exercício ao menos parcial da gerência, não poderia ter sequer conhecimento.

Desse modo, o legislador quis alcançar todos aqueles que, direta ou indiretamente, exerçam efetivamente a administração de uma sociedade comercial,¹⁹ incluindo os administradores ocultos.

Esse pressuposto, portanto, deve ser, desde logo, comprovado pela Administração Tributária, visto ser dela o ónus de alegar e provar a verificação dos pressupostos da responsabilidade subsidiária, nomeadamente a gerência de fato do revertido. A falta de prova de tal pressuposto culminará contra a Administração Tributária, conforme de maneira esclarecedora tem se pronunciado a jurisprudência:

“No regime do Código de Processo Tributário relativo à responsabilidade subsidiária do gerente pela dívida fiscal da sociedade, a única presunção legal de que beneficia a Fazenda Pública respeita à culpa pela insuficiência do património social; competindo à Fazenda Pública o ónus da prova dos pressupostos da responsabilidade

¹⁵ Sobre o conceito de administrador de fato e os pressupostos para a sua responsabilização, conferir João Miguel Primo dos Santos Cabral, *A Responsabilidade Tributária subsidiária do Administrador de Facto*. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Henrique Mesquita*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p.243-292.

¹⁶ Em relação aos gerentes de direito, que não o são de fato, o legislador os afastou do âmbito da responsabilidade em pauta, como leciona Pedro Panzina (*A Responsabilidade subsidiária tributária*, Revista Fiscal, Porto, 2007, p.13)

¹⁷ A simulação na Lei Geral Tributária, *Fiscalidade* – Revista de Direito e Gestão Fiscal, nº 01, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p.43.

¹⁸ Código de Procedimento e de Processo Tributário – anotado e comentado, v. III, 6^aed., p.473.

¹⁹ Nesse sentido: Abreu, Coutinho de; Ramos, Elisabete. *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores (notas sobre o artigo 379º do Código do Trabalho)*. In: Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho – *Miscelâneas*, nº 03, Coimbra, Almedina, 2004, p.7-55.

subsidiária do gerente, *deve contra si ser valorada a falta de prova sobre o efectivo exercício da gerência*²⁰.

Pelo exposto, a presunção legal que autorizaria a inversão do ônus da prova, no caso de reversão para execução fiscal contra o sócio, seria para os casos de comprovação da *culpa* pela insuficiência do patrimônio. Em relação à situação da gerência de fato, caberá à Fazenda Pública demonstrar que, faticamente, aquele era o sócio que exercia a gerência ou administração da sociedade empresarial.²¹ Essa é a previsão do no n.º1 do art. 342.º do Código Civil e do art. 74.º n.º1 da LGT.

A evolução da posição jurisprudencial sobre o tema tornou pacífico o entendimento de que a presunção derivada do artigo 11.º do Código do Registo Comercial, *não abrange o exercício efetivo da gerência registrada*, razão pela qual não é possível concluir, de modo automático daquele registro, pela presunção de exercício de facto da gerência, conforme de forma conclusiva se pronunciou, entre outros, o Supremo Tribunal Administrativo, em julgado de 02/03/2011: “Não existe presunção legal que imponha que, provada a gerência de direito, por provado se dê o efectivo exercício da função, na ausência de contraprova ou de prova em contrário (...).”²²

Diferentemente, será a possibilidade de o juiz, com base, quer na gerência de direito, quer noutras fatos apurados do processo, utilizando, ainda, de regras da experiência, *presumir* que o aquele gerente também exerceu de fato esse mesmo cargo²³.

No direito português, portanto, é possível a presunção judicial da efectiva gerência de fato, ou seja, o magistrado poderá, diante dos dados apresentados pela Administração e de outros elementos extraídos dos autos, concluir pelo exercício da gerência de fato de um determinado sócio, até mesmo

²⁰ Supremo Tribunal Administrativo, Acórdão 1132, Pleno, Rel. Baeta de Queiroz, j. em 28/02/2007. Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 20/04/2017, às 11:50hs.

²¹ Vasques, Sérgio. A Responsabilidade dos Gestores na Lei Geral Tributária. *Fiscalidade – Revista de direito e Gestão Fiscal*, nº 01, 2000, p.57.

²² STA, Acórdão nº 0944, 2^a Seção, Rel. Antonio Calhau, j. em 02/03/2011. Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 20/04/2017, às 11:50hs.

²³ Vide nesse sentido o Acórdão do STA, nº 861/08, 2^a Seção, Rel. Jorge de Sousa, j. em 10/12/2008, verbiis: “..IV - No entanto, o facto de não existir uma presunção legal sobre esta matéria, não tem como corolário que o Tribunal com poderes para fixar a matéria de facto, no exercício dos seus poderes de cognição nessa área, não possa utilizar as presunções judiciais que entender, com base nas regras da experiência comum”. Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 20/04/2017, às 11:50hs.

quando o nome deste não conste nos registros e documentos como administrador ou gerente.

Pelo exposto, não há uma presunção legal, decorrente simplesmente do registro comercial, relativa à gerência de facto, cabendo ao Fisco a comprovação de que efetivamente aquela pessoa exercia faticamente a gerência daquela empresa, permitindo, assim, a sua responsabilização.

A apuração do exercício dessa gerência *deverá partir* do referido registro, nomeadamente das inscrições dele constantes, no entanto, das regras de experiência poderá ser possível a assunção de conclusões, como a de que, havendo apenas um único gerente de direito nomeado, sendo também o único com poderes de vincular a sociedade, este exerceria simultaneamente a gerência de direito e de facto.

2.5.4. Fundamentação do despacho de reversão

O despacho de reversão é, portanto, o instrumento que a concretizará, indicando os pressupostos necessários para sua realização e justificando a necessidade de inclusão do sócio para que responda pela execução fiscal, subsidiariamente.

É o ato administrativo que representa a conclusão da Administração, após as informações do sócio, sedimentando a necessidade da sua responsabilização pelos débitos da pessoa jurídica que faz ou fazia parte. É neste despacho que a fundamentação deverá ser clara e concludente pela reversão.

Assim, a inclusão do sócio-gerente na execução fiscal, em Portugal, depende de um procedimento ou incidente prévio para comprovação dos pressupostos da reversão: 1. A verificação da insuficiência ou inexistência de bens da empresa devedora; 2. A comprovação de que o sócio, a quem pretende se reverter o feito executivo, exercia efetivamente a gerência ou administração da empresa. Tal procedimento deverá conter, ainda, a audiência previa do sócio.

Após este incidente, ou procedimento, a administração concluirá pela reversão ou não, justificando e fundamentando suas razões no despacho da reversão.

Conforme pontua Jorge Lopes de Sousa²⁴

“o processo de execução fiscal tem natureza judicial na sua totalidade, mas o despacho de reversão tem natureza de acto administrativo (artigo 120º CPA) pelo que tem de conter as exigências legais próprias deste tipo de actos, nomeadamente quanto à fundamentação (artigos 268º, número 3 da CRP, 77º da LGT)”.

²⁴ Código de Procedimento e Processo Tributário – Anotado e Comentado, vol II, p.51.

Desse modo, o despacho de reversão, enquanto ato administrativo tributário, deverá estar fundamentado, nos termos do artigo 77º da LGT, dele devendo constar a verificação dos pressupostos para a reversão fiscal e a referência à extensão temporal da responsabilidade subsidiária (art. 23º nº 4 LGT), não se impondo, porém, que dele constem os factos concretos nos quais a Administração Tributária fundamenta a alegação relativa ao exercício efetivo das funções do gerente revertido.

2.6. As hipóteses de reversão

Analizados os pressupostos para a reversão e as formalidades que devem ser observadas pela Administração Tributária, relevante mencionar as duas situações de reversão previstas no artigo 24º da Lei Geral Tributária.

Verificando-se a (i) insuficiência dos bens do devedor originário e o (ii) exercício da gerência – pressupostos acima estudados, para que se opere a reversão haverá de verificar-se uma das prescrições das alíneas “a)” e “b)” do n.º1 do artigo 24º da LGT.

Com efeito, o artigo 24º diferencia duas situações para o chamamento do responsável subsidiária, importando cada uma das alíneas do n.º1 do artigo 24º da LGT uma consequência distinta no que concerne aos ônus de prova referente à responsabilidade do revertido.

Primeiramente, em relação à previsão da alínea “a” do n.º1, comporta o chamamento à execução fiscal dos responsáveis subsidiários “pelas dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste, quando, em qualquer dos casos, tiver sido por culpa sua que o patrimônio da pessoa coletiva ou ente fiscalmente equiparado se tornou insuficiente para a sua satisfação”.

Nesta primeira previsão, além dos pressupostos para reversão (insuficiência dos bens do devedor originário e o exercício da gerência) haverá necessidade de analisar se o sócio ocupava a gerência ou administração da pessoa jurídica na época da ocorrência do fato gerador do tributo e que, por culpa sua, a empresa não possui bens suficientes para o pagamento do tributo.

Logo, para responsabilizar o sócio gerente da época do fato gerador, a Fazenda Pública precisa comprovar que *por culpa* desse sócio, a empresa não possui patrimônio suficiente para quitação do débito tributário.

Na segunda hipótese legal, ou seja, a previsão da alínea “b”, o chamamento dos responsáveis será “pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do seu cargo, quando não provem que não lhes foi imputável a falta de pagamento”.

Diferentemente da hipótese prevista na alínea “a”, no segundo caso, a Fazenda Pública encontra-se numa situação mais favorável, posto que a ela caberá comprovar apenas os pressupostos da reversão - insuficiência dos bens do devedor originário e o exercício da gerência-, transferindo para o sócio da época do pagamento o ônus de comprovar que não pode ser a eles imputada a falta do pagamento.²⁵

Esse é o entendimento também perfilhado na jurisprudência:

“Recaindo sobre o responsável subsidiário o ónus da prova de que o não pagamento dos tributos não é imputável à sua actuação, fica a AT desobrigada de demonstrar no despacho de reversão os elementos de facto destinados à prova dessa mesma culpa”²⁶.

Em resumo, comprovado os pressupostos para a reversão, surgirá para a Administração Tributária duas opções:

1. Responsabilizar o sócio da época em que o fato constitutivo (fato gerador) aconteceu e, para isso, comprovar a sua culpa na redução ou no desaparecimento do patrimônio da empresa executada;
2. Responsabilizar o sócio da época em que o pagamento deveria ter sido realizado, cabendo a ele, o sócio, comprovar que a ele não poderá ser imputada a falta de pagamento.

²⁵ A doutrina majoritária entende que o art. 24º, I estabeleceu uma distinção fundamental entre dívidas tributárias vencidas no período do exercício do cargo e dívidas tributárias vencidas anterior ou posteriormente. Nesse sentido posicionam-se, dentre outros, Diogo Leite de Campos, Benjamim Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa (Lei Geral Tributária Comentada e Anotada, 3^aed. Lisboa, Vislis Editores, 2003, p.142); Maria Dulce Soares (A Responsabilidade dos Administradores e Gerentes pelas Dívidas Tributárias: a avaliação da culpa na insuficiência do patrimônio. In: Jurisprudência Fiscal anotada, Coimbra, Almedina, 2002, p.59-65), Pedro Sousa E (A Responsabilidade Tributária dos Administradores e Gerentes na Lei Geral Tributária e no CPPT. Revista da Ordem dos Advogados, ano 60, 2000, p.1454), Abílio Morgado (Responsabilidade Tributária: ensaio sobre o Regime do Art. 24º da Lei Geral Tributária, Ciência e Técnica Fiscal, n°415, janeiro/junho 2005, p.67 e ss) e Joana Patrícia de Oliveira Santos (Responsabilidade dos Corpos Sociais e Responsáveis Técnicos: Análise do Artigo 24º da Lei Geral Tributária. Estudos de Direito Fiscal, Coimbra, Almedina, 2006, p.5 e ss).

²⁶ Supremo Tribunal Administrativo, Acórdão nº 0446/14, 2^a Seção, Rel. Aragão Seia, j. em 07/01/2015, *verbis*: “Sendo o despacho de reversão sustentado na alínea b) do nº 1 do artº 24º da LGT, cabe ao oponente o ónus da prova de que a falta de pagamento do tributo lhe não é imputável, não tendo, neste caso, a FP de demonstrar que o oponente teve culpa na insuficiência do patrimônio da executada originária (processo n.º 01504/12, Ac. do STA de 23-06-2010).’ Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 20/04/2017, às 11:50hs.

2.7. Oposição (art. 204.º do CPPT)

Discordando o revertido quanto à verificação dos pressupostos da reversão, a materialização da discordância deverá ser efetuada mediante oposição à execução,²⁷ nos termos do artigo 204.º do CPPT, sendo este o meio processual adequado para reagir contra a falta de verificação de pressupostos, quer ao nível da legitimidade, fundamentação ou outros vícios que afetem o ato de reversão.²⁸

Importante afirmar que, nos casos de dúvida, mesmo diante dos fatos e documentos trazidos pela Administração, e da oposição impetrada pelo sócio, com seus argumentos, ao Judiciário, quando ainda não possível a formulação de uma presunção judicial, a decisão judicial há-de ser desfavorável à Fazenda Pública, como resulta do disposto no art. 342.º do CC e 74.º da LGT.

Nesse caso, impõe-se concluir pela falta de um dos requisitos da responsabilização subsidiária, o que constituirá fundamento da ilegitimidade do oponente para a execução, nos termos do disposto no art. 204.º, n.º 1, alínea “b”, do CPPT.

3. A REVERSÃO DO DIREITO PORTUGUÊS E A SUA APLICAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO

A inclusão administrativa do sócio-gerente, para que responda solidariamente pelo pagamento do tributo, devido originalmente pela pessoa jurídica que compõe, não é medida proibida pelo ordenamento brasileiro.

A própria previsão do art. 142 do Código Tributário Nacional determina que compete à autoridade administrativa, no momento do lançamento, a identificação do sujeito passivo.

O artigo 121 do mesmo código afirma que “sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária”. No parágrafo único, afirma que “o sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir

²⁷ A doutrina ressalta a dificuldade da produção de prova pelos gestores, em tais casos. (Cf. Figueiredo, J.A. Seabra de. A responsabilidade dos Gerentes ou Administradores na Lei Fiscal, Vida Económica, Lisboa, 1996/97, p.59 e ss.)

²⁸ “I – O meio processual adequado para o revertido impugnar contenciosamente o despacho que ordena a reversão, com fundamento em falta de fundamentação deste ou em outros vícios a tal acto imputados, é a oposição à execução, e não o processo de impugnação judicial”. Supremo Tribunal Administrativo, Acórdão nº 01171/14, 2ª Seção, Rel. Casimiro Gonçalves, j. em 07/12/2014. Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 20/04/2017, às 11:50hs.

a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”.

Nestes termos, caberia à autoridade administrativa identificar o sujeito passivo da obrigação tributária, no momento do lançamento, o que incluiria, do mesmo modo, a identificação do responsável, quando da situação fática já for possível extrair uma situação de responsabilidade tributária.

O fato de a fiscalização estar mais próxima dos fatos e das provas necessárias para caracterizar a responsabilidade, permite a inclusão do responsável, ainda na fase de lançamento, cabendo aos órgãos administrativos, diante de qualquer equívoco, autorizar a sua exclusão.

Por muito tempo, no entanto, só em casos excepcionais, como naquele previsto no artigo 8º do decreto-lei 1.736/1990²⁹, que trata da responsabilidade solidária dos sócios-gerentes por débitos de IPI e IR retido na fonte, ou em casos muito evidentes, a Secretaria da Receita Federal e a PGFN promoviam a inclusão administrativa do sócio.

Até em caso de empresário individual, com responsabilidade ilimitada, a inclusão administrativa não era comum, promovendo a Administração, como regra, o pedido de “redirecionamento” por via judicial.

Ou seja, a regra era o pedido de inclusão do sócio-gerente ou administrador pela via judicial, gerando para Administração o não-exercício de relevante poder-dever.

Atualmente, no entanto, diante da evolução da atividade empresarial e diante da evolução da cobrança da dívida tributária, com alterações mais célebres no processo de cobrança, como é o caso do já mencionado RDCC, a inclusão do sócio deverá se tornar rotina no âmbito da Administração, visto que as execuções fiscais só serão manejadas diante da existência de bens úteis a garantir o processo. Além disso, é relevante mencionar que muitos créditos tributários estão sendo objeto de protesto, ao invés de ajuizados.

Dante da ampliação da atividade administrativa dos órgãos fazendários e da necessária inclusão do sócio, anteriormente à propositura de ação judicial, com possibilidade de previsão do seu nome já na certidão de dívida ativa, ou até mesmo durante a sua suspensão, embasada no art. 40 da lei 6.830/1980, há uma necessidade de estipular alguns limites para a realização administrativa dessa inclusão.

²⁹ Art 8º - São solidariamente responsáveis com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos créditos decorrentes do não recolhimento do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre a renda descontado na fonte. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas referidas neste artigo restringe-se ao período da respectiva administração, gestão ou representação

Pela compreensão do procedimento da reversão do direito português, é possível concluir, primeiramente, sobre a importância de uma audiência prévia ao despacho de redirecionamento.

A prática deste ato, informando ao sócio os fundamentos capazes de embasar o despacho de reversão, representa a observância de princípios constitucionais basilares para o processo administrativo, como a ampla defesa e o contraditório, além de garantir respeito à segurança jurídica dos atos administrativos.

A audiência prévia representaria, na verdade, uma notificação do sócio-gerente para que este apresentasse razões contrárias à sua inclusão como corresponsável, sem a necessidade de comparecimento na estrutura física dos órgãos fazendários.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pelo ministro Joaquim Barbosa, reconheceu, incidentalmente, a exigência do respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa nos casos de determinação de responsabilidade do sócio na seara administrativa:

Em relação ao art. 5º, LV da Constituição, observo que os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrelevante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc). Por outro lado, a decisão administrativa que atribui sujeição passiva por responsabilidade ou por substituição também deve ser adequadamente motivada e fundamentada, sem depender de presunções e ficções legais inadmissíveis no âmbito do Direito Público e do Direito Administrativo. Considera-se presunção inadmissível aquela que impõe ao sujeito passivo deveres probatórios ontologicamente impossíveis, irrazoáveis ou desproporcionais, bem como aquelas desprovidas de motivação idônea, isto é, que não revelem o esforço do aparato fiscal para identificar as circunstâncias legais que permitem a extensão da relação jurídica tributária. Porém, nenhum destes elementos está presente no caso em exame.³⁰

Aliás, as decisões judiciais exaradas pelos tribunais superiores (STF e STJ) demonstram que a inclusão do sócio administrativamente é plenamente possível, mas desde que sejam observados alguns procedimentos, como a abertura de prazo para contraditório e ampla defesa, a motivação das decisões deferitórias do redirecionamento, a argumentação e comprovação dos requisitos legais. Tudo isso deve ser rigorosamente observado pela Administração tributária para a legalidade da inclusão dos sócios na seara administrativa.

³⁰ STF, RE 608426, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 03/03/2011.

Conferida a audiência prévia, que nada mais seria que uma abertura de prazo para manifestação do sócio, a conclusão alcançada pela Administração, quanto à inclusão ou não deste nos sistemas da dívida, seria efetivada mediante um despacho de redirecionamento (semelhantemente ao despacho da reversão).

Nesse despacho, a Administração desenvolveria os fundamentos necessários ao redirecionamento e, após as informações colhidas na audiência prévia, determinaria adequadamente as razões para chamar o sócio e permitir a sua inclusão como corresponsável, ainda no âmbito administrativo. Trata-se de uma racionalização das decisões proferidas pelo agente administrativo, através da utilização da lógica argumentativa.

Com este procedimento inicial (audiência prévia e despacho fundamentado de redirecionamento), os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e motivação estariam devidamente respeitados, em consonância com os entendimentos já perfilhados pelos tribunais superiores.

Quanto às questões referentes aos pressupostos para reversão, ou seja, análise da insuficiência ou impossibilidade de bens da empresa para pagamento dos créditos tributários e exercício efetivo da gerência, é relevante mencionar uma peculiaridade do direito brasileiro.

Conforme entendimento extraído da Súmula 430 do Superior Tribunal de Justiça, “o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”. Ou seja, o mero não pagamento de tributo não seria fundamento suficiente para que a Administração Tributária pudesse incluir o sócio como corresponsável pelo débito fiscal.

No Brasil, o sócio-gerente ou administrador para ser responsabilizado tributariamente necessita, conforme previsão do art. 135 do CTN, da prática de ato com excesso de poderes, ou com infração à lei ou infração ao contrato social ou estatuto. Além disso, no mais comum dos casos, já pacificamente reconhecido pela jurisprudência, a ocorrência da dissolução irregular da pessoa jurídica também pode ser considerada como fato gerador da responsabilidade tributária.

Vale dizer, no direito brasileiro, a simples insuficiência de bens ou até mesmo a inexistência destes não importa em responsabilização tributária. Há necessidade da verificação da prática de um ilícito de natureza não tributária, consoante entendimento doutrinário amplamente majoritário.

Então, o pressuposto de insuficiência ou inexistência de bens suficientes para o pagamento dos débitos pela sociedade empresarial que, em Portugal, permite, concomitantemente, com a efetiva gerência da sociedade, a reversão, no Brasil, representaria um indício de dissolução irregular, mas, por si só, incapaz de autorizar o redirecionamento.

Esse indício, juntamente com a existência de um conjunto probatório capaz de caracterizar o não funcionamento da empresa ou transferência de seus bens sem quitação dos seus débitos, pode embasar a situação fática de paralisação de atividades empresariais. E, somente a partir daí, embasar um redirecionamento para o sócio-gerente ou administrador.

Não custa mencionar que, apesar da simples insuficiência de bens já ser pressuposto para a reversão, caberá ao Fisco fundamentar tal insuficiência ou a inexistência patrimonial de forma objetiva, indicando os bens encontrados, avaliando por meio de instrumentos ou de modo comumente válidos e fide-dignos, de modo a obter uma avaliação rigorosa e apta a comprovar a possibilidade de chamamento do sócio.

Do mesmo modo, no direito brasileiro, o Fisco deverá, administrativamente, embasar suficientemente bem a situação que caracterizará a dissolução ou desaparecimento da empresa, anexando o máximo possível de documentos e pesquisas.

Por exemplo, a partir da previsão da Instrução Normativa nº 1634/2016, é possível reconhecer a empresa omissa contumaz, ou seja, aquela empresa que não apresenta declarações por um determinado lapso de tempo (não cumprimento de obrigação acessória) e a empresa inexistente de fato, ou seja, aquela empresa não localizada em seu endereço previsto nos sistemas da Administração tributária.

Tais situações já promovem a inclusão desta situação nos registros do CNPJ da empresa e poderá, sim, servir de base para a configuração de uma possível dissolução irregular.

A empresa que não cumpre seus deveres acessórios, deixando de apresentar Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ); Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica (DSPJ) - Inativa; Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais (Defis); Declaração Anual Simplificada para o Microempreendedor Individual (DASN-Simei); Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF); Declaração do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (Dirf); Escrituração Contábil Fiscal (ECF); Escrituração Fiscal Digital (EFD); e-Financeira, já gera uma forte presunção de desaparecimento.

Somado a isso, se a empresa não confirmar o recebimento de 02 (duas) ou mais correspondências enviadas pela RFB, comprovado pela devolução do Aviso de Recebimento (AR) dos Correios, ou não for localizada no endereço

constante do CNPJ, situação comprovada mediante Termo de Diligência,³¹ estarão presentes indícios bastante fortes de dissolução irregular da empresa devedora.

Nessas situações há formação de um conjunto probatório capaz de embasar a dissolução irregular da empresa e autorizar o chamamento do sócio-gerente para responsabilização tributária.

Para robustecer o entendimento da dissolução irregular, outros sistemas poderão ser consultados, como DIMOF (Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira), DECRED (Declaração de Operações com Cartão de Crédito), DIRF (Declaração do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte) e DCTF (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais), por exemplo. A declaração CAGED que informa o número de empregados registrados via carteira de trabalho também poderá servir para embasamento.

A formação de um conjunto probatório firme e denso servirá para justificar a inclusão do sócio administrador com fulcro na presunção de dissolução irregular, em conformidade com o Superior Tribunal de Justiça, embasando o próprio despacho de redirecionamento (a portaria nº180 da PGFN denomina de declaração fundamentada da autoridade administrativa).³²

Neste quesito, mais complexa seria a situação de inclusão de sócio-gerente no direito brasileiro.

No entanto, em relação ao exercício efetivo da gerência pelo sócio que se pretende incluir como corresponsável, é importante mencionar que, dos registros da Junta Comercial, documento este dotado de fé pública, ou dos registros extraídos de Cartório de Registros de Pessoas, é permitido pelo direito brasileiro, diferentemente de Portugal, por presunção *iuris tantum*, a afirmação de que o sócio registrado era quem exercia de fato a gerência da empresa.

Então, à Fazenda Pública, com base nos documentos exarados pelos Registros (comerciais ou cíveis), juntamente com tudo que acima foi exposto, audiência prévia, despacho de redirecionamento devidamente fundamentado e

³¹ Art. 42. A pessoa jurídica não localizada, de que trata o inciso II do caput do art. 40, é assim considerada quando: I - não confirmar o recebimento de 2 (duas) ou mais correspondências enviadas pela RFB, comprovado pela devolução do Aviso de Recebimento (AR) dos Correios; ou II - não for localizada no endereço constante do CNPJ, situação comprovada mediante Termo de Diligência. (Receita Federal do Brasil, Instrução Normativa nº 1634, de 2016).

³² Art. 2º A inclusão do responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa da União somente ocorrerá após a declaração fundamentada da autoridade competente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acerca da ocorrência de ao menos uma das quatro situações a seguir: I - excesso de poderes; II - infração à lei; III - infração ao contrato social ou estatuto; IV - dissolução irregular da pessoa jurídica. Parágrafo único. Na hipótese de dissolução irregular da pessoa jurídica, os sócios-gerentes e os terceiros não sócios com poderes de gerência à época da dissolução, bem como do fato gerador, deverão ser considerados responsáveis solidários.

conjunto comprobatório do ilícito perpetrado, caberá incluir os sócios-gerentes nos sistemas da dívida, invertendo aos sócios o ônus de comprovar que eram “sócios-laranjas” ou outra fraude capaz de afastar a sua responsabilidade.

4. CONCLUSÃO

Com base nas razões expostas, conclui-se que há possibilidade de inclusão administrativa do sócio-gerente, no ordenamento brasileiro.

Com relação à aplicação do procedimento de reversão, realizado comumente pelo Fisco português, pelas peculiaridades do direito brasileiro, é forçoso reconhecer que não é plenamente possível a sua utilização. Entretanto, a experiência portuguesa é bastante útil para que possamos extrair importantes dados que auxiliarão e facilitarão a inclusão administrativa dos sócios no Brasil.

A previsão de audiência prévia para permitir manifestação, em prazo estipulado, do sócio-gerente, antes mesmo da sua inclusão nos sistemas da dívida, a exigência de despacho devidamente fundamentado, com as razões para a reversão e a prova robusta capaz de embasar a insuficiência de bens ou, até mesmo, a sua inexistência, são informações úteis para o redirecionamento administrativo no Brasil.

Por isso, o cumprimento das obrigações acessórias por parte das empresas deverá ser melhor observado por elas, vez que, a partir dos elementos extraídos das declarações realizadas, é que a Administração Fazendária justificará seus atos e formará os indícios que poderão culminar com a responsabilidade dos sócios.

Não se deve perder de vista, contudo, que será sempre necessária a observância dos limites legais e constitucionais impostos pela legislação e reconhecidos pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Deve-se ressaltar, ainda, que, diante da ausência de suspensão da exigibilidade do crédito, nos casos de inclusão do débito no âmbito da PGFN e diante da necessidade de observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, é importante observar os seguintes parâmetros:

- a) Primeiramente, diante da constatação de dados comprobatórios capazes de autorizar a responsabilização do sócio, promover uma espécie de audiência prévia, em que haveria chamamento do sócio para apresentação de fatos e fundamentos jurídicos capazes de evitar a sua inclusão como corresponsável;
- b) A edição de um despacho fundamentado (declaração fundamentada prevista na Portaria 180 PGFN), justificando os casos de infração à lei, ao estatuto ou ao contrato social, excesso de

- poder ou dissolução irregular, com todos os indícios observados, formando, assim, um conjunto probatório suficiente para justificar a inclusão do sócio administrador ou gerente;
- c) Análise da impugnação apresentada e publicação de uma decisão;
 - d) Inclusão do sócio, caso a impugnação não seja suficiente para reverter a motivação prevista na declaração de fundamentação, nos sistemas da PGFN, com as consequências legais daí decorrentes, como, por exemplo, a previsão do nome no CADIN.

REFERÊNCIAS

ABREU, Coutinho de; Ramos, Elisabete. *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores (notas sobre o artigo 379º do Código do Trabalho)*. In: Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho – Miscelâneas, nº 03, Coimbra, Almedina, 2004, p.7-55.

CABRAL, João Miguel Primo dos Santos. **A Responsabilidade Tributária subsidiária do Administrador de Facto**. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Henrique Mesquita, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p.243-292.

CAMPOS, Diogo Leite de; RODRIGUES, Benjamim Silva Rodrigues; SOUSA, Jorge Lopes de. **Lei Geral Tributária Comentada e Anotada**, 3^aed. Lisboa, Vislís Editores, 2003.

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. **A Responsabilidade dos Gerentes, Administradores e Directores pelas Dívidas Tributárias das Sociedades Comerciais**, Coimbra, Almedina, 2000.

CORDEIRO, Antônio Menezes. A Lealdade no Direito das Sociedades, **Revista da Ordem dos Advogados**, dezembro de 2006, Lisboa, p.1033-1045.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Os Deveres Fundamentais dos Administradores das sociedades, **Revista da Ordem dos Advogados**, setembro de 2006, Lisboa, p.485-498.

CUNHA, Tânia Meirelles da. **Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais, a culpa nas responsabilidades civil e tributária**, 2^aed. Coimbra, Almedina, 2009.

FIGUEIREDO, J.A. Seabra de. **A responsabilidade dos Gerentes ou Administradores na Lei Fiscal**, Vida Econômica, Lisboa, 1996/97, p.59-73.

GUERREIRO, Antônio Lima. **Lei Geral Tributária Anotada**, Lisboa, Rei dos Livros, 2001.

MARTINS, Antônio Carvalho. **Responsabilidade dos Administradores ou Gerentes por Dívidas de Impostos**, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

MARTINEZ, Soares. **Direito Fiscal**, 10^aed. Coimbra: Almedina, 2003.

MORGADO, Abílio. Responsabilidade Tributária: ensaio sobre o Regime do Art. 24º da Lei Geral Tributária. **Ciência e Técnica Fiscal**, nº415, janeiro/junho 2005, p.67-80.

PANZINA, Pedro. A Responsabilidade subsidiária tributária, **Revista Fiscal**, Porto, 2007, p.7-18.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Disponível em: www.stadministrativo.pt. Acesso em: 20/04/2017, às 11:50hs.

SANCHES, José Luís Saldanha. **Manual de Direito Fiscal**. 3^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SANTOS, Joana Patrícia de Oliveira. **Responsabilidade dos Corpos Sociais e Responsáveis Técnicos: Análise do Artigo 24º da Lei Geral Tributária**. Estudos de Direito Fiscal, Coimbra, Almedina, 2006, p.5-18.

SOARES, Maria Dulce. **A Responsabilidade dos Administradores e Gerentes pelas Dívidas Tributárias: a avaliação da culpa na insuficiência do patrimônio**. In, Jurisprudência Fiscal anotada, Coimbra, Almedina, 2002, p.51-100.

SOUSA, Jorge Lopes de. **Código de Procedimento e de Processo Tributário - anotado e comentado**, vol. I. 6^a ed. Lisboa: Áreas Editora, 2011.

SOUSA, Jorge Lopes de. **Código de Procedimento e de Processo Tributário - anotado e comentado**, vol. III. 6.^a ed. Lisboa: Áreas Editora, 2011.

SOUSA, Jorge Lopes. **Código de Procedimento e Processo Tributário – Anotado e Comentado**. 5^a ed., vol. II. Lisboa: Áreas, 2007.

SOUSA Pedro E . A Responsabilidade Tributária dos Administradores e Gerentes na Lei Geral Tributária e no CPPT. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 60, 2000, p.1454-1460.

TORRES, Manuel Anselmo. A Simulação na Lei Geral Tributária, **Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal**, nº 01, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p.43-62.

VASQUES, Sérgio. A Responsabilidade dos Gestores na Lei Geral Tributária. **Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal**, nº 01, 2000, p.57-71.

Submetido em: 22 abr. 2017. Aceito em: 23 fev. 2018.



PROVAS ILÍCITAS: O DIREITO COMPARADO E O STF

*Leila Maria Bijos**

*José de Lima Ramos Pereira***

Resumo

O presente estudo possui objetivo examinar a admissibilidade da prova ilícita no Direito Processual Civil em face ao comando constitucional do inciso LVI do artigo 5º, que estabelece o princípio da proibição da admissão das provas obtidas por meio ilícito. Utiliza o método dedutivo ao analisar as posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes a partir de premissas gerais no alcance da conclusão. Realiza, inicialmente, uma abordagem do sistema de valoração da prova frente ao novo CPC, com o entendimento de ser adotado, no Brasil, o da persuasão racional ou do convencimento racional motivado. A contribuição do presente artigo é a de demonstrar a posição do Supremo Tribunal Federal (STF), de uma evidenciada visão restritiva e radical quanto à inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, com a demonstração de ser necessário o abrandamento desse entendimento com a equidade, no exercício da importante função de amenizar o rigor do texto, por meio da proporcionalidade, como princípio constitucional implícito. Firma a subsistência da colisão de princípios e de direitos fundamentais, quando manifesta a solução mais viável de prevalência do direito/princípio mais valoroso e de maior peso, com um destaque da hierarquia do interesse público sobre o coletivo e o individual, e daquele sobre este, bem como, do direito à vida e à dignidade da pessoa humana sobre os demais princípios, igualmente previstos na ordem constitucional. E apresenta, por fim, uma análise do direito comparado, com um enfoque das posições existentes sobre o tema na Alemanha, na Espanha, na França, na Itália, em Portugal, na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Palavras-chave

Provas ilícitas. Posição do STF. Conflitos de interesses. Juízo de ponderação. Direito comparado.

ILLICIT PROOFS: THE COMPARATIVE LAW AND STF

Abstract

The purpose of this study is to examine the admissibility of unlawful evidence in Civil Procedural Law in the face of the constitutional command of article 5, item LVI, which establishes

* Doctor of Philosophy (PhD) in Sociology and Criminology, pela Saint Mary's University, Canadá. Professorado Mestrado Stricto Sensu em Direito, Universidade Católica de Brasília. E-mail: leilabijos@gmail.com

** Professor de Direito Processual Civil e de Direito do Trabalho. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB/DF). Especialista em Direito Processual Civil – *Lato Sensu* pela Universidade Federal do RN (UFRN). Procurador Regional do Trabalho da PRT 21ª Região (designado como membro titular da 2ª Subcâmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho). E-mail: jose.lima@mpt.mp.br.

the principle of prohibiting the admission of evidence obtained through an unlawful means. It uses the deductive method when analyzing existing doctrinal and jurisprudential positions based on general assumptions in reaching the conclusion. Initially, it takes an approach of the system of valuation of the proof against the new CPC, with the understanding of being adopted, in Brazil, the one of the rational persuasion or the rational convinced rational. The contribution of this article is to demonstrate the position of the Federal Court of Justice (STF), an evident restrictive and radical view regarding the inadmissibility of evidence obtained by means of illicit rules, demonstrating that it is necessary to reduce this understanding with equity in the exercise of the important function to soften the rigor of the text, through proportionality, as an implicit constitutional principle. It signs the subsistence of the collision of principles and fundamental rights, when it manifests the most viable solution to the prevalence of the most valuable and weightier law/principle, with a prominence of the hierarchy of public interest over the collective and the individual, and of that over this. As well as the right to life and dignity of the human persons over the other principles, also provided for in the constitutional order. Finally, it presents an analysis of the comparative law, with a focus on existing positions on the subject in Germany, Spain, France, Italy, Portugal, England and the United States.

Keywords

Unlawful evidence. Federal Court of Justice position. Conflicts of interest. Weighing Judgment. Comparative Law.

1. INTRODUÇÃO

O direito se origina dos fatos (*ex facto ius oritur*), e em vista disso, autor e réu, quando na movimentação processual, são compelidos a apresentar ao julgador os fatos justificadores de suas pretensões, para que, de seu exame, possa haver a sua correta adequação ao direito objetivo vigente, com o oferecimento da solução da demanda através da decisão judicial.

Para declarar a procedência e a improcedência do pedido, o juiz examina a questão em dois aspectos: o direito e o fato, em um silogismo perfeito (raciocínio silogístico), em que a premissa maior consiste na norma jurídica; a premissa menor, no fato concreto, para decorrer em uma conclusão, consistente na decisão do juiz, com uma transformação do que era hipotético em real.

No plano prático do processo, revela-se de maior importância às partes apresentarem as provas dos fatos alegados, posto que alegar e não provar é quase não alegar, além do que apenas o que está nos autos pode auxiliar em descortinar a verdade, com a prova sendo de fundamental importância no processo.

Ganha impulso o presente estudo em analisar o instituto jurídico da prova, no processo civil, a partir do sistema de valoração da prova e o novo CPC, a fim de verificar qual possui melhor incidência no ordenamento jurídico pátrio, com realce para o da persuasão racional (livre convencimento motivado ou o atual convencimento racional motivado), com o registro do dispositivo legal que o estabelece. O objetivo central do trabalho é analisado com o enfoque nas provas ilícitas no processo civil, sendo observada a posição do STF

e a aplicação e regramento no direito comparado, com o estudo da admissibilidade da prova ilícita em países como Alemanha, Espanha, França, Itália, Portugal Inglaterra e Estados Unidos.

2. SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

Como a prova possui a finalidade de formação do convencimento do juiz sobre os fatos controvertidos e relevantes do processo, e tais fatos serão apresentados pelos diversos meios de prova, cabe ao julgador realizar um trabalho de avaliação das mesmas.

O valor a ser atribuído à prova, não pode ficar ao arbítrio do juiz, e por isso, existem métodos ou sistemas valorativos da prova, conforme Humberto Theodoro Júnior, sendo em número de três, os conhecidos na história do direito processual: o critério legal; o da livre convicção; e o da persuasão racional (SANTOS, 1973, p. 370).

Passa-se, a seguir, ao estudo dos métodos citados.

2.1. O critério legal (da prova legal)

Originado do direito romano, em que o juiz é quase um autômato aferindo as provas seguindo uma hierarquia legal com resultado automático. O processo produzia apenas uma verdade formal, sendo prevalente na época das ordálias e dos juramentos, no qual “cada prova tem o seu peso e seu valor, ficando o juiz vinculado dosimetricamente às provas apresentadas, cabendo-lhe, apenas, computar o que foi apresentado” (SANTOS, 1973, p. 370).

Há resquícios deste sistema no direito vigente. Como diz Ovídio Bapista da Silva (1988):

No sistema do nosso Código de Processo Civil há importantes sequelas do sistema de prova legal. Todas as restrições opostas pelo Código quanto ao depoimento de menores, ou de pessoas que a lei considera suspeitas ou impedidas de depor, têm origem no princípio medieval da prova tarifada (vide art. 405 do CPC). A limitação mais severa, contudo, ao princípio do livre convencimento judicial, em matéria probatória, afigura-se-nos, sem dúvida, a disposição constante no art. 319 do Código, segundo a qual a revelia importa em terem-se por verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (MOACYR AMARAL SANTOS, Prova judiciária, vol. I, § 240; PONTES DE MIRANDA, Comentários, 1973, tomo IV/181).

Sobre prova legal, importante lembrar que o artigo 406 do Código de Processo Civil de 2015, expressa que se lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, “nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode

suprir-lhe a falta", ou seja, o julgador deverá aceitá-la, como por exemplo, o estado civil de casado que somente se prova mediante certidão do cartório do registro civil competente.

2.2. O da livre convicção (livre apreciação ou convicção íntima)

Do direito germânico, constituindo no oposto do sistema do critério legal em que prevalece a íntima convicção do juiz, baseada até mesmo em suas impressões pessoais, permitindo, inclusive, o convencimento extra autos e contrário às provas das partes, além de não exigir a fundamentação de seu convencimento, e como ainda analisado por Ovídio Baptista da Silva (1988):

Segundo este princípio, não deverá haver qualquer limitação quanto aos meios de prova de que o juiz se possa valer, nem restrições especiais quanto à origem ou qualidade de certas provas. O que define, contudo, é sua oposição ao sistema da prova legal, na medida em que libera o juiz de qualquer obediência a regras legais prévias atinentes ao valor e à credibilidade dos meios de prova.

Esse sistema apresenta o pior vício: o desprezo ao contraditório, e por isso mesmo, não havendo guarida nos tempos atuais para a sua aplicação. "Decide por convicção íntima ou livre apreciação pura o Tribunal do Júri, no Processo Penal. Os jurados nem fundamentam as razões de seu convencimento, e não importa como formaram sua convicção" (GRECO FILHO, 1987).

Não se vislumbra hipótese de sua incidência no Código de Processo Civil, até porque a própria Constituição Federal exige a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, nos termos do artigo 93, IX (GRECO FILHO, 1987, p. 198).

2.3. O da persuasão racional (livre convencimento motivado) ou do convencimento racional motivado

Originado do direito napoleônico, em que o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica com base nos elementos de convicção existentes no processo e devidamente motivado. É um sistema híbrido, intermediário, que mistura elementos dos dois outros apresentados: de um lado, o juiz possui a liberdade do convencimento; pelo outro, restam impostas regras lógicas com a necessidade de valorar as provas, sempre com necessária motivação de sua decisão.

O sistema de persuasão racional possui vantagens frente aos demais: com relação ao do critério legal, exige do juiz uma independência de apreciação e uma capacidade e um tirocínio intelectual e cultural mais apurados;

frente ao do livre convencimento, o fato de necessitar fundamentar a sua validação, tem-se uma garantia contra o arbítrio.

Propicia-se ao julgador, uma liberdade na apreciação da prova (e não uma arbitrariedade), formando o seu convencimento segundo a sua consciência (CAVALIERI, 2018, p. 3), mas sempre observando os elementos constantes do conjunto fático-probatório dos autos, do qual não poderá perder de vista, sempre motivando toda a sua convicção.

O Código de Processo Civil de 1973 adotava o sistema da persuasão racional por intermédio dos art. 131¹, indo ao encontro do melhor sistema e da corrente moderna.

Com razão Ovídio Baptista da Silva quando diz que:

Como se vê, a inclinação do legislador por um ou outro sistema está mais ou menos ligada à maior ou menor confiança que a sociedade tenha em seus juízes, assim como na credibilidade da instituição do Poder Judiciário; no preparo cultural dos magistrados e no maior ou menor rigor de sua formação profissional. O sistema de persuasão racional, por certo o que mais condiz com os princípios da cultura ocidental moderna, exige magistrados altamente capazes e moralmente qualificados, enquanto o velho princípio da dosimetria legal das provas pode funcionar razoavelmente bem ainda que seus juízes se ressentam de maiores deficiências culturais².

Representa um sistema intermediário entre o do critério legal e o da livre convicção, uma vez que “ao mesmo tempo que mantém a liberdade de apreciação, vincula o convencimento do juiz ao material probatório constante dos autos, obrigando, também, o magistrado a fundamentar sua decisão” (GRECO FILHO, 1987, p. 197).

Fundamentando a sua decisão, o juiz proporciona que as partes possam conferir a construção de seu raciocínio e os motivos de seu convencimento.

O CPC de 2015 trata esse princípio em dois momentos que se complementam: no art. 369, *in fine*, e no artigo 371³. No primeiro artigo, há a indicação de que as partes possuem o direito de empregar todos os meios legais, ainda como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos com o objetivo

¹ “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

² Curso de Processo Civil, p. 352.

³ “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

de influir na convicção do julgador. No segundo artigo, há a previsão de que o julgador ao apreciar as provas dos autos, deverá indicar as razões da formação do seu convencimento, expressamente, na sua decisão.

O juiz não se desvincula da prova (DWORKIN, 2011, p. 232) , e deve apreciar o que consta nos autos (art. 371, 1^a parte, CPC 2015), decidindo com base nos elementos do processo, de maneira crítica e racional, não podendo ser arbitrária (CINTRA et. al., 1988, p. 68), “o que não está nos autos não está no mundo” (*quod non est in actis non est in mundo*)⁴, é tanto assim, que mesmo ocorrendo a revelia, que tem por efeito a presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor, o juiz não poderá afastar-se da prova dos autos eis que os efeitos da revelia considerados no art. 344 do CPC 2015 não serão produzidos se estiverem em conflito com a prova dos autos nos termos do art. 345, inciso IV, *in fine*, do CPC 2015⁵.

Pode-se dizer que o CPC de 2015 ao excluir a expressão “livremente” teve a pretensão de vincular o julgador às provas nos autos, de forma mais direta e cogente, mas, na realidade, essa necessidade de atendimento aos limites do que as partes trazem para o processo, já existia, e, na prática, nada muda, mas a melhor denominação para o referido princípio deve ser o de persuasão racional ou de convencimento racional do juiz.

3. PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL E A POSIÇÃO DO STF

A tendência moderna do Direito Processual Civil consiste em favorecer o descobrimento da verdade única (SOTO, 2006, p. 9). Nesse diapasão, apontam as denominadas provas ilícitas, que são aquelas obtidas com violação ao direito material, e as provas ilegítimas, que, na sua obtenção, vulnera-se o direito processual, ambas as espécies do gênero provas ilegais.

A Constituição Federal traz restrições para a aceitabilidade de certas provas, no seu artigo 5º, inciso LVI, ao dizer que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Como já dito anteriormente, não há uma posição pacificada quanto à classificação das provas que são adquiridas com ofensa ao direito: melindrando direito material, tem-se como provas

⁴ Como ilustra CIBELE PINHEIRO MARÇAL TUCCI, esse princípio foi “consolidado no início do século XII (1216), pela famosa Decreto do Papa Inocêncio III, que acabou por suprimir alguns resquícios de imediação do juiz com as partes, que haviam persistido durante o processo *justi-nianeu*”. *Processo Civil*, p. 47.

⁵ “Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”. “Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: (...) IV – as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos”.

ilícitas, materialmente ilícitas e provas ilegais ou ilícitas extrínsecas; ferindo direito processual, são provas ilegítimas, formalmente ilícitas e provas ilegais ou ilícitas intrínsecas.

Se para o alcance das provas houver violação de direito processual ou material, o ordenamento constitucional vigente não as entende como admisíveis para o processo por serem consideradas ilegais, sejam ilícitas ou ilegítimas.

Essa posição legal deve sofrer a incidência do princípio da equidade a fim de amenizar o rigor excessivo da norma, para que possam ser consideradas válidas as provas, ainda que ilícitas ou ilegítimas, dependendo das questões em debate.

Geralmente, existem, pelo menos, dois direitos a serem tutelados, reclamando a adoção de um verdadeiro *balanceamento de valores*, com um prevalecendo sobre o outro, e nessa operação é que reside, imprescindível, a incidência do princípio da proporcionalidade, conforme prevê Luiz Guilherme Marconi:

Há casos, como o referido, em que estão contrapostos dois direitos dignos de tutela, e é nesse sentido que se fala em balanceamento dos valores em jogo [...]. Para que o juiz possa concluir se é justificável o uso da prova, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em jogo, já que os bens têm pesos que variam de acordo com as diferentes situações concretas. O princípio da proporcionalidade, como já foi dito, exige uma ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação⁶.

A aplicação seria da corrente intermediária em que a prova ilícita teria admissão conforme os valores morais e jurídicos em jogo, presente a relevância do direito, envolvendo questões de alta carga valorativa.

O Excelso Pretório, em sede de processo penal, aceita esse critério, admite a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, apenas com a finalidade de defesa de liberdades públicas fundamentais, e afasta a ilicitude da prova diante da presença de causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência, e como relata Alexandre de Moraes, “aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiras pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e comercial perante o Estado” (MORAES, 2002, p. 381/382), senão veja-se:

⁶ Novas Linhas do Processo Civil, p. 155.

Na jurisprudência pátria, somente se aplica o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude (RJTJSP 138/526) ou em prol do princípio da inocência⁷.

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista⁸.

Alexandre de Moraes expõe que a situação não é de considerar sequer a ilicitude dessas provas, posto que significou uma reação à atitude dos infratores, na tentativa de pura legítima defesa (MORAES, 2002, 382):

Não se trata do acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e, consequentemente, em desrespeito ao art. 5º, LVI, da Constituição Federal. O que ocorreu na hipótese é a ausência de ilicitude dessa prova, uma vez que aqueles que a produziram agiram em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas ilícitas. Assim agindo – em legítima defesa -, a ilicitude na coleta da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do art. 5º, da Carta Magna.

O STF restringe, de forma crescente, o uso da prova ilícita, com interpretação e aplicação literal do referido dispositivo constitucional, a ponto de considerar prova ilícita, fotos que comprovariam a prática do delito do artigo 241 do ECA (“fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”), eis que furtadas de um consultório odontológico de um cofre pertencente ao réu, conforme sevê:

Prova ilícita. Material fotográfico que comprovaria a prática delituosa (Lei nº 8.069/90, art. 241). Fotos que foram furtadas do consultório profissional do réu e que, entregues à Polícia pelo autor do furto, foram utilizadas contra o acusado, para incriminá-lo. Inadmissibilidade (CF, art. 5º, LVI) (...) Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal[...]⁹.

⁷ HC nº 74.678/DF, STF – 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, *Informativo STF*, nº 75 (In: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, p.382).

⁸ HC nº 75.338/RJ, STF – Pleno., Rel. Min. Nelson Jobim, j. 11. Março.1998. *Informativo STF*, nº 102 (In: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, p.383).

⁹ Rextr. Nº 251.445-4/GO, STF, Rel. Min. Celso de Mello, despacho (In: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, p.374).

Não se pode vislumbrar acerto nessa decisão, uma vez que o fato criminoso que se pretendia demonstrar (a prática de abuso sexual contra criança ou adolescente), repousa em maior gravidade do que o fato imputado para considerar ilícitas as fotos (o furto do material fotográfico), sendo mais nocivo aquele do que este (RAMIRES, 2002, p. 78).

A discussão reside na seara do que a doutrina denomina de *colisão de princípios*¹⁰ ou de *colisão de direitos*, e como explicita Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonçalves Branco, tem-se essa colisão “entre direitos individuais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. A colisão pode ocorrer, igualmente, de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade” (MENDES et. al., 2000, p. 280).

Pelos citados autores, dois tipos existem de colisão de direitos: em sentido estrito, que envolve direitos fundamentais idênticos, como por exemplo, a decisão de atirar no sequestrador para proteger a vida do refém, ou direitos fundamentais diversos, como por exemplo, a colisão entre a liberdade de imprensa com o direito à intimidade; e em sentido amplo, que abrange direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade., v.g., o conflito entre o direito de propriedade e a defesa de um meio ambiente equilibrado (MENDES et. al., 2000, p. 281-282).

A Constituição Federal não privilegiou, de forma específica, determinado direito ao fixar as cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º), mas “não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III). Devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade)” (MENDES et. al., 2000, p. 299).

É o que a doutrina chama de “interesse preponderante”, aplicado no direito alemão, em que se aceita o uso de provas obtidas por meios ilegítimos, desde que seja a única opção¹¹, sendo válidas as observações efetuadas por Ovídio Baptista da Silva, de que “a solução contra a ilicitude praticada pela parte não deve ser a proibição de que ela faça uso da prova assim obtida, mas

¹⁰ Consigna PAULO BONAVIDES, a respeito da colisão de princípios, que “com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar [...] Com isso – afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo – se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera”. (Op. cit., p. 251).

¹¹ Cf. SILVA, Ovídio Baptista da Silva. Op. cit., p. 358.

sua sujeição ao correspondente processo criminal para punição pela prática do ilícito cometido na obtenção da prova (SILVA, 1997, p. 358).

Ao ocorrer colisão de direitos fundamentais, *deve prevalecer, primeiramente, o direito à vida*, pois sem ela nada existe mais a ser vulnerado, logo após, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF)¹², já que não basta viver, mister se faz viver com dignidade, sempre não abrindo distância do razoável, é tanto verdade, “que o Supremo Tribunal Federal está a se utilizar, conscientemente, do princípio da proporcionalidade como ‘lei da ponderação’, rejeitando a intervenção que impõe ao atingido um ônus tolerável e desproporcional” (MENDES et. al., 2000, p. 307).

Outra forma de resolver essa colisão consiste em não perder de vista que o interesse público *deve prevalecer sobre o coletivo e o individual, e aquele sobre este*, não se olvidando que todo o direito, tal como todo o princípio, possui pesos e valores, a serem devidamente sopesados.

Na discussão sobre a decisão do STF de considerar ilícito o produto fotográfico furtado do consultório odontológico, ainda que incriminasse o réu no tipo penal do artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se a existência de um conflito de direitos: o do réu, de lhe ser assegurado o direito à inviolabilidade de seu domicílio (artigo 5º, XI); e o da criança ou adolescente, que possui o direito à dignidade como pessoa humana (artigo 1º, III), e o direito, com absoluta prioridade, à vida, à saúde, à educação, à dignidade, ao respeito e à liberdade, além de ter que estar a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (artigo 227, *caput*).

Não se pode concordar que o direito do réu pudesse prevalecer, não sendo sequer razoável ou proporcional, até porque no constatado choque axiológico, o maior peso ou valor, não resta dúvida, é o da proteção à criança ou adolescente, não se podendo aceitar que o acusado na sua defesa, alegue a ilicitude da prova pelo furto ocorrido em seu estabelecimento profissional, ainda mais quando se reconhece que tais fotos são incriminadoras.

Ora, se o STF convalida prova obtida por meio ilícito em legítima defesa das liberdades públicas fundamentais, igual ou maior motivo teria para aceitar material fotográfico furtado de um consultório médico, que expõe crime de abuso sexual contra menor. No máximo, ainda que não concorde, poder-se-ia apurar o crime de furto do agente, mas jamais, desconsiderar a validade dessa prova.

¹² Expressa ALEXANDRE DE MORAES que “a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar[...].” (*Constituição do Brasil interpretada*, p. 128-129).

Veja-se a hipótese trazida por Celso Ribeiro Bastos, de furto de correspondência para servir de prova absolutória, ou seja, um caso diametralmente oposto ao apresentado. Segundo o autor, a não-utilização desse produto de furto, “poderia levar alguém a responder por anos e anos de cadeia”. A ideia, com certeza, seria de privilegiar o direito à liberdade, de tamanha importância e relevância, e conclui que:

É por isto que sem embargo de o Texto Constitucional excluir do processo as provas obtidas por meios ilícitos, é nosso convencimento que alguns temperamentos se tornam impositivos em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e de sua prevalência segundo a valoração feita pela Constituição. Aliás, interpretação em sentido contrário deixaria de prestigiar o interesse social em que se faça justiça para encarecer tão-somente o direito individual encarnado em uma pessoa (BASTOS. 1989, p. 276).

A questão basilar está em saber se no processo civil pode haver o uso da prova ilícita (como também da ilegítima), e para isso, registe-se a lembrança de Ovídio Baptista da Silva:

Como observa DEVIS ECHANDIA (*Teoria general*, I/539), o processo civil não é um campo de batalha no qual fosse permitido a cada contendor o emprego de todos os meios úteis e capazes de conduzir ao triunfo sobre o “inimigo”; ao contrário, o processo civil é instrumento destinado a tornar efetiva a observância e aplicação da lei, de tal modo que seu emprego deve ser feito segundo padrões juridicamente válidos e legítimos, não sendo admissível que o magistrado – tanto no processo penal quanto no de outra natureza – se valha de expedientes e métodos ilegais, ou moralmente reprováveis, para assegurar o império da lei e do direito, movido pelo falso e universalmente recusado princípio de que “o fim justifica todos os meios”.

Então, não há falar em campo de batalha seja no processo penal seja no processo civil, a ponto de permitir tudo, inclusive provas que estimulem a prática da violência ou da fraude, por exemplo. Mas, por outro lado, deve ser estimulada a busca da verdade real, do que de fato ocorreu, e para tanto, mister se faz considerar a possibilidade de aproveitamento da prova ilícita no processo civil.

É bem certo que na aceitação dessas provas, deve haver a incidência do princípio da proporcionalidade, observando-se o que seja razoável, proporcional, necessário e adequado, ponderando-se com a análise dos choques de direitos e princípios, aquele mais relevante, de maior peso e valor.

A não aceitação das provas ilícitas no Brasil termina sendo mais rigorosa do que, por exemplo, nos Estados Unidos, de onde foi importada a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, uma vez que lá essa restrição, normalmente,

tem aplicação contra a autoridade pública, e não quanto a eventuais infratores particulares, e no terreno penal, sendo que “em feitos de outra natureza, a ilicitude da obtenção não impede a utilização da prova, salvo casos excepcionais, como o de processo destinado à imposição de sanção administrativa grave. O legislador constituinte brasileiro timbrou em ser mais realista que o próprio rei” (MOREIRA, 1997, p. 119).

Hipótese a ser estudada diz respeito à interceptação telefônica, como “captação de conversa telefônica feita por um terceiro, sem o conhecimento nem o consentimento dos partícipes da conversa” (NERY JÚNIOR et. al., 2002, p. 1557), em que a Lei nº 9296/96, prevê a sua aceitação como prova “em investigação criminal e em instrução processual penal”, conforme o seu artigo 1º, exigindo-se a autorização judicial.

O STF divide em dois momentos distintos a sua posição quanto à aceitação da interceptação telefônica como prova lícita ou ilícita: “é ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24-7-96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal [...]”¹³; após a regulamentação do dispositivo constitucional, passou a ser considerada prova lícita, desde que presentes os requisitos constitucionais e legais, inclusive a ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

No campo do Processo Civil, vem sendo entendido que a interceptação telefônica não resta admitida¹⁴, apenas que aquela efetuada, regularmente, no processo penal, pode ser naquele utilizada a título de prova emprestada, como asseveraram Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Trata-se de prova obtida licitamente, razão por que é eficaz no processo civil. O que a CF 5º, LVI veda é a eficácia da prova obtida ilicitamente. Como a prova, no processo penal, terá sido obtida licitamente, sua transposição para o processo civil, por intermédio do instituto da prova emprestada, não ofende o dispositivo constitucional que proíbe a prova obtida ilicitamente” (NERY JÚNIOR et. al., 2002, p. 1557).

Ainda na esfera processual civil, oportuno registrar que o artigo 422 do CPC de 2015¹⁵, apresenta a figura da “reprodução mecânica”, seja “fotográfica,

¹³ HC nº 74.116/SP, STF – 2ª T., Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 14.mar.1997, p. 6.903 (In: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, p.246).

¹⁴ Realçam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que “para fins civis, de produzir prova exclusivamente no processo civil, não se admite a interceptação telefônica”. (Op. cit. p. 1557).

¹⁵ “Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida”.

cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie", considerando essas manifestações de reprodução, como "prova dos fatos ou das coisas representadas", desde que a sua conformidade com o documento original não seja ""impugnada por aquele contra quem foi produzida".

O rol é exemplificativo, fotografia, filme cinematográfico e fonografia (reprodução gráfica de sons), e pode abranger outras espécies de reprodução mecânica¹⁶, e estas serão válidas como provas, desde que aquele contra quem se pretenda utilizá-las, admita a sua conformidade, isto é, reconheça a sua autenticidade, aceitando que as reproduções são verdadeiras, valendo dizer que o mesmo assume o ônus de "reconhecer ou impugnar a conformidade das reproduções mecânicas com as coisas ou os fatos reproduzidos" (SANTOS, 1994, p. 197).

Havendo a impugnação pela pessoa contra quem se produziu a prova, nem por isso "fica retirada a eficácia", de imediato, da reprodução apresentada, passando a incidir o parágrafo único, que transfere a apreciação da validade da prova para o exame pericial, a ser determinado de ofício pelo julgado (MIRANDA, 1996, p. 385).

A respeito dessa previsão legal, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery firmam o entendimento de que "a lei fala que qualquer reprodução mecânica é meio de prova. Não é bem assim. É meio de prova desde que tenha sido obtida por meios lícitos. Do contrário, haveria confronto direto com o que está estatuído na CF 5º LVI" (NERY JÚNIOR et. al., 2002, p. 722).

Exemplo de reprodução mecânica, a gravação clandestina de conversa feita através de fita magnética não se confunde com a interceptação telefônica, posto que aquela é a captação e gravação de conversa pessoal, ambiental ou telefônica, no momento da conversa por um dos interlocutores ou por terceiro com consentimento de um dos interlocutores, enquanto a interceptação, consiste na escuta telefônica sem que qualquer dos interlocutores tenham ciência.

O Excelso Pretório apresenta entendimento, por sua maioria, de que seria "ilícita a gravação de conversa telefônica produzida sem prévia ciência de um dos interlocutores por desrespeito à inviolabilidade da vida privada e intimidade"¹⁷, sendo que, em alguns julgamentos, como observado por Alexandre de Moraes, vem "admitindo a utilização da gravação clandestina de conversa telefônica, realizada somente com conhecimento prévio de um dos interlocutores" (MORAES, 2002, p. 375), sendo válido trazer a seguinte decisão:

¹⁶ O parágrafo primeiro do art. 422 do CPC de 2015, inclusive, estabelece que "As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia".

¹⁷ Ação Penal. nº 307-3/DF, STF - Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão – Serviço de Jurisprudência – Ementário STF, nº 1.804-11 (In: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, p.374).

Não se cuidando de interceptação de conversa telefônica de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravadas por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em Juízo, a teor do art. 383 do CPC, independendo a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte¹⁸.

Nesse particular, *a conduta mais acertada deveria ser a de utilizar o princípio da proporcionalidade em todas as esferas do campo probatório, quanto à admissibilidade ou não da prova carreada aos autos, em busca da verdade real, do “ser”, do que, efetivamente, ocorreu, ainda que em sede de processo civil, até mesmo como elemento de justiça e de efetividade do direito* (THOMPSEN, 2017, 16).

Aliás, que em relação ao próprio processo penal, pode-se ir mais distante, aceitando-se, inclusive, a interceptação telefônica ainda que sem a autorização judicial, desde que o direito em questão assim exija, pela sua relevância e valor, como por exemplo, em um hipotético caso em que se prova que o homicídio de toda uma família teria ocorrido a mando de um determinado indivíduo, líder de uma quadrilha envolvida com o narcotráfico, através de escuta e gravação de uma ligação telefônica do mesmo com um integrante do bando, sob pena de inocentar um evidenciado culpado, e que poderá multiplicar os seus atos criminosos.

A fórmula adotada pela Constituição Federal, de não se admitir as provas obtidas por meios ilícitos, seguiu uma linha radical de conduta, a ilicitude generalizada, sem levar em consideração os valores postos nos debates, ainda que relevantes, e aproxima muito, do que José Carlos Barbosa Moreira chama de “autêntico fantasma retardatário de um tipo de individualismo exasperadamente anti-social”, o que dificulta a “marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada” (MOREIRA, p. 123).

Olvidou-se de evidenciar uma realidade, qual seja, a constante presença de colisões de direitos, reputados como fundamentais, e de princípios, como bases formadoras do ordenamento jurídico NASCIMENTO, 2017, p. 4), quando, quase sempre, coloca em choque, a liberdade com a intimidade, a inviolabilidade do domicílio com a dignidade da pessoa humana, a liberdade de expressão e o direito à vida privada, dentre outros.

O juízo de ponderação, portanto, é a chave mestra da solução dessas situações, problemáticas por natureza, e deverá ser exercido de forma que o sacrifício de um direito seja imprescindível para a solução da problemática, de forma razoável, proporcional, adequada e necessária (ALVES, 2012, p. 5).

¹⁸ Agr. Nº 209.028-2, 2^a Câm. Do 2º TACivSP, Rel. Juiz Batista Lopes (In: PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*, p. 1494).

Por fim, a carga valorativa do direito a ser preservado deve ser pesada e levada em consideração frente ao direito preferido através de uma simples equação, em que o ônus do direito sacrificado não pode ser superior ao benefício provocado pela solução encontrada, o que torna, assim, possível de validação, as provas obtidas, ainda que por meios ilícitos.

4. AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO COMPARADO

4.1. Alemanha

A evolução constitucional alemã conferiu importância às concepções jusnaturalistas e aos valores humanos, com destaque na tutela do indivíduo e ênfase na dignidade do homem e no direito à livre formação da personalidade, o que afeta a predominância absoluta do interesse público sobre a busca da verdade, em prol do respeito aos direitos humanos.

A proibição aos maus tratos ou a sofrimentos físicos ou até mesmo a utilização de substâncias químicas e a violência moral, em geral, passou a ter uma dimensão muito maior para a obtenção de provas de forma a resguardar os direitos dos homens, inicialmente, no âmbito do processo penal, mas depois sendo estendido para o processo civil, e, em ambos, sendo abrangidos pela regra que proíbe a utilização em juízo de provas obtidas de forma proibida¹⁹.

Outra extensão também verificada no direito alemão foi a incidência da regra de proibição também a particulares e não apenas aos órgãos públicos, conforme entende Torquato Avolio ao citar decisão *Bundesgerichtshof* (entenda-se como uma equivalência ao Superior Tribunal de Justiça alemão) do ano de 1954, no sentido de que “O direito do homem à tutela de sua dignidade e ao livre desenvolvimento da própria personalidade deve ser respeitado por qualquer pessoa, mesmo pelos outros membros da sociedade” (AVOLIO, 2015, p. 56), e com essa abrangência definida, tem-se as premissas para valorização das provas ilícitas, seja em processo penal, seja em processo civil:

(...) reafirma-se a vinculação dos *grundrechte* às relações entre particulares e, ainda, reforçando a obrigação do juiz de empenhar-se

¹⁹ No sentir de Luiz Francisco Torquato Avolio: “O legislador, com surpreendente tempestividade, intervém já em 1950 para introduzir o ‘novo’ § 136, a, da *Strafprozessordnung*, [entenda-se como a Ordenança Processual Penal Alemã ou StPO] pela qual se excluem expressamente não só os maus tratos e a aplicação de sofrimentos físicos, como as substâncias aptas a alterar, reduzir ou oprimir a capacidade de entendimento e as faculdades mnemônicas do sujeito, como também toda forma de violência moral ou pressão dolosa realizada com expedientes inadmissíveis ou promessas de vantagens ilícitas. E essa proibição acrescenta-se, explicitamente, a de utilizar em juízo as provas obtidas de forma proibida (§136, a, 3º). O *Bundesgerichtshof* [entenda-se como uma equivalência ao Superior Tribunal de Justiça alemão] reporta-se ao valor supraordenado da dignidade humana para estender o âmbito de aplicação do §136, a, à proibição de utilização do *lie detector*”. (AVOLIO, 2015, p. 55/56).

pela sua imediata atuação, reconhece-se explicitamente a possibilidade de desumir proibições probatórias diretamente da Constituição, independentemente de uma prévia configuração sob o plano legislativo ordinário. Este o ponto de maior interesse numa perspectiva comparativa (AVOLIO, 2015, p. 56).

Nelson Nery Júnior, ao analisar o direito alemão, entende que devem ser impostas restrições à obtenção da prova no Processo Civil, com vistas ao respeito dos direitos personalíssimos e fundamentais do cidadão, até mesmo porque não mais possui vigência o princípio da busca da verdade real e cita alguns exemplos (NERY JÚNIOR et. al., 2002, p. 302/303):

Exemplo da invalidade da prova é sua obtenção mediante ofensa a um direito fundamental, garantido pela Constituição Federal (*Grundgesetz*), notadamente na GG 1º, 2. Outros exemplos de prova ilícita no direito alemão são dados pela doutrina e pela jurisprudência daquele país: a) a gravação de conversa telefônica sem o consentimento dos participes; b) a exibição de fotografia com ofensa a direitos gerais da personalidade; c) a leitura indevida de diário pessoal; d) o depoimento de alguém que observou, ilegalmente, o cônjuge réu em sua própria casa; e) o depoimento de uma testemunha sobre fatos que soube espreitando conversa privada em segredo.

Possui ênfase, no direito alemão, a aplicação da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) nas provas, na tentativa de abrandamento do princípio da proibição da prova obtida ilicitamente, com uma similitude entre os dois sistemas constitucionais (alemão e brasileiro), sendo essa incidência verificada ao serem “sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa...o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir mais além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado” (NERY JÚNIOR et. al., 2002, p. 303).

4.2. Espanha

A doutrina espanhola, em sua maioria, tem posição contrária à admissibilidade das provas obtidas ilegalmente, ao considerar que os meios de prova, quando ilícitos, não devem ser admitidos nos autos, mas se forem admitidos, não devem ser considerados para os fins da decisão judicial.

Segundo Torquato Avolio, citando Jacobo Lopez Barja de Quiroga, a moderna doutrina espanhola pugna pela inadmissibilidade da prova obtida ilegalmente, de forma bem abrangente, ou seja, não importa o momento processual de sua admissão ou incorporação no processo, a prova ilícita não deve ser admitida, bem como, independe do autor da violação, funcionário público ou particular, e também, se for em um processo civil ou em um processo penal (AVOLIO, 2015, p. 60/61).

A Constituição Federal Espanhola de 1978 (art. 24), prevê o direito fundamental à prova, limitando-o à defesa, mas o Supremo Tribunal Constitucional Espanhol em 1984, no RTC 114/1984, decidiu ser possível a utilização de gravação telefônica, realizada por um chefe, de uma conversa em que fora subordinado por um trabalhador subalterno, e isso levou à promulgação da Ley Orgânica Del Poder Judicial, de 1985 (art. 11.1), que estabeleceu “Não surtirão efeito as provas obtidas, direta ou indiretamente, violentando os direitos ou liberdades fundamentais”, e mais à frente, em 2000, à promulgação da Ley de Enjuiciamiento Civil Espanhola (arts. 283.3 e 287), que disciplinaram sobre as provas ilícitas, ao asseverar que “Nunca se admitirá como prova qualquer atividade proibida por lei” (TEIXEIRA, 2014, p. 126/128).

4.3. França

Existe a possibilidade de aplicação da doutrina da inadmissibilidade das provas ilícitas no Diploma Processual sobre as nulidades. O Código de Processo Francês (arts. 172 e 173), prevê a nulidade nos casos de violação aos direitos de defesa e deixa ao julgador, a definição e o alcance da nulidade, isso quanto à fase do processo

Aliás, o ato considerado anulado será excluído dos autos e impede o magistrado de extrair dessa prova nula, elemento de sua convicção, sob pena de prevaricação. Nem mesmo os próprios advogados das partes podem utilizar a prova ilícita, sob pena de sanções disciplinares (AVOLIO, 2015, p. 61).

4.4. Itália

A Constituição Italiana não prevê, de forma expressa, o direito fundamental à prova ou até mesmo a proibição das provas ilícitas. Implicitamente, na dicção do seu art. 24, pode-se extrair esse direito fundamental (TEIXEIRA, 2014, p. 134/135):

Todos podem agir em juízo para tutela de seus próprios direitos e interesses legítimos. A defesa inviolável em cada estado e grau de procedimento. São assegurados aos pobres, com as instituições necessárias, os meios para agirem e defenderem diante de cada jurisdição. A lei determina as condições e modos para reparações do erro judiciário.

O direito fundamental à prova resta encontrado exatamente na expressão “os meios para agirem e defenderem”, definido por Mauro Cappelletti, como a possibilidade de as partes “valer-se dos meios de prova reconhecidos pelo ordenamento e, ao o tempo, impedir o legislador de pôr obstáculos irrazoáveis à prova em juízo” (TEIXEIRA, 2014, p. 135).

Na sentença nº 175 de 02/12/1970, a Corte Constitucional Italiana entendeu que cabe ao juiz verificar se prova apresentada é proibida por lei, segundo a sua experiência. Já na sentença nº 34, de 06/04/1973, a Corte Constitucional Italiana julgou e deliberou que o juiz não pode utilizar prova contrária à Constituição Federal. Na Corte de Cassação, em Seção Conjunta (decisão nº 26795 de 28/03/2006), foi decidido não reconhecer de gravação de vídeo no interior do domicílio de alguém, sendo prova ilícita (TEIXEIRA, 2014, p. 135).

O Código de Processo Penal Italiano (art. 191) estabelece a proibição da prova ilícita, bem como, o Decreto Legislativo 196 de 2003 (arts. 160, inciso 6 e11, inciso 2), que trata da proteção de dados pessoais, reza que os dados pessoais que forem obtidos com violação a normas ali estabelecidas, não podem ser utilizados (TEIXEIRA, 2014, p. 136).

Lemos Teixeira expõe que existem 3 correntes sobre a aceitação das provas ilícitas na doutrina e na jurisprudência italiana: a) as provas ilícitas são admitidas; b) as provas ilícitas não são admitidas; c) as provas ilícitas podem ser admitidas. Como se vê, são correntes distintas, uma prevendo a admissibilidade absoluta da prova ilícita, outra, a inadmissibilidade absoluta da prova ilícita, e uma terceira, que entende pela admissibilidade relativa da prova ilícita (TEIXEIRA, 2014, p. 136).

4.5. Portugal

Tal qual na Alemanha, a Constituição da República Portuguesa (arts. 1º, 25, e 32:8), fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, considerando inviolável a integridade moral e física das pessoas, sendo nulas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações (AVOLIO, 2015, p. 61/62)

O Código de Processo Penal Português (art. 126) disciplina os métodos proibidos de prova, no mesmo sentido do que se encontra previsto na Constituição, tendo Torquato Avolio, inclusive, assegurado que a legislação de Portugal seria a que possui maior afinidade com a doutrina e a jurisprudência alemã, construindo um processo penal baseado na inadmissibilidade das provas ilícitas (AVOLIO, 2015, p. 61/62).

4.6. Inglaterra

Na Inglaterra existe um confronto entre a busca da verdade e o modelo adversarial, sendo este, no caso das provas, baseado na superação do conceito de verdade objetiva, substituindo-o, pelo conceito de prova dialética, ou prova como argumento, ou seja, a verdade formal.

As regras da exclusão das provas pertencem ao regime adversarial, com a garantia da concentração e da eficácia da audiência de julgamento, em que as fontes das provas diretas e pessoais podem ser questionadas e avaliadas em público (DEU, 2014, p. 29/30).

Segundo Armenta Deu, na Inglaterra existem 3 tipos de provas que podem ser excluídas do processo: a) *hearsay* (testemunho referido – a presença de testemunhas na audiência pública para a confrontação e o interrogatório); b) *bad character* (prova sobre o mau caráter – impede que se foque nos antecedentes do acusado para utilizar delitos similares como elemento incriminatório); e c) a prova ilegal (DEU, 2014, p. 30).

A doutrina inglesa tem uma postura mais de saneamento das provas, enquanto a jurisprudência da Inglaterra prioriza a confiabilidade da prova, inclusive, com a convalidação de algumas provas obtidas irregularmente, como, por exemplo, a confissão do réu depois que a polícia afirmou, falsamente, dispor de impressões digitais comprometedoras (R. vs. Mason, 1987, 3AllE.R., 481), bem como, a comprovação alcoométrica de ar inspirado, obtida mediante intimação (R. vs Delanay, 1988, e R. vs. Trump, 1979). Nesses casos, os agentes públicos podem até mesmo responder na corregedoria (nos casos citados, eram policiais), mas essa conduta irregular da polícia não autorizaria, por si só, a exclusão da prova (DEU, 2014, p. 31/32).

Em suma, a exclusão de provas obtidas irregularmente, não é regra na Inglaterra, e como sintetiza Teresa Armenta Deu (DEU, 2014, p. 32/33):

(...) poderia afirmar-se que a Inglaterra, como o resto dos países continentais europeus, moveu-se entre os extremos representados por defender a busca da verdade (Bentham e seus seguidores) em um extremo e, no outro, aqueles que excluem um amplo número de casos de tal busca, por afastar-se ou contrariar o modelo adversarial.

4.7. Estados Unidos

A matéria sobre provas ilícitas nos Estados Unidos, passa pela tutela dos direitos contidos em diversas Emendas: a IV, que trata sobre o direito a não sofrer buscas e apreensões indevidas; a V, que estabelece que a pessoa possui o direito a não declarar contra si mesmo; a VI, que exige o direito ser assistido por um advogado; e a XIV, que estabelece o direito ao devido processo legal. Na realidade, a proteção desses direitos termina em restringir a autoridade de agentes públicos sobre as pessoas (DEU, 2014, p. 33).

Funciona nos Estados Unidos, a chamada regra de exclusão (*exclusionary rule*), que, na verdade, não é considerada como uma regra legal, mas sim, uma norma jurisprudencial (*court-made rule*), aplicável ao processo penal, com

uma forte influência do princípio da razoabilidade. Segundo essa regra, os materiais de prova obtidos pela polícia e que violem os direitos processuais constitucionais previstos nas Emendas citadas, não poderão ser aportadas e valoradas pelo Juiz, seja em processos federais seja em processuais estaduais. A culpa ou a inocência do réu não pode depender da análise dessas provas (DEU, 2014, p. 35).

Em consequência dessa regra de exclusão, surgiu a proibição da admissão de provas derivadas de provas ilícitas, a conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), sendo que a primeira ocorrência foi no caso da empresa madeireira *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* (251 EUA 385), em que Frederick W. Silverthorne foi preso por suspeita de crimes federais, quando agentes federais realizaram, sem mandado, buscas nos escritórios da empresa, após a sua prisão, encontrando provas contra o réu. O governo norte-americano reconheceu a ilegalidade da busca e entendeu que devia devolver os documentos, mas que extraíria cópias para utilizá-los em futuras ações judiciais. A Suprema Corte decidiu que a prova encontrada, por ser ilícita, devia ser excluída do processo, e não mais utilizada no futuro (TEIXEIRA, 2014, p. 132/133).

A regra de exclusão influenciou também a legislação no processo civil norte-americano e de outros países. Em 1973, surgiu a *Federal Rules of Evidence* (lei federal das evidências), que dispôs em seu art. 402.que “toda prova relevante é admissível, salvo disposição em contrário da Constituição dos Estados Unidos, de lei federal, por estas regras ou por outras regras prescritas pela Suprema Corte. A prova irrelevante não é admissível”. Vale observar que os Estados possuem, de igual forma, as suas regras de Evidência.

No âmbito do processo civil, o instituto da proibição do uso de prova ilícita é denominado de *inadmissible evidence* (evidência inadmissível), e cumple observar que a prova ilícita no processo civil norte-americano, segundo José Carlos Barbosa Moreira, citado por Wendel de Brito Lemos Teixeira, “quase sempre é admitida, salvo em casos excepcionais” (TEIXEIRA, 2014, p. 133/134).

O excesso de utilização da regra de exceção levou a Suprema Corte norte-americana a restringir a sua utilização, e a partir da década de 80, com o caso *United States vs. Leon* (468 EUA 897 – 1984), o referido colegiado entendeu que a boa-fé excluía a possibilidade de se utilizar a regra de exclusão, com a manutenção da prova nos autos. Observe-se que os policiais federais realizaram busca com mandado na casa de Alberto A. Leon, sendo encontrada grande quantidade de drogas. Com a invalidade futura do mandado, o Tribunal da Califórnia utilizou-se da regra de exclusão e anulou as provas. Após a Suprema Corte, em grau de recurso, afastou a aplicação da regra de exclusão por entender que os policiais agiram de boa-fé (TEIXEIRA, 2014, p. 131-132).

Verifica-se que existe uma tendência de restrição do uso da regra de exclusão, principalmente nos Estados Unidos, e com isso, contempla-se uma perspectiva de atenuação, e mantém a sua aplicação para casos extraordinários nos quais os agentes públicos possam ter atuado de forma dolosa ou intencional, como bem conclui Armenta Deu:

(...) a tendência do país que opera como paradigma mundial em matéria de prova ilícita, caminha na direção da eliminação da prática da regra de exclusão, ou ao menos relega sua aplicação a circunstâncias cada vez mais excepcionais, substituindo seu marco de proteção pela adoção de remédios de natureza civil (DEU, 2014, p. 175).

Conclui-se que há uma tendência no Direito Comparado em se aproximar os sistemas jurídicos da *civil law* e da *commom law*, com alguns pontos convergentes, como define Lemos Teixeira:

Tendência a não disciplinar a proibição, ou não, de prova ilícita no âmbito constitucional, deixando a matéria para o âmbito infraconstitucional, ou para análise do magistrado no caso concreto. Dos países estudados (Alemanha, Estados Unidos, Itália e Brasil), somente o Brasil prevê a proibição ilícita no âmbito constitucional, tendo os demais países versados sobre a matéria apenas em âmbito infraconstitucional (Espanha), ou no caso concreto (Alemanha, Estados Unidos e Itália);

- a) Tendência a não utilizar regras estanques de proibição, ou não, de prova ilícita (...);
- b) Tendência a prever a admissibilidade, ou não, da prova ilícita apenas no caso concreto;
- c) Tendência à utilização da proporcionalidade (nos países da *civil law*) e razoabilidade (nos países da *commom law*) como mecanismo para a aferição da admissibilidade, ou não, da prova ilícita no caso concreto (TEIXEIRA, 2014, p. 136/137).

Essas tendências possuem relevância como comparativo com o que propõe o comando constitucional brasileiro em face da proibição do uso das provas ilícitas e torna-se fácil verificar que o Brasil adotou uma política muito restritiva, em que se fragiliza a prova considerada ilícita, independe do direito a que se refere, o que mereceu uma amenidade por parte da jurisprudência e da doutrina, ao aplicar o princípio da proporcionalidade e o juízo de ponderação, nas hipóteses de conflito de princípios e de direitos.

E isso pode ser verificado, quando em alguns lugares a prova ilícita resta admitida, total ou parcialmente, ou encontra-se com um potencial de aproveitamento, conforme o caso concreto, além da possibilidade de incidência dos princípios da proporcionalidade e/ou da razoabilidade.

5. CONCLUSÃO

O direito é originado dos fatos e esses devem ser demonstrados no processo para o fim de formar o convencimento do julgador na distribuição da justiça, e solucionar os conflitos de interesses, ao emergir com a importância das provas como instrumentos de efetividade do direito e de realização da justiça e identificar o sistema de valoração das provas adotado no novo CPC.

Assume papel de relevo, o artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna, quando proíbe a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, tendo o STF posição contrária à admissibilidade da prova ilícita no ordenamento jurídico pátrio, por entendê-la despida de qualquer idoneidade jurídica, sem poder influenciar na convicção do julgador, ainda que em detrimento da verdade, mas em prol de um processo justo, com o respeito aos direitos e às garantias fundamentais da pessoa humana, ao adotar a teoria dos frutos da árvore envenenada em nosso sistema jurídico, ainda que, por maioria.

O princípio da proporcionalidade, nascido com a ideia limitadora do poder, no século XVIII, constitui em uma garantia da liberdade individual das ingerências administrativas, com reflexos nas áreas administrativa e penal, com foro constitucional, sendo decomposto em três elementos ou subprincípios: no princípio da conformidade ou adequação de meios (se a medida é apropriada e apta para atingimento dos fins a que se destina); no princípio da exigibilidade ou da necessidade (imprescindibilidade da medida para a conservação do direito); e no princípio da proporcionalidade em sentido restrito (se o meio adotado guarda razoável proporção com a finalidade perseguida).

A relação entre o princípio da proporcionalidade e a prova, reside no fato de que aquele tempera o princípio da proibição da prova ilícita, sendo que o STF limita a sua aplicação no campo do processo penal, e mesmo assim, se houver benefício para o réu, em legítima defesa das liberdades públicas fundamentais.

Cada prova possui o seu valor específico e deverá sofrer a análise do julgador, com atribuição respectiva de valor. Existem sistemas processuais de valoração: o critério legal (o juiz é quase um autômato aferindo as provas seguindo uma hierarquia legal com resultado automático); o da livre convicção (prevalece a íntima convicção do juiz, baseada até mesmo em suas impressões pessoais, permitindo, inclusive, o convencimento extra autos e contrário às provas das partes, além de não exigir a fundamentação de seu convencimento); e o da persuasão racional.

O sistema praticado no Brasil é o da persuasão racional ou do convencimento racional motivado, em que o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica com base nos elementos de convicção existentes no processo e devidamente motivado, mas sempre tendo o juiz um limite nas provas constantes dos autos e nos pedidos apresentados por autor e réu.

Com a Constituição Federal, passou-se a adotar, no Brasil, uma visão restritiva no tocante à admissibilidade de provas ilícitas (devendo ser entendido também quanto às provas ilegítimas), não as considerando como suficientes para demonstrar fatos ocorridos, ainda que criminosos, conforme leitura do artigo 5º, inciso LVI, pensamento este, que deve sofrer mitigação através da equidade, para amenizar o rigorismo excessivo da lei e considerar a validade dessas provas, conforme as questões em debate.

A hipótese, portanto, atrai a existência de colisão de princípios e de direitos fundamentais, o que reclama o balanceamento de valores e de pesos, a fim de descobrir qual o que deve prevalecer, por uma operação com base no princípio da proporcionalidade, com a aplicação da corrente intermediária em que a prova ilícita teria admissão conforme os valores morais e jurídicos em jogo, presente a relevância do direito, com questões de alta carga valorativa.

Nesse contexto, o STF vem admitindo a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, apenas com a finalidade de defesa de liberdades públicas fundamentais, com o afastamento da ilicitude da prova diante da presença de causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência, como é o caso do seu uso em legítima defesa.

No processo civil deve ser possível a utilização da prova ilícita ou ilegítima, desde que não se estimule a prática da violência ou da fraude, mas com o favorecimento da busca da verdade real, e incide o princípio da proporcionalidade, com a observação do que seja razoável, proporcional, necessário e adequado, e a ponderação da análise dos choques de direitos e princípios, com a escolha daquele mais relevante, de maior peso e valor.

Ainda no processo civil, o artigo 422 do CPC de 2015, permite a prova feita por reprodução mecânica, fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, desde que aquele contra quem foi produzida a prova, admita a sua conformidade, não apresentando impugnação. Com essa previsão, a jurisprudência traz decisões conflitantes: umas, com a admissão da gravação, desde que mera reprodução de conversa mantida, gravada por um dos interlocutores, sem atrair a interceptação telefônica ou outro meio considerado ilegal; outras, como a do STF, que apresenta entendimento de ilicitude da gravação sem o consentimento do outro participante da conversa por desrespeito da inviolabilidade da vida privada e da intimidade.

Deve ser inserida como melhor proposta de solução para essas colisões, a aplicação do princípio da proporcionalidade seja no campo processual civil seja no processual penal, sempre em busca da verdade real, como elemento de justiça e de efetividade do direito. Registre-se que, em relação ao próprio processo penal, pode-se ir mais distante, com a aceitação, inclusive, da interceptação telefônica, ainda que sem autorização judicial, desde que o direito em questão assim o exija, pela sua relevância e valor.

O juízo de ponderação, portanto, consiste na fórmula mais acertada para fazer encerrar as questões dessa estirpe, fazendo-se gravitar na órbita da proporcionalidade, a equação do problema, e utiliza a razoabilidade, a adequação, e a necessidade, para o fito de oferecer o peso e o valor imprescindíveis dos direitos em debate, com a prevalência do mais valoroso e relevante, como pura expressão social, na busca da certeza, da sensatez, da coerência, da justiça, em suma, da real verdade.

As provas ilícitas possuem diferente enfoque no direito comparado, guardando algumas similitudes.

O excesso de utilização da regra de exceção levou a Suprema Corte norte-americana a restringir a sua utilização, a partir da década de 80, existindo uma tendência de restrição do uso da regra de exclusão, principalmente nos Estados Unidos, e com isso, contempla-se uma perspectiva de atenuação, deixando a sua aplicação para casos extraordinários nos quais os agentes públicos possam ter atuado de forma dolosa ou intencional.

Há uma tendência no Direito Comparado em se aproximar os sistemas jurídicos da *civil law* e da *commom law*, com alguns pontos convergentes. Essa tendência possui relevância como comparativo com o que propõe o comando constitucional brasileiro em face da proibição do uso das provas ilícitas e torna-se fácil verificar que o Brasil adotou uma política muito restritiva, em que se fragiliza a prova considerada ilícita, independe do direito a que se refere, o que mereceu uma amenidade por parte da jurisprudência e da doutrina, ao aplicar o princípio da proporcionalidade e o juízo de ponderação, nas hipóteses de conflito de princípios e de direitos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cristiane Paglione. Das provas obtidas por meios ilícitos em sede de processo civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em 17 de março de 2018.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas** – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. v.2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**, Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. In: **GENESIS: Revista de Direito Processual Civil**. ano 4. n.12. abr./jun. Curitiba: 1959. p.226-243

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CARPES, Artur Thomsen. **Ônus da Prova no Novo CPC. Do Estático ao Dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAVALIERI, Davi Valdetaro Gomes. *A Admissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal*. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 17 março 2018. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/>.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v.3. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

A CONSTITUIÇÃO na visão dos tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Gabinete da Revista. São Paulo: Saraiva, 1997.

DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita** – um estudo comparado. Tradução: Nereu José Giacomelli. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços** (trad. Pedro Elói Duarte). Coimbra: Edições Almedina, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**: atos processuais a recursos e processos nos tribunais. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**: tomo 4 (arts. 282-443) 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. Coleção Temas Jurídicos, v.3. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (sexta série). São Paulo: Saraiva, 1997.

NASCIMENTO, Cynthia Karla Araujo do. A evolução da prova ilícita no direito processual penal brasileiro e a sua possível admissibilidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 162, jul 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19223. Acesso em 17 de março de 2018.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**: atualizado até 15.03.2002. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULA, Alexandre de. **Código de processo civil anotado**. 6º ed., vol.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao código de processo civil**: lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio A Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 4.ed., vol. 1. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

SILVA, OVÍDIO A Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOTO, Leila Mirian Pinheiro. **A Prova Ilícita no Processo Civil: possibilidades de admissão**. Salvador: Universidade Salvador, UNIFACS, 2006.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos Teixeira, **A prova ilícita no processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 37.ed., vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Processo civil: evolução 20 anos de vigência**. São Paulo: Saraiva, 1995.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Submetido em: 20 jun. 2017. Aceito em: 21 mar. 2018.



O USO DE PADRÃO DECISIONAL *EXTRAJURÍDICO* PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E A TENTATIVA DE DEMONSTRAÇÃO DE UMA *RAZÃO JURÍDICA SUFICIENTE* NO CASO DO JULGAMENTO DA “DESAPOSENTAÇÃO”

*Sandro Lucio Dezan**

*Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha***

Resumo

O presente texto aborda a temática da relação entre o direito positivo e a moral e busca, pelo método hipotético deductivo, uma possível compreensão teórica da provável razão jurídica que possa ser extraída dos motivos que justificaram a decisão formulada no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 pelo Supremo Tribunal Federal – STF, sobre o tema que se denominou de “desaposentação”. Com o aporte de conceitos da hermenêutica e da argumentação jurídica, a investigação concluirá tratar-se de julgado firmado em uma ética consequencialista, que tende a demonstrar uma forma de racionalidade extrametódica das decisões da Corte.

Palavras-chave

Hermenêutica e argumentação jurídicas; Razão e métodos de decisão no Supremo Tribunal Federal; Normas jurídicas e valores; Ativismo judicial.

THE USE OF A PATTERN OF EXTRAJURIDICAL DECISION BY THE SUPREME FEDERAL COURT AND THE ATTEMPT TO DEMONSTRATE A SUFFICIENT LEGAL REASON IN THE CASE OF THE JUDGMENT OF THE "DISAPPEARANCE"

Abstract

The present text addresses the issue of the relationship between positive law and morality and seeks, through the hypothetical deductive method, a possible theoretical understanding of the probable legal reason that can be extracted from the reasons that justified the decision formulated in the judgment of Extraordinary Appeal RE 381367 by Supreme Federal Court, on the subject that was denominated of “disappearance”. With the contribution of concepts of hermeneutics

* Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Doutor em Ciências Jurídicas Públcas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho - UMinho, Braga, Portugal; Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV; e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV.

** Mestre em Direito pela UGF-RJ, Doutor em Direito pela PUC-Minas e Doutor em Filosofia pela UFRJ. Professor da Pós-graduação "Strictu Senso", Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Juiz Federal em Vitória, Espírito Santo.

and juridical argumentation, the investigation will conclude that it is a settled case-law that tends to demonstrate a form of extra-judicial rationale for the decisions of the Court.

Keywords

Hermeneutics and legal arguments. Rationale and methods of decision in the Federal Supreme Court. Legal norms and values. Judicial activism.

1. INTRODUÇÃO

As fontes de onde emana a razão para a tomada de decisões humanas sempre despertaram acalorados debates nos meios filosóficos e jurídicos. A questão acerca da cindibilidade ou não da interpretação do fenômeno pela óptica da relação sujeito/objeto, em que um e outro se encontram posicionados em horizontes e em momentos distintos, e, por outro lado, o “acontecer compreensivo simultâneo” – em que se interpreta e se comprehende a coisa num único ato –, ainda fomenta infindáveis divergências. Isso passa por questões, *e.g.*, relacionadas à busca da elucidação das concepções de “razão”, de “vontade”, de “inteligência”, de “certeza” e, não obstante, de “verdade”, problematizadas ao longo da história por diversas escolas filosóficas e pela filosofia do direito. Para esta última, porém, a temática geral possui um especial interesse pragmático, na medida em que toca outro conceito não menos polêmico: o de “justiça”. Vertem-se aquelas primeiras questões tributárias do conceito de “justo”, a constituirão uma espécie de *iter* necessário a ser percorrido pelos operadores do Direito – quando mais conscientes de seus misteres –, com o escopo de instrumentalização do Direito para a realização da justiça.

A pesquisa, com base nas premissas ora delineadas, busca desenvolver uma possível classificação do argumento implícito lançado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367, (*i*) confrontando-o com a concepção de Direito como norma jurídica e, por outro flanco, (*ii*) questionando-o quanto à modelagem de sentido dada ao texto legal, a partir de seu conteúdo abstrato, tendo como instrumento a *argumentação jurídica instrumental e balizada*, no “discurso de adequação” (para utilizar expressão de Klaus Günther¹), de concreção, daquilo *a priori* estipulado pelo “discurso de justificação”². Por outras palavras, busca-se verificar a possibilidade (*i*) de inclusão entre as fontes do Direito de outros conteúdos, a par de regras e princípios jurídicos; ou, não excludentemente, (*ii*) a modulação de seu conteúdo já aceito (a *argumentação jurídica como critério de correção normativa*). Pretende-se inferir a esses escopos, em que pese à referência despropositada à

¹ Cf. GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

² Importa anotar que o próprio Günther, em sua “teoria da adequação” não admite a utilização de valores para além do discurso de justificação, próprio da legislativa. Nesses moldes, o discurso de adequação a cargo do sujeito responsável por emanar decisões deve-se quedar adstrito à argumentação balizada nos valores morais “preconcebidos” pelo sistema positivo.

teoria de Günther, por meio do uso do que Johannes Hessen³, a partir dos estudos desenvolvidos por Karl Adam⁴ e por Max Scheler⁵, denominou de forma crítica de “razão suficiente”, para justificar um pseudo fundamento do qual também se refere se refere Heidegger⁶. Com efeito, o matiz ora investigado se confronta com a indagação de que razão jurídica ou extrajurídica se valeu a Corte Suprema brasileira, para decidir como decidiu a questão da inconstitucionalidade do ato de “desaposentação” no sistema jurídico que lhe serve de referencial positivo.

Uma possível resposta – e aqui seguindo a linha de Josef Esser – pode-se partir da premissa de que a norma jurídica concreta “apenas” possui o seu referencial no direito positivo, que a limita, mas não a enclausura. Nisso, percebe-se que o “dever ser” ordinariamente estudado migrou das normas não escritas e de conteúdo moral, afetas ao direito natural, em que a concepção de direito se valia da tradição ético-moral transferida pelo *a priori* da tradição⁷, perpassando pela necessidade de segurança jurídica, representada pela “regra” jurídica, a partir do direito positivo – como projeção do positivismo científico no Direito – e, por outro lado, a encampar as regras e os princípios jurídicos⁸, todavia, em um movimento de constante círculo tradicional de transferência de conhecimento, que leva, destarte, a uma postura menos dogmática do intérprete e aplicador da norma jurídica, que, porém do direito-texto não se encontra totalmente liberto⁹. Não se trata de racionalidade extrametódica da decisão judicial, como bem adverte Esser, mas do não aprisionamento do jurista, que caminha à luz da filosofia hermenêutica¹⁰.

Ao amparo do exposto e sob a noção de que a aplicação do Direito ao caso concreto, por via da dogmática de um “dever ser” que na atualidade tende a conciliar-se com a axiologia, faz-se imprescindível compreender que a

³ HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Trad. E Pref. L. Cabral Moncada. Coimbra:Almedina, 2001,

⁴ ADAM, Karl. *Glauben und Glaubenswissenschaft im Katholizismus: Vorträge u. Aufsätze*. Text der 2. Aufl.. Rottenburg: Bader'sche Verlagsbuchhandlung, 1923, p. 75 e ss.

⁵ SCHELER, Max. *Vom Ewigen im Menschen*. Text der 3. Aufl. Berlin: Berlin Der Neue Geist 1933, p. 112 e ss.

⁶ HEIDEGGER, Martin. *El ser y el tiempo*. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 27 e ss.; _____. *A essência do fundamento*. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 21-33; e _____. *O princípio do fundamento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 73.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Vol. I, II. Salamanca: Ediciones Sigueme, 1998.

⁸ DWORAKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010; e _____. *Justiça para ouriços*. Lisboa: Almedina, 2012. Anote-se aqui que, e.g., Ronald Dworkin traz a ideia de “romance em cadeia”, para apresentar sua percepção de “solução do caso” também por meio de um “pensar lógico”, que se baseia no uso de uma espécie de “razão pelo consenso”, assim como pensa Esser (*op. cit.*), e, v.g., Arthur Kaufmann, em que este mescla os argumentos plausíveis, aceitáveis por um auditório destinatário da norma (KAUFMANN, Arthur. *hermenéutica y derecho*. Granada: Comares, 2007).

⁹ Cf. ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Rationalitätsgrundlagen richterlicher entscheidungspraxis. Frankfurt am Main: Athenäum Ficher, 1972.

¹⁰ ESSER, Josef, *op. cit.*, p. 84 e ss.

concretização do Direito necessariamente passa (*a*) pelo ato de identificação de suas fontes (aqui sob a concepção de origem e de espécies de norma jurídica), elencando, assim, possíveis hierarquias de suas subclassificações e, a partir disso, pela (*b*) definição das balizas da atividade hermenêutica sobre elas incidentes. À guisa de exemplo, anotem-se a interpretação dos textos, para o direito positivo, e, sem embargo, a identificação de *valores*, que envolverem as normas-regras e as normas-princípios. Com efeito, buscaremos identificar na jurisprudência brasileira um início de utilização de outras espécies de normas (no caso, “valores”)¹¹, para além das regras e dos princípios jurídicos, à luz do julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 (Desaposentação) pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

Nesse viés e à vista de alguns argumentos que foram veiculados por algumas autoridades envolvidas no processo decisório, indagamos qual é a razão de fundo, projetada para além do uso de regras e de princípios jurídicos, a justificar, no julgamento do referido recurso extraordinário, a decisão pela inconstitucionalidade do instituto da “desaposentação”.

2. O IDEAL NÃO REALIZADO DE SEGURANÇA JURÍDICA, COMO FUNDAMENTO DO SISTEMA DOGMÁTICO-POSITIVISTA

A par de institucionalizada por ação do Estado, à vista do exposto, em uma visão *kelseniana*, as normas jurídicas também se caracterizam por receberem o seu fundamento de validade de norma jurídica superior, ascendente, a ponto de alcançar legitimidade na Constituição do Estado, em uma estrutura hierárquica de normas. A Constituição, por seu turno, legitima-se por via da norma hipotética fundamental, que, apesar de não jurídica e não escrita, mas com certa carga moral-social, prescreve o dever de obediência à Constituição. Compreende uma perspectiva teórica emancipatória do Direito Constitucional¹².

As normas morais não são emanações estatais e, também, não possuem a estrutura hierarquizada de legitimação e de fundamentação de validade uma

¹¹ Em razão da polêmica que o temo desperta – o que requereria um esforço argumentativo desapropriado ao que por ora nos propomos –, não nos deteremos à justificação e à defesa dos “valores” como espécie de normas jurídicas, em uma espécie de teoria tripartida, em conjunto com as regras e os princípios. Apenas colocamos o assunto em um início de reflexão, ciente de que uma série de estudiosos se opõe a essa posição, a exemplo de Robert Alexy, em suas investigações sobre a aplicação das normas de direito fundamental, ao tratar, *e.g.*, da colisão de princípios e do conflito de regras de direitos fundamentais (*cf.* ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

¹² Cf.: ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA Danielle Anne. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva? **REVISTA NOMOS - REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC**, p. 13-29, 2013, v. 33.2, jul./dez., p. 15.

das outras – como ocorre no Direito, pelo viés do positivismo jurídico, especialmente de Kelsen –, na medida em que podem ser estanques e fundamentadas em valores morais também estanques e individuais, que não se comunicam com outras normas e valores morais. Não há aqui uma *concepção sistêmica de unicidade*, com coerência e coesão, aos moldes das normas jurídicas. Todavia, nem por isso deixam as normas morais de serem observadas e temidas por suas sanções, afigurando-se normativas em essência e prescritivas, a exemplo das jurídicas, de condutas humanas, entretanto, não se impõe à regulação jurídica de modo extrassistêmico, ou seja, à revelia de positivação jurídica, por meio do direito-texto, do texto de lei, que assim as prevejam.

Essas idealizações, como dito, são advindas do formalismo científico, inaugurado pelo positivismo e, no campo normativo, pelo positivismo jurídico, ao buscar uma pureza típica das ciências naturais, matemáticas, voltadas à aplicação normativa¹³. Com efeito, buscou-se moldar o Direito ao campo do direito positivo, reduzindo-o ao Direito enquanto direito-texto. Por outro lado, afastou-se o Direito de valores possivelmente apreensíveis de outros ramos tais quais a ética, a moral, a sociologia, a política.

Nesses moldes, o Direito somente era concebido como tal se formulado por meio de um texto legal e desprovido de qualquer abertura para a inferência de valores extrajurídicos. A busca era, destarte, por precisão regulatória, ou seja, por segurança jurídica, em uma época em que a confiança nas ciências duras, pragmáticas, de experimentos repetíveis e constatáveis no mundo físico, era o que de maior vanguarda existia; e o Direito, se pretendesse realmente dotar-se da confiabilidade, a exemplo das esposadas pelas ciências naturais, assim também deferia aderir ao “método”. O *método* logrou ditar *a verdade da ciência*. Por oposto, repudiaram-se as teorias do Direito Natural¹⁴, do concebido e até então aplicável, *jusnaturalismo*, que passou a ser encarando como exemplo de incerteza e de insegurança jurídica. Buscou-se afastar do direito positivo toda e qualquer influência não só da moral e da política, como também do direito natural. Todos os valores daí provenientes eram nocivos a um ideal de funcionamento *avalorativo*, seguro, confiável e repetível do direito positivo.

Por paradoxo, constatou-se, pelo primor da busca pela segurança jurídica, uma verdadeira ausência de plasticidade e de verdadeira subsunção dos

¹³ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Segurança jurídica e crise no direito*. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 12 e ss.; e _____. *Hermenêutica jurídica e argumentação no direito*. Curitiba: CRV, 2014, 74 e ss.

¹⁴ Interessante estudo sobre a retomada do Direito Natural sob a égide do positivismo jurídico é desenvolvido na pesquisa: SOUZA, Elden Borges; PINHEIRO, Victor Sales. Tomás de Aquino e a razão natural dos direitos humanos: pessoa e bem comum. *REVISTA NOMOS - REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC*, P 120-137, v. 36.2, jul./dez. 2016.

conceitos normativos às concepções dos fatos do mundo real. Por outras palavras, a rigidez do direito positivo impulsionado pela inaugural filosofia imposta pelo *positivismo jurídico* acabou por gerar a discricionariedade do intérprete e aplicador do direito-texto e, com isso, por provocar a insegurança jurídica tão combatida, na medida em que o operador do Direito via-se adstrito ao mundo “metafísico” da norma, ao “normativo aberto” e isolado, sem conexão com o real, com o caso concreto a que a norma geral e abstrata visava a regular¹⁵. Nisso, o intérprete obrigou-se a inserir valorações dentro de uma margem de normatividade jurídica a que Kelsen, em sua 2.ª edição alemã da “Teoria Pura do Direito”, com a inclusão do Capítulo VIII, denominou de “moldura normativa”, delimitativa do campo das várias possíveis interpretações atribuíveis validamente a determinado texto de lei.

A busca de segurança jurídica do positivismo jurídico deu azo à insegurança das decisões jurídicas jurisdicionais e jurídicas em geral.

3. UMA BREVE CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO PELA ÓPTICA DA AXIOLOGIA

A validade das decisões jurídicas não se apoia, como formularam os *jus-positivistas*, na adequação interna e externa das normas (forma e conteúdo). Tampouco se apoia sói na sua estrutura interna ou na combinação das concepções da análise interna da norma, em seu aspecto de formação e de fundamento de validade. Por um olhar inicialmente afeto à Pós-Modernidade, sem que isso vá de encontro a uma posterior análise fenomenológica, depende ela, a validade da norma jurídica, no momento da decisão jurisdicional, da adequação a valores extranormativos que, em determinados casos submetidos ao juízo, têm o condão de conformarem-se às normas jurídicas e, em uma relação – digamos – de *alteridade*¹⁶ e *reflexividade complexa*¹⁷, ditar o sentido da decisão judicial. Para além do argumento de Ronald Dworkin sobre a inserção da *política no direito*, tese em que sustenta ser o *direito* um sub-ramo da *moral política*, de modo a resultar na aplicação *padrões de política* no campo do *jurídico*, arrimados em valores éticos e morais¹⁸, a declinar que um direito pretensamente

¹⁵ A Teoria da “Constituição como Modelo Sistêmico” é uma tentativa de superação dessas inconsistências do positivismo jurídico. Para aprofundamento sobre o tema, conferir: BOLONHA, Carlos; RANGEL Henrique; ALMEIDA, Maíra. A proposta de uma constituição sistêmica. *REVISTA NOMOS - REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC*, p. 13-38, v. 34.1, jan./jun. 2014.

¹⁶ LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós*: ensaios sobre a alteridade. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (coord.), Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizzoli. Petrópolis: Vozes, 2009.

¹⁷ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

¹⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriço*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012; Cf. também do mesmo autor e em crítica diretamente a Hart: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

“puro” e “autopoético”¹⁹, fundado na norma jurídica e em seu texto de lei, é, no plano pragmático, inconciliável com a razão humana, há de se considerar a *práxis* dessa teoria do Direito. Os resultados demonstram que o *positivismo jurídico*, por si só, não deu conta de resolver todas as questões postas pelas intrincadas necessidades do coletivo social. As relações intersociais demonstraram, ao logo da história, que vão além de um sistema jurídico que se denomine *autossuficiente* e *autoformador*, a ponto de colocar em risco a própria estrutura e o modelo de sociedade. A *segurança jurídica* dos padrões normativos rígidos e previsíveis, defendidos pelo positivismo jurídico – este ideologicamente firmado em suas bases de normas enclausuradas em leis totalmente abrangentes dos contextos sociais relevantes para o Direito –, demonstrou-se uma falácia²⁰; evidenciada mais claramente a partir da sua pretensão de substituir-se ao “absoluto” por si mesma²¹. Buscou-se substituir a concepção de “verdadeiro” pela concepção de “correto”²² e, dessarte, de “absoluto” por “seguro”, em um ambiente em que a própria noção de “correção” ou de “correto” reduziu-se ao direito-texto e a toda uma ordem de discricionariedade e arbitrariedades decisionistas, de um “positivismo judicial”²³. A segurança jurídica almejada pelo positivismo jurídico resultou em fonte de insegurança para o Direito²⁴, abrindo margens à discricionariedade impensada, ao decisionismo, ao ativismo ilimitado e à arbitrariedade do Estado julgador. De fato, o sistema dogmático-positivo não está infenso à razão humana de quem o modula, de quem o opera, para dar-lhe, para além da forma, um *fim específico*²⁵.

Nesse ponto, merece atenção a crítica formulada por Johannes Hessen²⁶ à ideia de *onipotência* e *absolutismo* do positivismo científico, do qual, para o autor, deriva o *juspositivismo*, ao escrever que “é certo que há uma forma de pensamento que julga poder desenvolver-se e viver sem essa ideia [a ideia de

¹⁹ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

²⁰ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Segurança jurídica e crise no direito*. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2012; e _____. *Hermenêutica jurídica e argumentação no direito*. Curitiba: CRV, 2014, p. 15-87.

²¹ HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Trad. E Pref. L. Cabral Moncada. Coimbra:Almedina, 2001, p. 243-244.

²² Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Hermenêutica jurídica e argumentação no direito*. Curitiba: CRV, 2014, p. 33 e 203-204.

²³ Expressão utilizada por Franz Bydlinski (BYDLINSKI, Franz. *Über die Lex-lata-Grenze der Rechtsfindung*. In KOLLER, Ingo; HAGER, Johannes; JUNKER, Michael; SINGER, Reinhard; NEUNER, Jörg (Hrsg.). *Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken – Symposium zu Ehren von Herrn Dr. Dr. h.c. mult. ClausWilhelm Canaris*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998, p. 27-88), para formular crítica às teorias de Esser, o que bem cabe para criticar o decisionismo provocado pelas teorias positivistas do direito.

²⁴ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Segurança jurídica e crise no direito*. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2012; e _____. *Hermenêutica jurídica e argumentação no direito*. Curitiba: CRV, 2014, p. 15-87.

²⁵ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Hermenêutica jurídica e argumentação no direito*. Curitiba: CRV, 2014, p. 32-36.

²⁶ HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Trad. E Pref. L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001.

um ente superior, *ens a se*, Absoluto]: o *pensamento positivista*, iludindo ou negando os mais altos problemas filosóficos".

Incontáveis críticas formularam a esse aspecto da escola positivista do direito, levando ao desenvolvimento de outras correntes que buscaram superar o caos da insegurança, representado pela imprevisibilidade do Direito pelo Direito. O *neopositivismo* e o *neoconstitucionalismo*, em suas diversas variáveis e tendências, são exemplo disso²⁷.

De qualquer forma, ainda indagamos: ao *Direito* importam os valores extrajurídicos e não positivados? Se sim, em que limite? Sem embargo, não engendraremos na busca de resposta a essas indagações. Por esta via, apenas apresentamos o problema ao debate.

4. CONTINUIDADE CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO, AINDA PELA ÓPTICA DA PSEUDO-SEGURANÇA JURÍDICA QUE LHE FUNDAMENTA – O PROBLEMA DA CONCEPÇÃO ESTRITA DE NORMA JURÍDICA

A organização da vida em sociedade requer instrumentos apropriados ao controle e regulação das relações intersubjetivas, e isso, de modo mais intenso, como legado da Modernidade, dá-se voluntaria ou involuntariamente por meio da priorização do conceito de norma, primado da normatização escrita e ou verbal, que, entretanto, afigura-se de diversas espécies. As normas, como de se pensar de uma rápida leitura estanque e compartimentada, não são características privativas do Direito, mas permeiam os meandros de diversos outros setores ontológicos, a exemplo do religioso e dos comportamentais sociais. Apresentam-se, à vista dessa polivalência, de origens prescritivas e de naturezas morais, *e.g.*, a caminhar em um sentido social-regulador *pari passu* com as normas jurídicas. Estas últimas são postas pelo Estado, com o fim institucional majoritariamente publicístico de prescreverem condutas por meio de conceitos descriptivos-definitórios do dever de agir, de omitir-se ou de permitir outras ações ou omissões de terceiros, e, em grande parte dos casos, vinculados, tais conceitos, a padrões deônticos ao poder-dever de esse mesmo Estado aplicar as sanções correspondentes, como incidências decorrentes do des cumprimento das condutas estipuladas²⁸.

²⁷ Cf. ATENCIA, J. M. *Positivismo y neopositivismo*. In: *Anales del Seminario de Metafísica*. Nº 25-1991/143-154. Madrid: Ed. Universidad Complutense, 2005; GARCÍA FIGUEROA, A. *El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo*. GARCÍA FIGUEROA, A. (Coord.). in: *Racionalidad y Derecho*. Madrid: CEPC, 2006, p. 265-28; e CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

²⁸ Para uma abordagem aprofundada das questões axiológicas que envolve a crise do Direito, cf.: CUNHA, Ricarlos Almagro. *Segurança jurídica e crise no direito*. 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2012.

Surge daí a concepção dos conceitos de *lícito* e de *ilícito* a correlacionarem-se às necessidades de organização e de controle social pelas mãos do Estado Democrático de Direito. Afiguram-se, por corolário, o império das leis e a submissão de todos os indivíduos e entes jurídicos personificados, inclusive o Estado, e não personificados, às leis e a esses modalizadores deônticos, functores teleológicos determinantes de condutas.

A internação das prescrições normativas, sob o ideal de organização e orientação de condutas, aos meandros orgânico-burocráticos do Estado, este enquanto instrumento administrador a serviço do bem comum – interesse público –, afigura-se fundamentada na necessidade de tutela endógena, intrínseca, do aparato estatal. A “regulação-controle” das relações sociais, com efeito, passa necessariamente pelo “direito”, entendido como “legitimização” e “prerrogativa”, e, não menos, como “dever” de o Estado, em suas três grandes subdivisões de funções – executiva, judicial e legislativa –, exercer atribuições coercitivas dentro de um conceito de *poder-dever institucional*, haurido dos pressupostos do modelo de contrato social, em Hobbes, Locke e Rousseau²⁹.

Há, perfilhado a esse conceito de interesse público-coletivo-social, não somente um horizonte de *poder-prerrogativa*, mas, também e primordialmente, um contorno de *dever-sujeição*. Essa é a essência do contrato social inspirado nos pensamentos dos filósofos iluministas a formar as balizas para a legitimização do direito, ou seja, a razão jurídica de ser da ordem normativa³⁰. Para tal fim, à vista desses fatores e sob o manto do (e limitado pelo) princípio da legalidade, o Estado-juiz vale-se do ordenamento jurídico, representado pelas disposições legais, que compõem o corpo normativo, o conjunto de leis-texto e normas institucionalizadas, ambiente em que se estipulam as concepções de *normas-regras* e *normas-princípios*³¹.

O direito positivo estatal adota a linguagem e o texto do vernáculo como veículo introdutor de normas e, deste ângulo, afere-se o texto legal, de onde se extrai a norma regulatória de condutas, oriunda ou proveniente de suporte de fundo, o texto-legal, que se perfaz, em linguagem normativa, dotada de signos, significantes e significados (sentido dogmático)³².

Todavia, sem embargo do que esse modelo pode trazer de insegurança à luz de uma teoria positivista do direito, essa orientação de sentido não parece

²⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; e LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³⁰ GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³¹ DWORAKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010; e **Justiça para ouriços**. Lisboa: Almedina, 2012.

³² RADBRUCH, Gustav. **Introducción a La ciéncia del derecho**. Traducción de Luis Recances Sánchez. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.

ser o caso dos móveis da decisão de inconstitucionalidade da “desaposentação”, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 pelo Supremo Tribunal Federal.

O Direito não reconhece legitimidade do agir ou do omitir-se, quer do Estado, quer de seus agentes, afastados das disposições afirmadas em texto legal e aqui se entenda também o texto da Constituição, a ser abarcado pelo conceito *lato* de lei, sob o prisma de identificação de normas jurídicas: regras e princípios. O texto normativo, como fonte do Direito, erige-se a instrumento exclusivo da concretização da finalidade pública que, com a apreensão da noção do código binário “lícito” e “ilícito”, constitui-se em centro autêntico irradiador da *legitimação*, do *logos*, das ações públicas e dos direitos e garantias fundamentais e das demais normas correlatas e decorrentes, para estear-se frente a eventuais abusos ou excessos do Estado. Com bem assinala Esser, não há de se inferir ampla margem de liberdade extratextual do sistema dogmático-positivista, pois isso leva à arbitrariedade³³. No positivismo jurídico, afastando-se dos costumes do Direito Natural, a lei afigura-se como o principal instrumento do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, das instituições gestoras da ordem pública.

Com essas asserções concluímos que o direito positivo se afigura plástico, moldável dentro de uma “margem de manobra”³⁴ ou de mobilidade manipulável pelo intérprete e aplicado do Direito, sem que se afaste do campo de validade do “normado”, o que se pode denominar, também, nas palavras de Rodríguez Puerto, uma “racionalidade flexível”³⁵. Em nossa concepção, a *moldura* referida por Kelsen – e aqui formulamos uma crítica para contrariar o autor austríaco *juspositivista* –, não perfaz nitidamente uma moldura, mas sim um ponto, um pequeno e único ponto em uma reta, em que e somente se, nele a norma se apresenta constitucional e válida. A moldura, a exemplo do que circunda um quadro – a nosso sentir –, pode ser entendida como um campo histórico pró-futuro ou pró-passado em que a norma foi ou será validamente aceitável, mas como momento presente de exteriorização da decisão, somente um ponto, dentro de toda a área contornável pela moldura se sustente a prova da validade, haja vista que esta é temporal, a depender dos valores que permeiam o complexo contexto sociocultural.

Nessas balizas, a decisão de reconhecimento da inconstitucionalidade da “desaposentação”, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 pelo Supremo Tribunal Federal, afigura-se, em um primeiro olhar, dotada de

³³ ESSER, Josef, *op. cit.*, p. 84 e ss.

³⁴ Expressão utilizada por SEABRA FAGUNDES (*cf.* SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Voto relator na apelação cível n.º 1.422. In Revista de Direito Administrativo*. Vol. 14. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1948).

³⁵ PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez. *Interpretación, derecho, ideología: la aportación de La hermenéutica jurídica*. Granada: Comares, 2011.

caráter decisionista, aos moldes da discricionariedade de uma teoria pura do direito, ao incluir valor político-financeiro em um contexto em que se requer a técnica aplicada a um fim, porém a partir da premissa de deixar- se o aparecer da realidade, ao menos em um ambiente formado pelo consenso coletivo, como defende Kaufmann³⁶ – o que parece não ser o caso da decisão em comento.

À vista da necessidade de atuação jurisdicional firmada na ética e na *prudência*, a partir de um escopo de ordem jurídica em busca da realização do ideal de justiça³⁷, se não se tratou de decisionismo discricionário, ao considerar que “os juízes são cidadãos de um mundo compartilhado, no qual aquilo que se lhes dá não é um amorfo pronto para ser formatado”³⁸, e, por outro lado, se “o ordenamento jurídico não fica ao sabor de interpretações arbitrárias de um juiz solipsista porque não se tem um enclausuramento conceitual”³⁹ na norma afeta ao direito posto, resta saber, sob uma análise fenomenológica, para o caso ora submetido à pesquisa, qual é o “sentido compartilhado como um mesmo para todos”⁴⁰ que se valeu o julgador. Acreditamos que, de plano, não há uma certeza de razão jurídica justificante.

5. UMA POSSÍVEL “RAZÃO SUFICIENTE” PARA A DECISÃO TOMADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 381367 (“DESAPOSENTAÇÃO”) PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF

Constantemente, a par do teor dos próprios votos dos Ministros do Supremo tribunal Federal, a mídia em geral declina as mais variadas justificativas de tomadas de decisão, pelos Ministros da Corte, completamente distintas do que ordinariamente se tem estudado sobre a teoria do direito. A aplicação do direito por meio de regras e de princípios jurídicos tem ficado cada vez mais longe das *práxis* do Estado Jurisdicional, ao menos no que se tem acompanhado nos tabloides mais populares brasileiros.

Para o caso da decisão de constitucionalidade da “desaposentação”, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 pelo Supremo Tribunal Federal, a questão não foi diferente. A mídia televisiva noticiou uma possível, porém extrajurídica, razão convergente à tomada de decisão pelo STF, senão vejamos:

³⁶ KAUFMANN, Arthur, *op. cit.*

³⁷ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Ética e decisão judicial**: o papel da prudência na concretização de direitos. Curitiba: CRV, 2015, p. 138 e ss.

³⁸ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 78.

³⁹ *Ibidem*, p. 78.

⁴⁰ *Idem*, p. 76-77.

A Advocacia Geral da União - AGU entende que a revisão sem a devolução dos valores contraria a Constituição Federal, que estabelece o ‘caráter contributivo da Previdência Social e a necessidade de preservação do equilíbrio entre suas receitas e despesas’⁴¹.

O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux afirmou nesta sexta-feira (28) que o rombo da Previdência e a crise econômica foram determinantes na decisão da Corte de vetar o recálculo da aposentadoria quando o aposentado volta ao mercado de trabalho, a chamada ‘desaposentação’ [...] “Hoje, o cenário jurídico gravita em torno do binômio direito e economia’, comentou Fux, ao discursar em congresso sobre segurança jurídica no INSPER. ‘Foram os influxos da economia que levaram o Supremo Tribunal Federal a vetar essa possibilidade diante do que hoje a economia exige do magistrado uma postura pragmático-consequencialista’, acrescentou” [...] “Tudo isso é analisado sob o prisma e o âmbito econômico”, disse Fux⁴².

Após atribuir ao INSS o maior rombo da economia, Fux destacou que a decisão do Supremo evitou um rombo nas contas públicas de R\$ 300 bilhões⁴³.

Nesta última referência, afere-se que a decisão de inconstitucionalidade da “desaposentação” teria sido firmada – e isso, como ponto fundamental para o teor de seu dispositivo – em consideração não do ideal de submissão do Direito a regras e princípios jurídicos, mas sim em decorrência de modulação desse Direito ao amparo de pensamento de cunho *político-econômico-financeiro*, com o propósito de evitar um “rombo” nas contas públicas, o que se denominou, conforme afirmou o Ministro da Corte, de uma “postura pragmático-consequencialista”.

Com exceção de alguns Ministros, que se detiveram estritamente na análise do direito-texto, quanto à existência ou não de lei, a Corte, de uma forma ou de outra, deixou transparecer (mesmo em alguns votos que inicialmente se subsidiaram em texto legal, a exemplo do Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes) certo escopo “pragmático-consequencialista”, de modo a adotar – ao menos como uma inicial tendência para as decisões que envolvam dispêndio de recursos públicos pelo Estado – uma “ética consequencialista”

⁴¹ <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-10/agu-diz-que-se-stf-aprovar-desaposentacao-segurado-devolvera-dinheiro>. Consultado em 23.05.2017.

⁴² <http://exame.abril.com.br/economia/rombo-da-previdencia-levou-stf-a-vetar-desaposentacao-avalia-fux/>. Consultado em 23.05.2017.

⁴³ http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2016/10/28/internas_economia,555156/rombo-da-previdencia-levou-supremo-a-vetar-desaposentacao-avalia-fu.shtml. Consultado em 23.05.2017.

(pragmatismo jurídico, arrimado no realismo jurídico, de origem norte-americana)⁴⁴ e a afastar-se de uma “ética deontológica” (de perspectiva kantiana)⁴⁵/
⁴⁶.

⁴⁴ Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. 1. ed. Brasília: Edição do Autor, 2013.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ “STF considera inviável recálculo de aposentadoria por desaposentação sem previsão em lei.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inviável o recálculo do valor da aposentadoria por meio da chamada desaposentação. Por maioria de votos, os ministros entenderam que apenas por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do trabalhador ao mercado de trabalho após concessão da aposentadoria. A tese a ser fixada para efeito da repercussão geral deverá ser votada no início da sessão plenária desta quinta-feira (27). Foram julgados sobre o tema os Recursos Extraordinários (RE) 381367, de relatoria do ministro Marco Aurélio, 661256, com repercussão geral, e 827833, ambos de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. Prevaleceu o entendimento do ministro Dias Toffoli, apresentado na sessão de 29 de outubro de 2014. Ele afirmou que, embora não exista vedação constitucional expressa à desaposentação, também não há previsão desse direito. O ministro Toffoli salientou que a Constituição Federal dispõe de forma clara e específica que compete à legislação ordinária estabelecer as hipóteses em que as contribuições previdenciárias repercutem diretamente no valor dos benefícios, como é o caso da desaposentação, que possibilitaria a obtenção de benefício de maior valor a partir de contribuições recolhidas após a concessão da aposentadoria. Na ocasião, foi acompanhado pelo ministro Teori Zavascki. **Ministra Rosa Weber:** [...] Na visão da ministra, não existe proibição legal expressa a que um aposentado do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que tenha continuado a trabalhar obtenha novo benefício, com base nas novas contribuições. [...] ‘Não identifico no artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991, vedação expressa à desaposentação, considerada a finalidade de, a partir do cômputo de novo período aquisitivo, obter mensalidade de aposentadoria de valor maior’. **Ministro Edson Fachin:** O ministro Edson Fachin acompanhou a divergência aberta pelo ministro Dias Toffoli, dando provimento ao RE 661256 por entender que o STF não pode suplantar a atuação legislativa na proteção aos riscos previdenciários. [...] **Ministro Luís Roberto Barroso:** Relator do RE 661256, o ministro Luís Roberto Barroso reafirmou o voto proferido por ele em outubro de 2014 quando deu provimento parcial ao recurso no sentido de considerar válido o instituto da desaposentação. Na sessão de hoje, ele aplicou a mesma conclusão ao RE 381367, de relatoria do ministro Marco Aurélio. **Ministro Luiz Fux:** [...] ‘No meu modo de ver, trata-se de expediente absolutamente incompatível com o desiderado do constituinte reformador que, com a edição da Emenda Constitucional 20/1998, deixou claro seu intento de incentivar a postergação das aposentadorias’, disse o ministro ao ressaltar que a contribuição de uma pessoa serve para ajudar toda a sociedade. Segundo ele, a obrigatoriedade visa preservar o atual sistema da seguridade e busca reforçar a ideia de solidariedade e moralidade pública, entre outras concepções. **Ministro Ricardo Lewandowski:** O ministro Ricardo Lewandowski acompanhou a corrente vencida que reconheceu o direito do segurado à desaposentação. Segundo ele, diante da crise econômica pela qual passa o país, não é raro que o segurado da previdência se veja obrigado a retornar ao mercado de trabalho para complementar sua renda para sustentar a família. [...] ‘A aposentadoria, a meu ver, constitui um direito patrimonial, de caráter disponível, pelo que se mostra legítimo, segundo penso, o ato de renúncia unilateral ao benefício, que não depende de anuência do estado, no caso o INSS’. **Ministro Gilmar Mendes:** O ministro Gilmar Mendes votou no sentido de negar o direito à desaposentação por entender que, se o segurado se aposenta precocemente e retorna ao mercado de trabalho por ato voluntário, não pode pretender a revisão do benefício, impondo um ônus ao sistema previdenciário, custeado pela coletividade. Para o ministro o artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991, não deixa dúvida quanto à vedação da desaposentação no âmbito do ordenamento previdenciário brasileiro. ‘O dispositivo é explícito ao restringir as prestações da Previdência Social, na hipótese dos autos, ao salário-família e à reabilitação profissional’. Da mesma

Neste ponto surge a dúvida se tal atuação – nomeadamente extramuros das balizas de que se tem costume defender na teoria da decisão jurídica – seria (i) uma expressão de ativismo judicial de carga política, ou, por outro lado, (ii) uma face da *prudência* como reflexo da ética na teoria da decisão judicial⁴⁷.

Denota-se, destarte um viés político, decorrente, como já referido, do emprego da “ética consequencialista”, representativa de uma faceta do pragmatismo jurídico, que faz ressurgir o realismo jurídico, de origem norte-americana⁴⁸.

Bem certo que Ronald Dworkin considera o direito como um sub-ramo da política e esta um sub-ramo da *moral política* que, por sua vez, reportar-se-

forma, segundo ele, o Decreto 3.048 é ‘cristalino’ quanto à irreversibilidade e à irrenunciabilidade da aposentadoria por tempo de contribuição. ‘Não se verifica, portanto, uma omissão normativa em relação ao tema em apreço. As normas existem e são expressas na vedação à renúncia da aposentadoria de modo a viabilizar a concessão de outro benefício com o cálculo majorado’, disse o ministro, acrescentando que o conteúdo das normas está em consonância com preceitos adotados no sistema constitucional de Previdência Social, especificamente os princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial da seguridade social. O ministro citou dados da Advocacia Geral da União de que um eventual reconhecimento do direito à desaposentação pelo STF teria impacto de R\$ 1 bilhão por mês aos cofres da Previdência Social. Para ele, se a matéria deve ser revista, isso cabe ao Congresso Nacional, com base nos parâmetros que a Constituição Federal determina, e não ao Poder Judiciário. **Ministro Marco Aurélio:** Em seu voto, o ministro Marco Aurélio manteve sua posição já proferida como relator do RE 381367, favorável à possibilidade de desaposentação, assegurado ainda ao contribuinte o direito ao recálculo dos proventos da aposentadoria após o período de retorno à atividade, adotando a mesma posição nos demais recursos. **Ministro Celso de Mello:** O ministro Celso de Mello relembrou no início de seu voto a histórica afirmação pelo STF, em seus julgados sobre o Regime Geral da Previdência Social, dos postulados da solidariedade, universalidade, equidade e do equilíbrio financeiro e orçamentário. O parágrafo 5º do artigo 195 da Constituição estabelece a necessidade de existência de fonte de custeio para a criação ou ampliação de benefício, explicitando o princípio do equilíbrio atuarial. A alteração introduzida em 1997 na Lei 8.213/1991 previu explicitamente que o aposentado que permanecer em atividade não faz jus à prestação da previdência, exceto salário família e reabilitação profissional. Isso revelou a intenção do legislador, que deixou de autorizar um direito que poderia ser entendido pelo beneficiário como estabelecido. A lacuna antes existente na legislação quanto ao tema não implicaria, nesse caso, a existência do direito. ‘Esse tema se submete ao âmbito da própria reserva de parlamento, que deve estar subordinada ao domínio normativo da lei’. **Ministra Cármem Lúcia:** Em seu voto, a presidente do STF, ministra Cármem Lúcia adotou a posição segundo a qual não há fundamento na legislação que justifique o direito à desaposentação. ‘Me parece que não há ausência de lei, embora essa seja matéria que possa ser alterada e tratada devidamente pelo legislador’. A Lei 8.213/1991 trata da matéria, e o tema já foi projeto de lei, portanto, para a ministra, não houve ausência de tratamento da lei, apenas o tratamento não ocorreu na forma pretendida pelos beneficiários. Os preceitos legais adotados, por sua vez, são condizentes com os princípios da solidariedade e com a regra do equilíbrio atuarial. **Resultados:** Ao final, o Plenário, por maioria, negou provimento ao RE 381367[...]. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328199>. Consultado em 23.05.2017).

⁴⁷ Cf. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização de direitos*. Curitiba: CRV, 2015.

⁴⁸ Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes, *op. cit.*

ia, também na qualidade de sub-ramo, à moral e à ética⁴⁹. Todavia, a simples justificação política – se esta for, de fato, a justificação utilizada por membros da Corte Suprema – não tem o condão de, isoladamente, prestar-se ao direcionamento do conteúdo do ato decisório. Não é esse o sentido dado por Dworkin ao afirmar *o direito ser um sub-ramo da política*. Os argumentos de política, pensamos, somente poderiam ser utilizados pelo julgador, acaso primeiramente identificados e positivados por ação precedente do Poder Legislativo. Não se há de conceberem decisões, em que pese à pseudo-ancoragem em texto de lei e, inclusive, com remissões a princípios jurídico-normativos, cuja essência se tenha dado em face de necessidades políticas de determinado governo.

Seja como for, o fato é que o Supremo Tribunal brasileiro tornou esse fenômeno um “lugar comum”, onde tudo é possível, bastando para isso que apenas se faça uma suposta subsunção do conceito do fato à hipótese de incidência normativa do direito positivo, para dar o aspecto de legalidade e, destarte, de legitimidade ao conteúdo decidido.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, afere-se na prática que, a par das regras e dos princípios jurídicos, possivelmente outra ou outras espécies categóricas prestam-se às decisões, compondo – em conjunto com aquelas outras duas espécies inicialmente catalogadas pela doutrina dominante – também o elenco de “normas jurídicas”, ou seja, “fontes do Direito”.

Daí por que se falar inicialmente em investigar quais seriam os elementos “extrajurídicos” concebidos como valores extranormativos, factíveis de serem utilizados para o deslinde de problemas jurídicos de alta indagação: apenas trazer ao debate o fato de que outros critérios são usualmente utilizados pelos Tribunais e, em decorrência de características de uma patente *racionalização extrametódica da decisão judicial*, extrapolam a concepção ordinária de argumentação jurídica como critério de correção do sistema dogmático-positivo.

Em que pese ao emprego de regras e princípios para as decisões judiciais, em casos de grande repercussão, *e.g* econômica, financeira ou social, valores “extrajurídicos” e mesmo “extramorais” ou “amorais” – o que não significam imorais – têm sido empregados, para a formação do convencimento do órgão julgador, como no caso do julgamento do Recurso Extraordinário RE 381367 (sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do instituto da “Desaposentação”) pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Lisboa: Almedina, 2012.

REFERÊNCIAS

- ADAM, Karl. **Glauben und Glaubenswissenschaft im Katholizismus: Vorträge u. Aufsätze.** Text der 2. Aufl.. Rottenburg: Bader'sche Verlagsbuchhandlung, 1923.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATENCIA, J. M. *Positivismo y neopositivismo. In: Anales del Seminario de Metafísica.* N.º 25-1991/143-154. Madrid: Ed. Universidad Complutense, 2005.
- BOLONHA, Carlos; RANGEL Henrique; ALMEIDA, Maíra. A proposta de uma constituição sistêmica. **REVISTA NOMOS - REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC**, p. 13-38, v. 34.1, jan./jun. 2014.
- BYDLINSKI, Franz. *Über die Lex-lata-Grenze der Rechtsfindung.* In KOLLER, Ingo; HAGER, Johannes; JUNKER, Michael; SINGER, Reinhard; NEUNER, Jörg (Hrsg.). **Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken – Symposion zu Ehren von Herrn Dr. Dr. h.c. mult. Claus Wilhelm Canaris.** München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998, p. 27-88.
- CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo.** Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.
- CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito.** 1. ed. Belo horizonte: Arraes Editores, 2012.
- _____. **Hermenêutica jurídica e argumentação no direito.** Curitiba: CRV, 2014.
- CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Ética e decisão judicial: o papel da prudência na concretização de direitos.** Curitiba: CRV, 2015.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **Justiça para ouriços.** Lisboa: Almedina, 2012.
- ESSER, Josef. **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung.** Rationalitätsgrundlagen richterlicher entscheidungspraxis. Frankfurt am Main: Athenäum Ficher, 1972.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método.** Vol. I. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998.
- _____. **Verdad y método.** Vol. II. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998.

- GARCÍA FIGUEROA, A. *El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo*. GARCÍA FIGUEROA, A. (Coord.). in: **Racionalidad y Derecho**. Madrid: CEPC, 2006, p. 265-28.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. 1. ed. Brasília: Edição do Autor, 2013.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HEIDEGGER, Martin. **A essência do fundamento**. Lisboa: Edições 70, 1988.
- _____. **O princípio do fundamento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- _____. **El ser y el tiempo**. Traducción José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Trad. E Pref. L. Cabral Moncada. Coimbra:Almedina, 2001,
- KAUFMANN, Arthur. **hermenéutica y derecho**. Granada: Comares, 2007.
- LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (coord.), Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizolli. Petrópolis: Vozes, 2009.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.
- RADBRUCH, Gustav. **Introducción a La ciencia del derecho**. Traducción de Luis Recances Siches. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.
- ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA Danielle Anne. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva? **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, p. 13-29, 2013, v. 33.2, jul./dez., p. 15.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SCHELER, Max. **Vom ewigen im menschen**. Text der 3. Aufl. Berlin: Berlin Der Neue Geist 1933.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Voto relator na apelação cível n.º 1.422. In Revista de Direito Administrativo.** Vol. 14. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1948.

SOUZA, Elden Borge; PINHEIRO, Victor Sales. Tomás de Aquino e a razão natural dos direitos humanos: pessoa e bem comum. **REVISTA NOMOS - REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC**, P 120-137, v. 36.2, jul./dez. 2016.

PUERTO, Manuel Jesús Rodríguez. **Interpretación, derecho, ideología: la aportación de la hermenéutica jurídica.** Granada: Comares, 2011.

Submetido em: 20 jun. 2017. Aceito em: 12 fev. 2018.



O SIGNIFICADO DO COMUNISMO NA TEOLOGIA POLÍTICA DE CARL SCHMITT E DE FRANCISCO CAMPOS[†]

*Adriana de Oliveira Gonzaga Bisi**

*Wilton Bisi Leonel***

*Alexandre de Castro Coura****

Resumo

O jurista mineiro Francisco Campos, Ministro da Justiça do regime estadonovista, foi o responsável por traduzir as aspirações políticas de Getúlio Vargas num arcabouço jurídico-político de exceção, sustentado em última instância pela Constituição Federal de 1937. Consolidava-se assim um novo modelo de Estado apoiado num projeto político centrado no nacionalismo-autoritário e no anticomunismo. A resposta política para proteger a Nação brasileira contra a 'grave ameaça' representada pelo 'perigo vermelho' foi a criação e o funcionamento de um violento aparato repressivo de segurança nacional, composto sobretudo pela Lei de Segurança Nacional, pelo Tribunal de Segurança Nacional e por uma Polícia Política. Esse arcabouço penal que reprimia o 'crime político' era calcado na lógica da exceção, e permitia não só suprimir direitos e garantias individuais mas, até mesmo, fixar pena de morte para 'os cabeças' de tentativas insurrecionais (art. 2º, LSN/38). Este artigo pretende contribuir para o estudo de parte da narrativa legitimadora da contundente repressão ao Comunismo no Estado Novo. Para tanto, utilizará premissas metodológicas advindas da Criminologia Crítica e da Análise Crítica do Discurso. Várias instâncias sociais concorreram para engendar uma série de representações simbólicas negativas sobre o Comu-

[†] Artigo desenvolvido a partir das discussões realizadas na disciplina Teoria dos Direitos Fundamentais, ministrada pelo Prof. Dr. Alexandre Coura, do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* (Doutorado) em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

^{*} Doutora em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Mestre em Teoria, Sociologia e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), professora de Teoria Geral do Direito da Graduação da FDV. E-mail: adranagbisi@outlook.com

^{**} Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Mestre em Teoria, Sociologia e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), professor de Ciência Política e Teoria do Estado da Graduação da FDV, e professor de Direito Penal, da Universidade Federal Fluminense. E-mail: wiltonbisifdv@hotmail.com

^{***} Professor do programa de doutorado e mestrado em direitos e garantias fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), coordenador do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional, promotor de justiça, doutor e mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: acastro-coura@gmail.com

nismo; o modesto intuito desta pesquisa é investigar as imagens produzidas por duas dessas instâncias para sustentar que o Comunismo era o inimigo interno a ser duramente reprimido no Brasil: a Teoria Política e a Teologia Católica. Como a visão teológico-política de Carl Schmitt é recepcionada no Brasil por Francisco Campos para legitimar a contundente repressão ao Comunismo, justifica-se a estrutura do artigo em duas partes num diálogo sobre o tema entre os dois juristas e politólogos católicos em questão, além de algumas considerações críticas finais.

Palavras-chave

Teologia Política. Carl Schmitt. Francisco Campos. Comunismo.

THE MEANING OF COMMUNISM IN CARL SCHMITT AND FRANCISCO CAMPOS' POLITICAL THEOLOGY

Abstract

The jurist Francisco Campos, Minister of Justice of the Brazilian state system, was responsible for translating Getúlio Vargas's political aspirations into a legal-political framework of exception, ultimately sustained by the Federal Constitution of 1937. Thus, a new State model was consolidated, based on a political project centered on authoritarian nationalism and anti-communism. The political response to protect the Brazilian nation against the 'grave threat' represented by the 'red danger' was the creation and operation of a violent repressive national security apparatus, composed mainly of the National Security Law, the National Security Court and a Political Police. This criminal framework that repressed the 'political crime' was based on the logic of exception, and allowed not only to abolish individual rights and guarantees, but also to impose the death penalty on 'the heads' of insurrectionary attempts (art. 2º, LSN/38). This article intends to contribute to the study of part of the legitimating narrative of the forceful repression to Communism in the "Estado Novo". To do so, it will use methodological premises derived from Critical Criminology and Critical Discourse Analysis. Several social instances contributed to engender a series of negative symbolic representations on Communism; the modest purpose of this research is to investigate the images produced by two of these instances to maintain that Communism was the internal enemy to be harshly repressed in Brazil: Political Theory and Catholic Theology. As the theological-political vision of Carl Schmitt is received in Brazil by Francisco Campos to legitimize the forceful repression of Communism, the structure of the article in two parts in a dialogue on the subject between the two Catholic jurists and political politicians in question is justified; in addition, some final critical considerations will be mentioned.

Keywords

Political Theology. Carl Schmitt. Francisco Campos. Communism.

1. INTRODUÇÃO

Pesquisadores da Primeira Era Vargas¹ afirmam que esse período - especialmente a ditadura estadonovista (1937-1945) - foi legitimado por uma ideologia nacionalista-autoritária cujo principal objetivo foi o de implantar o capitalismo industrial no Brasil. Tal ideologia almejava promover um consenso social, com o intuito de fazer crer que todos os brasileiros eram "filhos" de uma mesma mãe (a Pátria brasileira), cidadãos de uma mesma forma superior de organização social, regida por relações pacíficas e harmônicas e cujos valores,

¹ Exemplificadamente: Ludwig Lauerhaus Jr., Rogério Dultra dos Santos, Elizabeth Cancelli, Jardas Medeiros, Adalberto Paranhos, Lúcio Flávio Rodrigues de Almeida, Rodrigo Patto de Sá, Mariana Cardoso Ribeiro, Marly Vianna, Reynaldo Pompeu Campos, Marilena Chauí, Eliana Dutra, Marcos Tarcísio Florindo, Angela Maria de Castro Gomes, Diego Nunes, Ricardo Silva.

ideais, objetivos, crenças, normas e instituições eram culturalmente homogêneos (a Nação brasileira). Ademais, de acordo com aquela narrativa, o Estado - chefiado pela figura heroica de um verdadeiro estadista, Getúlio Vargas - seria a instituição decisiva para consolidar, de maneira ordenada e racional, um novo projeto político nacional capaz de inserir o Brasil no rol das grandes potências mundiais.

O nacionalismo autoritário também se caracterizou por identificar o Comunismo como a principal “ameaça” à integridade do novo projeto político brasileiro. Urgia oferecer uma resposta à altura da magnitude representada por esse “inimigo da civilização”. A resposta política se concretizou, sobremaneira, por intermédio de um violento aparato repressivo constituído por uma Lei de Segurança Nacional (1935 e 1938), por um Tribunal de Segurança Nacional (1936) e por uma polícia política, o DEOPS (1924-1983). Esse aparato operou intensamente durante o período do Estado Novo para reprimir violentamente as atividades políticas da classe trabalhadora que significassem a contestação da legitimidade do regime, as quais passaram a ser oficialmente definidas como “crimes contra a segurança nacional”.

Tais instrumentos jurídico-políticos funcionaram sob a lógica da exceção, já que proibiram o dissenso político e suprimiram radicalmente liberdades e garantias individuais. A Constituição Federal de 1937 - redigida pelo jurista mineiro católico Francisco Campos, então Ministro da Justiça - foi oficialmente justificada como um instrumento necessário para levar adiante o combate ao “perigo vermelho”.

O intento desse artigo é oferecer uma modesta contribuição ao estudo de parte da narrativa legitimadora do sistema de repressão política estadonovista, alicerçado a partir do anticomunismo. Para tanto, serão utilizadas contribuições teóricas provenientes da Criminologia Crítica e da Análise Crítica do Discurso, as quais servirão de premissas metodológicas para embasar o argumento do artigo.

A Criminologia Crítica procura explicar o fenômeno sócio-político da criminalização, chamando especial atenção para a autonomização relativa dos sistemas de justiça penal. De acordo com a perspectiva crítico-criminológica (PAVARINI, 1998), o perfil e o funcionamento dos sistemas penais, em sociedades capitalistas, são fortemente condicionados pela dinâmica do modo de produção econômica e um recurso político a serviço das ‘demandas de ordem’ específicas de cada momento histórico da reprodução do capital. Neste sentido, as condutas tipificadas na legislação penal como “crime”, o grau de severidade do sistema penal e o funcionamento efetivo das agências responsáveis pela aplicação da legislação penal (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário) são dispositivos do poder estatal que operam para proteger as estruturas socioeconômicas fundamentais à reprodução da sociedade capitalista (seja garantindo a permanência da propriedade privada dos meios de produção nas

mãos de uma classe social; mantendo as relações de exploração do trabalho das classes não proprietárias; reprimindo penalmente a revolta social, em especial aquela politicamente organizada). Georg Rusche e Otto Kirchheimer ofereceram contribuição decisiva para a consolidação da Criminologia Crítica ao revelarem a relação entre dada configuração histórica de sistemas penais e o mercado de trabalho capitalista. Estudos mais recentes, como o do criminólogo italiano Alessandro De Giorgi (2005, p. 133), tem enfatizado também a conveniência de os estudos crítico-criminológicos dedicarem mais atenção à investigação da dimensão cultural que subjaz à formação dos discursos legitimadores do poder punitivo numa dada sociedade. Afinal, o poder punitivo estatal necessita de legitimação. Assim, há que se investigar quais são (e por que são aquelas) as representações simbólicas mobilizadas e difundidas para legitimar o funcionamento de certo sistema penal em determinada fase histórica da acumulação capitalista.

O presente artigo inscreve-se numa singela tentativa de refletir sobre esse último aspecto, qual seja: o discurso que legitimou a imperiosa e contundente repressão penal a certas ideias e atividades políticas. A aceitação social da aprovação e do funcionamento de instrumentos penais de exceção para criminalizar a Política se deu porque a oficialidade definiu as ideias e as atividades políticas contestatórias da ordem vigente, adotadas pela classe trabalhadora, como comunistas. E imputar, com o peso da oficialidade, o rótulo de comunista a pessoas e grupos, devido a todas as representações simbólicas pesadamente negativas atribuídas ao signo, legitimaria discursivamente a existência de um tratamento penal de exceção. Assim, uma série de instâncias sociais (Imprensa, Literatura, Psicologia Social, Criminologia, Sociologia, Direito Constitucional, Teoria Política, Teologia...) concorreram para engendrar símbolos, imagens, sentimentos, percepções e narrativas pejorativas, estereotipados, desmoralizadores e “demonizadores” do Comunismo no período estadonovista brasileiro. Nos limites deste artigo serão privilegiadas tão-somente duas dessas instâncias: a Teoria Política e a Teologia Católica.

A Teoria Política de matriz schmittiana-campiana, acolhida no projeto político estadonovista, pensa a Política enquanto relação bélica entre amigo-inimigo. Além disso, nessa perspectiva, a possibilidade de gerar ordem nos assuntos humanos, no contexto de uma sociedade de massas, reside naquilo que os autores compreendem como a mobilização das forças humanas irracionais como, por exemplo, a Religião. Por esse motivo, passa-se a entender a Política enquanto uma Teologia Política. Neste sentido, o Comunismo - com seu materialismo ateísta revolucionário - será alçado à condição de inimigo da Nação brasileira, por colocar em xeque nossa identidade existencial de país católico. Daí a instrumentalização política da Teologia Católica, enquanto outra instância na qual o Comunismo será colocado como inimigo (não só da Nação brasileira mas, em última instância, da civilização ocidental).

O outro referencial teórico que orienta o argumento deste artigo é a Análise Crítica do Discurso cujo escopo é escrutinar a relação entre discurso e poder². De acordo com o holandês Teun A. van Dijk (2015), quem tem acesso privilegiado ao discurso público controla o discurso (temas, estruturas discursivas em todos os níveis - lexical, semântico, pragmático -, metáforas, ideologias, atitudes...) e, graças a isso, é capaz de controlar (influenciar) ideias, emoções, valores, crenças e modelos mentais das pessoas, dirigindo sua ação.

No momento histórico examinado por esse artigo, o discurso político propalado por Getúlio Vargas, por Francisco Campos e pelos demais atores políticos relevantes que apoiaram o regime estadonovista, exerceu controle privilegiado sobre o que foi dito sobre o Comunismo. Assim, impôs-se a essa doutrina política não o *status* de ser a “voz” de uma classe trabalhadora consciente e politicamente organizada, mas uma gama de representações simbólicas estereotipadas. Ser rotulado de comunista era sinônimo de: traidor da Pátria, estrangeiro (e, portanto, inimigo da Nação brasileira), desordeiro, odioso, sorranteiro, diabólico, perigoso e criminoso. Mas não um criminoso qualquer, um criminoso político, aquele da mais alta periculosidade, uma vez que atentava com seu credo violento, estranho, ateu e revolucionário contra os valores, as instituições, as crenças fundantes da católica, ordeira e pacífica Nação brasileira. Enfatizava-se no discurso político não só a diferença entre o ‘nós’ e o ‘eles’, mas a sua criminalidade intrínseca. E os brasileiros ao lerem artigos de jornais, ao ouvirem o rádio ou a televisão, a pregação na Igreja, a aula de um professor sobre o tema, com uma abordagem sistemática reproduutora daquelas representações simbólicas que geram grande estranhamento sobre o Comunismo, formarão um modelo mental da politização da classe trabalhadora. E construirão não só a memória episódica, mas também a sua memória de longo prazo sobre esse assunto.

Por isso, em épocas de aguda tensão social o Comunismo persiste como memória de nossa história política e retorna sendo mobilizado pelo discurso

² Discurso, na concepção de Teun A. van Dijk, é muito mais do que um texto, analisado como uma sequência linguística, de orações coerentes. Trata-se de uma construção multimodal, de uma construção semiótica, e não somente linguística, de uma elaboração extremamente complexa, que envolve uma série de níveis, como por exemplo: a dimensão verbal (a gramática - estruturas sintáticas, coerência entre orações, semânticas, pragmáticas -, tópicos, implicações, pressuposições, descrições..., o estilo, a retórica, a narração, a argumentação), a dimensão psicológica (a parte mental do discurso, que demanda uma Psicologia Cognitiva para descrever a compreensão do discurso, as estruturas mentais para a produção do discurso), a dimensão sócio-psicológica, que se preocupa com o modo pelo qual as pessoas se comunicam. Esta última dimensão abarca os preconceitos, as atitudes, as ideologias que circulam e são reproduzidas socialmente. Já a igualmente difícil noção de poder, para o autor, pode ser sinteticamente definida como uma relação social cuja noção-chave é a de controle (dos atos e das ideias) das pessoas. Para maior aprofundamento, vide: DIJK, Teun A. van. **Discurso e poder**. 2.ed. São Paulo: Contexto, 2015.

político como responsável pelas nossas crises, exigindo que os brasileiros estejam dispostos a abrirem mão de direitos e de garantias fundamentais para que se instaure um Estado de Exceção, a fim de lidar ‘adequadamente’ com essa pretensa ‘grave ameaça’.

Por fim, cabem algumas considerações finais: (1) como o modesto objetivo do artigo é compreender as representações simbólicas produzidas pela Teoria Política e pela Teologia Católica subjacentes ao pensamento de Francisco Campos, como parte do discurso legitimador do duro aparato repressivo ao Comunismo no Brasil no Estado Novo, não serão abordados os impactos institucionais nem as consequências repressivas do anticomunismo na época, tais como: o imenso número de pessoas fichadas nos prontuários, vigiadas, perseguidas, torturadas e mortas pela atuação efetiva do DEOPS, nem a cassação de mandatos políticos, nem a colocação do PCB na ilegalidade, nem a aposentadoria compulsória para militares acusados de se engajarem em ‘atividades subversivas’, nem o fechamento de jornais e editoras (com apreensão e/ou destruição de material) devido ao ‘abuso de liberdade de crítica’ às instituições do Estado e aos seus representantes, nem o cancelamento da naturalização para quem exercesse atividade política considerada ‘nociva’ ao país, nem o fechamento de Sindicatos autônomos, nem a criminalização do exercício do direito de greve, nem a demissão de diretores e de professores filiados a Partido Político de ‘existência proibida’, nem como se deu o real funcionamento do Tribunal de Segurança Nacional, ao criminalizar o dissenso político. O artigo se atém à dimensão ideológica, tão-somente à análise crítico-discursiva de algumas das ideias, que estão a serviço da manutenção daquela dada configuração do exercício do poder, que compõem parte do discurso legitimador da criminalização do Comunismo no Brasil da época. (2) a fim de alcançar o objetivo almejado, o artigo estruturou-se da seguinte forma: além desta introdução, há outros dois tópicos e uma breve conclusão. Devido ao fato de os católicos Francisco Campos e Carl Schmitt partilharem a mesma visão teológico-política legitimadora da repressão ao Comunismo, o primeiro tópico pretende abordar a Teologia Política schmittiana e o significado do Comunismo nesta ótica. O segundo tópico, por sua vez, almeja investigar a recepção das representações simbólicas produzidas pela Teoria Política e pela Teologia Católica schmittianas no pensamento jurídico-político do jurista mineiro, e como elas orientaram a atuação institucional de Francisco Campos enquanto Ministro da Justiça do regime estadonovista, em sua luta contra o Comunismo. Isso se dará a partir da análise de dois textos de Francisco Campos que explanam sobre o tema: “O Estado Nacional” e “A atualidade de D. Quixote”. Assim, devido aos objetivos expostos, justifica-se apenas o estudo das fontes primárias e não também de textos sobre Francisco Campos.

2. A TEOLOGIA POLÍTICA DE CARL SCHMITT

Carl Schmitt defende uma centralidade radical da Política na vida humana e a identifica com a controversa relação entre amigo-inimigo. Tal relação de inimizade é a chave de leitura não só para entender um contexto político, a atuação política numa situação concreta, mas também as formas de pensamento político. E a relação de inimizade política possui, sinteticamente, as seguintes características, desenvolvidas em seu livro “O Conceito do Político”: (1) ela não é uma relação entre indivíduos, como espelha o individualismo metodológico do Liberalismo; a relação de inimizade é entre grupos, e tem que ser um grupo socialmente relevante, capaz de ter uma potencialidade concreta de produzir consequências sociais; (2) ela se caracteriza a partir do momento que o diálogo, a negociação mediada pela palavra, se interrompe entre esses grupos; (3) o inimigo representa uma ameaça à identidade existencial de um povo, ou seja, ao seu modo de ser e de perceber o mundo, aos seus valores, às suas normas e instituições, às suas crenças fundantes, tornando a coexistência impossível; (4) a guerra, ou seja, a eliminação física, surge como possibilidade; por isso o político é o decisivo.

Assumindo a premissa schmittiana de que até mesmo os conceitos políticos surgem de um contraste político concreto, sem os quais são abstrações vazias e sem sentido³, e que o teórico do político deve ser, portanto, um teórico político, determinado pela hostilidade e exposto à hostilidade, o decisionismo jurídico e político do autor alemão elegeu inicialmente a forma liberal de pensar a Política (com sua tese do diálogo, da administração da diferença e, em especial, com sua incapacidade de decidir em situações-limite), e as instituições político-jurídicas daí derivadas, ao *status* da inimizade política.

Importa ressaltar, antes de mais nada, que para Schmitt (2008, p. 97; grifo no original): “Toda atividade humana [econômica ou não, incluindo a Política e, em especial neste âmbito, a expansão do poder] traz consigo um caráter *espiritual*”, que a justifique e a legitime. Assim, a Política não possui somente uma dimensão factual (relações efetivas de exercício do poder), mas também espiritual: crenças, valores, escolhas substantivas fundamentais, enfim, seus ‘artigos de fé’; o que demonstra que existe um importante dado *irracional* constitutivo de toda ordem política. Estas crenças e posições valorativas revelam, por sua vez, as condições histórico-espirituais de uma época, subjetivas a qualquer posição política.

³ “[...] todas as representações, palavras e conceitos políticos possuem um sentido *polêmico*; eles têm em vista uma divergência concreta, estão vinculados a uma situação concreta, cuja última consequência constitui um agrupamento do tipo amigo-inimigo (que se expressa em guerra ou revolução) e se convertem em abstrações vazias e fantásticas quando desaparece essa situação” (SCHMITT, 2008, p. 32; grifo no original).

Pelo exposto, Schmitt sustenta a necessidade de uma abordagem teórico-histórica mais ampla dos conceitos jurídico-políticos, isto é, teológico-política, enfatizando que a Teologia (dimensão ‘espiritual’) é estruturante da Política. Esta abordagem é fruto de um fecundo diálogo estabelecido entre Carl Schmitt e um interlocutor privilegiado, Leo Strauss, sobre a precisa compreensão da natureza da Política, tendo como pano de fundo inicial a refutação à visão de Política inserta na filosofia da cultura liberal: a perspectiva liberal de cultura - entendida como “criação soberana” ou “elaboração pura” do espírito humano, que opera uma parcelização da vida humana em “províncias autônomas” - desconhece que *religião* e *política* (MEIER, 2008, p. 51; grifos nossos) “submetem a existência humana à *dominação*, à *lei* e ao *mandato de uma autoridade*”. Por isso, Strauss afirma expressamente no “Comentário sobre O Conceito do Político, de Carl Schmitt”: “Se a ‘religião’ e a ‘política’ são os fatos que transcendem à ‘cultura’ ou, para falar de maneira mais precisa, os fatos originaários, então a crítica radical do conceito de ‘cultura’ somente é possível sob a forma de um ‘tratado teológico-filosófico’.

Esta ótica teológico-política é a única capaz de revelar de forma precisa as correspondências recíprocas entre o pensamento político e o seu tempo e as analogias constitutivas entre Teologia e Política. Consequentemente, trava-se um embate antiliberal em face da desastrosa crença na possibilidade de construir uma ordem política secular e neutra, fundada nos pressupostos modernos liberais.

Conforme leitura de Bökenförde (apud FERREIRA, 2004, p. 73), é preciso não subestimar a importância política da Teologia; e isso se dá não apenas em decorrência de “seu papel funcional e ideológico, mas sobretudo devido à sua função estruturante”.

[...] os conceitos significativos da moderna doutrina do Estado são conceitos teológicos secularizados, não apenas do ponto de vista de seu desenvolvimento histórico – já que foram transportados da teologia à doutrina do Estado [...] – mas também na sua estrutura sistemática (SCHMITT, 2006, p. 43)

A citação acima revela que a articulação constitutiva entre Teologia e Política é complexa e se dá em dois âmbitos. Bernardo Ferreira (2004, p. 73-74) é bastante preciso quanto ao tema e indica que, num primeiro plano, a ênfase se dá no significado histórico da secularização do pensamento teológico para entender o desenvolvimento do Estado Moderno. Neste aspecto, a atenção remete ao processo de transferência de conceitos do campo da Teologia para o da Política. Por exemplo: “o Deus todo poderoso se tornou o legislador onipotente”, a exceção representa o milagre na Política, etc.

A segunda maneira de abordar a relação entre Teologia e Política evidencia, por sua vez, a analogia estrutural entre o pensamento teológico e o pensamento político; aqui está em jogo não o desenvolvimento histórico, mas

(SCHMITT, 2006, p. 43): ‘o significado metódico e sistemático da analogia estrutural entre teologia e política’. Assim, a contribuição schmittiana objetiva revelar que não obstante o pensamento político-jurídico moderno apareça sob a forma mundana e secular ele, na verdade, mantém um parentesco estrutural com a Teologia e com o sobrenatural como uma instância última. Isso se explica pelo fato de o pensar e o sentir humanos serem condicionados por uma influência divina. O que ocorre num contexto moderno é que a religião assume uma feição secularizada; neste sentido, fatores temporais - a humanidade, a Nação, o indivíduo, o desenvolvimento histórico e até mesmo a vida em si mesma - ocuparam a posição de Deus (SCHMITT apud FERREIRA, 2004, p. 74).

Pensando polemicamente com o Liberalismo, Schmitt almeja revelar dramaticamente, de forma radicalizada, as premissas antropológicas (visão de ser humano), e teológicas (princípios últimos, estrutura ideal, postulados indemonstráveis, os ‘artigos de fé’, a dimensão ‘espiritual’ da Política) liberais, o que implica – segundo a linha de considerações do jusfilósofo alemão – uma tomada de posição política e moral frente às consequências últimas trazidas pelo sistema de crenças sobre o qual se funda a Teoria Política liberal moderna, criando um sentimento de urgência que evoca para a ação, para a necessidade premente de superar a forma consciencial e as instituições jurídico-políticas liberais (SCHMITT, 2008, p. 50 e 2006, p. 50-51).

Se as ideias e as instituições políticas traduzem o ‘espírito’ específico de uma época e o Liberalismo é uma espécie de metonímia da Modernidade, então a concepção de mundo e a ordem política liberal repousam sobre os seguintes valores modernos: individualismo, racionalismo, secularização, imanência, tolerância, pacifismo, objetividade, neutralidade em face do relativismo axiológico, pluralismo, crença no progresso e na técnica. Na perspectiva liberal, o indivíduo é anterior e superior ao Estado e funda a sociedade, o Estado e o Direito (estatal). A sociedade é um agrupamento de indivíduos e todas as instâncias da vida social deveriam voltar-se para o estímulo de sua autonomia individual. Porém, o florescimento pleno desta autonomia só seria possível num mundo em que a dominação entre os homens, ou seja, o exercício coercitivo do poder político, fosse eliminada. Esta ideia implica a neutralização e a despolitização da vida social, isto é, respectivamente, a crença de que o conflito poderia ser eliminado da convivência entre os seres humanos - já que se pressupõe uma natureza humana boa, não conflituosa, capaz, portanto, de engendrar uma ordem social pacífica calcada na interação cooperativa entre os indivíduos - e que as relações sociais poderiam adquirir um caráter constitutivamente apolítico.

A renúncia liberal da Política embasa-se na crença de que a Economia é o *locus* privilegiado de promoção de uma ordem puramente social, que seria o

resultado automático do intercâmbio de indivíduos livres e iguais, auto-regulada (trata-se de uma ordem que se funda a si mesma), que deduz suas normas da imanência da esfera técnico-econômica sendo, portanto, uma ordem objetiva, impessoal/neutra e secular, pois redutível a um quadro de referência científico-racional. Isso se dá porque o campo econômico é relativamente autônomo, regido por suas próprias leis, que são impessoais e justas - não privilegiam qualquer pessoa de antemão e todos podem participar do jogo gerador de riqueza - e capazes de engendrar uma série de virtudes, desde que não exista qualquer interferência artificial da Política. Como esta convivência social prescinde de todo tipo de mediação coativa (rechaçando veementemente a Política, considerada a esfera do exercício potencialmente abusivo, arbitrário, pois baseado na vontade pessoal, das relações de poder e do uso da violência), ela se constitui como uma ordem social pacífica.

A Política é percebida como um fator de perturbação do automatismo da ordem social espontânea de livre mercado: é a sociedade, a soma dos indivíduos, com seus interesses privados, e não a Política, que gera uma ordem social boa entre os homens, pois pacífica, racional, justa, secular, neutra e técnica, que estimula a liberdade individual.

A dominação não objetiva da política sobre a objetividade da vida econômica deveria ser eliminada. Só deve[ria] haver tarefas técnico-organizacionais ou econômico-sociológicas, mas não problemas políticos (SCHMITT, 2006, p. 68)

Esta visão de mundo liberal despolitizada acredita que (SCHMITT, 2008b, p. 69; 2008, p. 58): “quase tudo ande por si só, que as coisas se administrem por si mesmas” e isso é possível devido ao “domínio/primado de um pensamento técnico-positivístico, neutro em relação ao valor e à verdade” e que “um governo dos homens pelos homens se torne supérfluo”. O Estado de Direito é a tradução jurídica deste pensamento liberal moderno: neutro – relativístico e que não mais consegue estabelecer diferenciações e, com isso, identificar corretamente o inimigo e defender a coletividade política das ameaças à sua existência – e agnóstico, dado o processo de secularização.

Este é o tipo de ordem que corresponde ao ideal de vida do homem burguês e que o Liberalismo pretendia elevar à categoria do universal: projeto pacifista de constituição ‘ideal da civilização’, isto é, a reivindicação de um modo de vida razoável, comum a toda a humanidade concebida como uma só “sociedade cooperativa de consumo e de produção” (MEIER, 2008, p. 57; tradução livre, grifos no original). É contra este ideal liberal de vida boa que Schmitt almeja afirmar a realidade e a necessidade do político. Para tanto recorre a uma definição polêmica e, portanto, política de burguês influenciada pela visão de Hegel (MEIER, 2008, p. 61; tradução livre, grifo no original)

[o homem burguês é um homem] que não quer abandonar a esfera privada não política, isenta de risco, e que estabelecido na

propriedade e na justiça que rege a propriedade privada se comporta como um indivíduo frente ao todo, como um homem que encontra a compensação à sua nulidade política nos frutos da paz e da ganância e, sobretudo, ‘na perfeita *segurança* do gozo destes frutos’[o homem quer se colocar no lugar de Deus; isso porque, na perspectiva do filósofo católico Schmitt, a perfeita segurança não existe aqui na Terra], e que como consequência disso quer que o dispensem da valentia e o ponham a salvo do perigo de uma morte violenta.

Importa destacar a interpretação de Leo Strauss da empreitada schmittiana de se opor contundentemente ao Liberalismo, afirmando polemicamente o político, ou seja, ratificando a essência do político como estado de guerra por excelência; o que não significa assumir um sentido belicista, fazendo apologia da guerra. O que realmente interessa é a “renúncia à segurança do *status quo*” (SCHMITT apud STRAUSS, 2008, p. 163) - repelindo concretamente a existência do burguês, negando o ideal de civilização liberal (o ideal de um mundo definitivamente pacificado e despolitizado) - para, a partir daí, fazer renascer “a ordem nas coisas humanas”.

É importante enfatizar que Schmitt é o filósofo político da ordem e, por isso, radical defensor (como Hobbes) do reforço da autoridade do Estado: apenas um Estado decisivamente forte - capaz de identificar amigos e inimigos e agir tendo clareza acerca destas linhas polêmicas inegociáveis - está apto para evitar a guerra civil, a revolução, uma grave situação econômica. Seguindo esta linha de considerações, conforme sintetiza Bendersky (apud CRISTI, 1998, p. 4; tradução livre): “Somente o Estado [cuja soberania detém o monopólio da Política] pode garantir os requisitos humanos e societais básicos da ordem, paz e estabilidade, que são os requisitos para a liberdade e desenvolvimento cultural”⁴.

Cabe mencionar que Schmitt (apud MEIER, 2008, p. 64) refuta o ideal de um mundo definitivamente pacificado e despolitizado não pelo fato de ser uma utopia, mas por ser repugnante.

Se desaparecesse a oposição entre amigo e inimigo, inclusive como mera eventualidade, então existiria somente uma concepção de mundo, uma cultura, uma civilização, uma economia, uma moral, um direito, uma arte [uma ordem homogênea, o que Strauss chamou de Estado mundial], uma recreação, etc, não contaminados pela política, mas não haveria já nem política nem Estado [lembra do caráter ineludível da Política - e do Estado -; não

⁴ O destaque para a importância crucial do Estado, nestes moldes, faz com que Renato Cristi chame a atenção para um aspecto muito interessante (1998, p. 4; tradução livre): “enfatizar ordem e estabilidade é típico do pensamento conservador. Mas requerer ordem e estabilidade como a condição da liberdade é a marca do liberalismo conservador ou autoritário”.

é possível retirá-la do mundo, devido à antropologia schmittiana].

A única garantia de que o mundo não se transforme (como defendem os adversários do político) num ‘mundo de recreação⁵, de divertimento, num mundo desprovido de seriedade’ são a Política e o Estado (STRAUSS, 2008, p. 158-159). Significa não esquecer que a contraposição amigo-inimigo é a única que pode requerer dos homens o sacrifício de sua própria vida (SHMITT, 2008, p. 32). A Política implica disposição de sacrificar-se pela comunidade. Então, o fundamento de uma comunidade não é a felicidade, o divertimento, o entretenimento fútil, mas sim o sacrifício: deve-se colocar num segundo plano os interesses individuais egoísticos e pensar e agir em prol da coletividade, lembrando que não há nada mais coletivo do que o Estado (e a coletividade – a unidade política de um povo – só existe se houver homogeneidade cultural, partilha de valores comuns).

Num mundo sem Política, a sociedade ideal dos pacifistas, não existe qualquer razão em nome da qual se possa exigir que os homens sacrificuem sua vida; ao contrário, em um mundo político há algo pelo qual se possa exigir com absoluto sentido esse sacrifício: defender a identidade existencial de um povo em face da ameaça do inimigo político. Daí Schmitt sentir náusea, definir como repugnante (apud STRAUSS, 2008, p. 160): a vida burguesa, o ideal pacifista liberal em que desaparece a Política, a distinção radical amigo-inimigo, pois o homem esquece ‘o que verdadeiramente importa’.

Esta busca por um mundo pacificado, de opulência material e de cultura, neutro e despolitizado (que nega a importância e a autonomia do político ao submeter-lhe a princípios normativos, e ordens morais, jurídicas ou econômicas), elevado à categoria de universal, demanda uma fé na técnica, que implica deixar de tematizar a verdadeira fé: a seriedade da questão do justo.

O núcleo da discussão filosófico-política de Strauss com Schmitt (2008, p. 160-163) deve ser colocado nos seguintes termos: o sentido da vida humana, para o qual se está disposto a morrer, só pode ser dignamente posicionado se o homem se coloca a questão do justo. A justificação da distinção amigo-inimigo está, em última instância, no combate decisivo de vida ou morte, na intrincada problemática, na seriedade da moral, da questão sobre o justo.

⁵ O termo ‘recreação’ (para aludir ao mundo ideal liberal, definitivamente pacificado, em que a distinção amigo-inimigo desapareceria por completo e com ela tampouco haveria Estado e Política; mas uma homogeneidade, uma única visão de mundo, de cultura, de civilização, de Economia, da moral, do Direito, da recreação, da arte...livres da Política) faz referências ao: “esporte, emprego de tempo livre e aos novos fenômenos de uma ‘sociedade da opulência’ [abundância material], que superou a filosofia do trabalho: os homens haveriam alcançado a plena segurança do gozo da vida” (MEIER, 2008, p. 72).

Schmitt e Strauss concordam, então, que o problema da justiça é a causa justificadora do político: a afirmação do político não é outra coisa senão a afirmação da moral; porém discordam quanto à fundamentação da resposta a tal indagação. Strauss argumenta que a Filosofia Política é a grande instância deste discernimento sobre o justo, pois oferece a adequada reflexão racional em nome de e por amor à vida justa, a única vida que vale a pena ser vivida. Já Schmitt, adota a ótica da Teologia Política (MEIER, 2008, p. 68): a questão da qual tudo depende, o problema inextrincável da vida, não é uma questão colocada pelo homem, podendo ser respondida racionalmente, mas uma questão colocada ao homem, somente passível de crença, já que reside na fé. Trata-se da ‘decisão moralmente exigente’ de obedecer a Deus ou ao satanás. E o político encontra seu fundamento último na inevitabilidade do enfrentamento desta problemática: na perspectiva schmittiana, esta é a ‘profissão de fé’ que embasa toda Teoria Política; daí a hostilidade em face da ótica secular e insustentável liberal.

Não se deve perder de vista, conforme salienta Meier (2008, p. 69), que Schmitt é um teórico cristão e possui uma imagem cristã da História: ao afirmar o político atesta uma historicidade vista sob a ótica escatológica. Por isso a Teologia Política schmittiana chama a atenção para o fato de que instituições e ideias mudam com o tempo, mas que um evento acarretou as mais fortes e maiores consequências na História do Ocidente: a secularização, a negação da fé na Providência.

A concepção secular de ordem política, própria da Modernidade liberal, interpreta a realidade recusando todos os elementos extramundanos, todas as representações religiosas, todos os fatores que escapem de um quadro explicativo imanente, científico-racional (o que não significa, para Schmitt, como vimos, eliminação da metafísica e da Teologia), em suma: “baseia-se na rejeição de toda arbitrariedade” e almeja repelir “toda exceção do campo do espírito humano” (SCHMITT, 2006, p. 46-47).

Importa chamar a atenção para o que Schmitt comprehende por ‘secularização’ (2005, p. 18-19): “a metafísica é algo de inevitável e [...] não se pode lhe escapar renunciando a tomar consciência dela. Todavia é possível mudar o que os homens consideram como a instância última, absoluta, e Deus pode ser substituído por fatores temporais e mundanos. Isso eu denomino de secularização [...], fatores sempre novos se apresentam como instâncias absolutas”. Ademais, Bernardo Ferreira (2004, p. 75) ressalta que a secularização envolve um duplo aspecto: 1. Por um lado, ela implica a transposição de conceitos do campo da Teologia para o mundo da Política e do Direito, e a substituição, na estrutura metafísica da vida intelectual, de categorias teológicas e metafísicas por noções seculares; 2. Por outro lado, está associada a uma progressiva diluição daquelas categorias tradicionais em uma imagem de mundo [o núcleo metafísico do pensamento moderno é inseparável da imagem que esta época

faz de si mesma] dominada por ‘representações de imanência’ (SCHMITT, 2006, p. 53)⁶.

Seguindo a linha de raciocínio, Deus é retirado do mundo e se transforma em assunto privado e conceitos engendrados em séculos de pensamento teológico perdem todo o interesse; frente às lutas e aos conflitos da vida real, Deus passa a ser uma instância neutra. A neutralização de toda a ‘verdade’ culmina com a tecnificação e o Estado é visto, nas palavras de Schmitt ao comentar sobre o Leviatã, de Thomas Hobbes (apud MEIER, 2008, p. 69), como “um *magnum artificium* tecnicamente acabado, criado pelo homem como uma máquina que encontra seu ‘direito’ e sua ‘verdade’ unicamente em si mesma, isto é, no rendimento e na função”. Só que a técnica não é capaz de dar o sentido, em última instância, para a existência humana.

Em oposição à ideia iluminista-liberal de História, calcada na noção de progresso e em todos os instrumentos dirigidos ao alcance deste fim (razão, ciência, Direito, revolução), Schmitt propõe uma outra visão de História, subjacente à sua Teologia Política: a cristã, capaz de dar sentido à existência humana (que estava à deriva na Modernidade secularizada). Somente a partir de uma perspectiva cristã da História é que é possível atingir uma unidade de todos os eventos particulares, aparentemente ocasionais, nos quais os seres humanos atuam construindo a História, tendo como fulcro a noção de Providência: o surgimento de Cristo e do Cristianismo são a pedra angular.

O nascimento de Cristo (que marca a fundação e simboliza a esperança), sua vida e morte (que simbolizam o sacrifício) e seu retorno (que simboliza a redenção de todo sofrimento e injustiça humanos, após um julgamento moral de nossos atos no Juízo Final) demarcam a presença da transcendência na História, conferindo um sentido para a história humana. O intervalo entre a vinda de Cristo e a sua volta marca o momento em que os seres humanos vão viver o seu tempo: o tempo histórico. Mas a História deixa de ser mera faticidade, sucessão de eventos, e passa a ganhar significado. Os acontecimentos históricos, interpretados a partir da vinda de Cristo, instituem a certeza de que a Providência divina está operando na História e a particularidade dos eventos históricos adquire, assim, significado e unidade numa perspectiva do eterno: as ações políticas concretas para resolver problemas concretos surgidos em cada época são o resultado da tomada de decisão pela salvação (ou danação) da alma. Entretanto, este sentido de cada fenômeno histórico só será nitidamente compreendido quando a história da salvação estiver completa, ou seja, quando houver a apreciação moral dos eventos históricos no ‘julgamento final’.

⁶ Para um maior aprofundamento sobre a visão schmittiana de como o processo de secularização é mais uma via pela qual a Modernidade liberal é inepta para pensar a Política, na medida em que separa as ‘esferas’ da Teologia e da Política e repousa a ‘ordem’ política em premissas imanentes, técnico-científicas e objetificantes, vide a tese de Pedro Hermílio Villas Boas Castelo Branco: Secularização Inacabada – Política e Direito em Carl Schmitt.

A visão cristã da História instaura uma perspectiva escatológica de pensar: haverá, com a volta de Cristo, um Juízo Final, que julgará nossa decisão frente à escolha dramática fundamental por Deus ou por satanás (pela fé ou pelo caos, pela ordem ou pela desordem, pela luz ou pela escuridão, pela verdade ou pela mentira) e, consequentemente, frente à nossa disposição ao sacrifício para lutar o bom combate, evitando que o mal se instalasse no mundo. Essa concepção cristã de História pode ser sintetizada, conforme atesta Montserrat Herrero⁷, no conceito de *Katechon*⁸, que é a realidade de uma força histórica que, de algum modo, interrompe o fim do tempo, reprimindo o espírito do mal, instaurando barreiras para submeter o Anticristo.

A ênfase schmittiana no fortalecimento do *Katechon*, dessa força que detém o Anticristo, tem por base a passagem de São Paulo, no *Tessalonicenses*, versículos 3-9: antes de o mundo terminar vem um adversário que pretende destronar Cristo. A História começa com a vinda de Cristo e termina com a vinda do Anticristo, sustentado pela força misteriosa da iniquidade e pelo poder que o Anticristo tem de imitar Cristo podendo, portanto, ao ser tão parecido com Cristo, arrebatar nossas almas. *Katechon* é a força que combate o poder do mal, a vinda do Anticristo, e que explica e conecta os eventos históricos particulares com a transcendência. A presença de Deus (da transcendência) na história humana é confirmada todas as vezes que os homens se dispõem a sacrificar a própria vida para combater a irrupção do mal no mundo: a força que domina o mal é a verdadeira governante da História, nesta perspectiva, e *Katechon* é o conceito que descreve o real *modus operandi* da História.

Assim, *Katechon* é uma categoria histórico-teológico-política central que funciona para afirmar que a Providência divina está atuando na História lutando contra o mal e para justificar a necessidade da Política: de se contrapor sem tréguas ao inimigo absoluto, ao demônio. A função da Política é impedir que o Anticristo destrone Cristo. O demônio (o inimigo absoluto) não é o inimigo histórico, mas está encarnado em poderes históricos.

⁷ Este parte do artigo que versa sobre a interpretação cristã da História e sobre a centralidade do conceito de *Katechon*, que serve de fundamento para a Teologia Política schmittiana, partiu das contribuições teóricas de Montserrat Herrero sobre o tema.

⁸ Heinrich Meier (2008, p. 122; tradução livre; grifo no original) lembra, neste ponto, a Segunda Carta de São Paulo aos Tessalonicenses, II, 6 e 7, e Santo Agostinho: Cidade de Deus, xx, 19, em que é atestado: “Não creio que para uma fé autenticamente cristã seja possível outra imagem da história que não seja a de *katechon*”. Ademais, Meier (2008, p. 124) menciona que Schmitt foi muito influenciado pela interpretação cristã-mariana da História de seu amigo Konrad Weiss, e fez de uma frase do livro que Weiss escreveu em 1933, *Epimeteu cristão*, o seu guia: “a salvação é, contra todo conceito, o sentido decisivo da história”. Interessante citar também a referência que Weiss (apud MEIER, 2008, p. 123) faz em uma nota deste mesmo livro ao “prestígio político e público de que goza o jurista católico Carl Schmitt [...]: ele vê o direito como um *integrum* místico e prático no qual o caráter ambíguo da posição lógico-humana, em última instância irredutivelmente cristã, deve ser superado na decisão jurídica para derivar em uma vasta fecundidade da política e da história. Essa mudança do direito e da massa, da ‘técnica’ e da criatura aparece também como uma forma especificamente católica do significado do presente”.

Por isso *Katechon* articula, a partir da perspectiva cristã da História, Teologia e Política, inscrevendo o ser humano no caso extremo: em termos teológicos, o caso extremo diz respeito à necessidade de se encarar a morte espiritual (dاناão ou salvação da alma) e, na esfera política, o caso extremo refere-se à possibilidade de enfrentar a morte física.

Uma comunidade se defronta, na relação de inimizade, com estes dois casos extremos: morte física e espiritual. E da mesma forma que Deus se manifesta concretamente no mundo intervindo na hora que ele quiser (por intermédio do milagre), e as razões para tanto escapam ao ser humano, essa dinâmica também ocorre com a Política: o ponto do político pode acontecer a qualquer momento; daí a premência de o político exercer a soberania e decidir sobre a situação extrema.

Em ambas as dimensões a regra normal pode ser suspensa para manter a ordem das coisas, que foi abalada pelo inimigo, ou refundar uma nova ordem: trata-se da exceção, solucionada pelo milagre.

Importa destacar que o Comunismo é alçado à condição de inimizade nas duas esferas, teológica e política, colocando no horizonte a morte física e espiritual dos seres humanos.

Logo, após as considerações até aqui esboçadas, é possível entender o conservadorismo político, a postura radicalmente contra-revolucionária presente em toda visão cristã da História, embasada na noção de *Katechon*. Se a História, neste ponto de vista, visa reprimir o fim do tempo, o Comunismo é a representação do fim do tempo.

Isso porque o Socialismo revolucionário interpreta a História como luta de classes e com a revolução político-social a luta de classes deixaria de existir: é o fim da História e, portanto, é o fim do tempo.

A revolução defendida pelo Comunismo, tendo como protagonista as classes populares, almeja destruir o Estado e as instituições que lhe dão suporte, pois engendraram uma organização social percebida como constitutivamente injusta; assim, de um lado pretende-se subverter as bases da civilização ocidental e, de outro, demolir a obra de Deus, construindo outra - tida como melhor - em seu lugar: por isso o Comunismo é simbolizado como a forma de pensamento que é a representação do Anticristo na Terra, ao tentar imitar e se colocar no lugar de Cristo, destronando-o. Justifica-se, então, num viés politicamente conservador, uma verdadeira Cruzada em face deste inimigo da mais alta periculosidade social demandando do soberano a decisão para, uma vez identificado, debelá-lo, interromper o poder do mal, a vinda do Anticristo, usando como arma de combate os instrumentos jurídico-políticos de exceção

à altura para lidar com o inimigo comunista e nos salvar não só da morte física, mas também espiritual⁹.

E a noção de *Katechon* adquire centralidade neste projeto contra-revolucionário. Este artigo defende que o anticomunismo presente no pensamento jurídico-político de Francisco Campos, e que orientou a arquitetura repressivo-penal ao crime político (na década entre 1935-1945), constitucionalmente legitimada, possui como raízes mais profundas esta perspectiva teológico-política schmittiana, apoiada numa visão cristã de História.

3. FRANCISCO CAMPOS E A LUTA TEOLÓGICO-POLÍTICA CONTRA O COMUNISMO

O traço significativo do arcabouço institucional estadonovista, dado por Francisco Campos¹⁰, é o anticomunismo. O embate ‘sem tréguas’ ao Comunismo, alcado à categoria de inimigo político da mais alta periculosidade para a Nação brasileira, legitima o perfil autoritário da dominação política da época e os instrumentos normativos excepcionais, de vigilância e de contundente repressão penal às ideias e às atividades comunistas, considerados aptos para lidar com a emergência oriunda do crime político.

Tais medidas jurídicas de contenção da atuação do Comunismo são, sobretudo, a Lei de Segurança Nacional (legislação de exceção, criada em 1935 e atualizada em 1938), o Tribunal de Segurança Nacional (Tribunal de exceção, criado em 1936 originariamente para processar e julgar os partícipes da tentativa efetiva de revolução popular, conhecida pejorativamente por Intentona Comunista, ocorrida em Novembro de 1935), o DEOPS (Delegacia de Ordem Política e Social, uma Delegacia Política criada em 1924, anterior ao Estado

⁹ Tendo por base a linha argumentativa esboçada, é possível compreender melhor - nesta chave interpretativa teológico-política - a polêmica shmittiana em face do Liberalismo: devido à sua neutralização e despolitização ele é impotente para lidar com as situações excepcionais - reveladas por crises graves, guerra civil, revolução, ditadura ‘injusta’ - e interromper a escalada do mal no mundo, pois fundado numa antropologia equivocada, que acredita na bondade humana e *ignora que, quando o enfrentamento é político, não há a possibilidade de chegar a acordo algum, já que a oposição se dá em termos existenciais e não normativos*. E um conflito existencial, diferentemente de litígios oriundos de meras diversidades de opinião – que, portanto, não alcançam o ponto do político, do grau máximo de intensidade na hostilidade – *não pode ser resolvido de modo pacífico, com boa vontade para estabelecer o diálogo e mediante homens ponderados, razoáveis e justos*. Demanda, como ensina Donoso Cortés (apud SCHMITT, 1923, p. 146), “ausência de negociações e afirmações soberanas”.

¹⁰ O mineiro Francisco Luís da Silva Campos (1891-1968) foi um dos juristas e homens de Estado mais influentes na configuração institucional do Estado brasileiro no século XX. Foi nomeado secretário de Educação do Distrito Federal (1935) e tornou-se um dos pilares da instalação da Ditadura do Estado Novo (1937), sendo nomeado Ministro da Justiça por Vargas (1937-1941), com a missão específica de elaborar a nova Constituição, fundada em suas convicções antiliberais, além de ficar responsável por uma verdadeira ‘revolução legislativa’, a fim de adequar o regime aos novos fundamentos políticos e jurídicos de exceção. (http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/biografias/francisco_campos; acesso em 20/03/2016)

Novo, mas que ganha neste período maior especialização funcional e importância institucional a fim de coibir o crime político) e a Constituição Federal de 1937 (que fundamenta juridicamente e confere a legitimidade necessária para todas as medidas normativas excepcionais supramencionadas e para todo o exercício do poder político, além de abarcar outros meios jurídico-políticos de reforço da autoridade, com o intuito de ser eficaz nesta luta).

O preâmbulo da CF/37, redigido pelo constitucionalista mineiro, enumera expressamente a ‘guerra’ institucional ao Comunismo (negritos nossos)

ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à **paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem**, resultantes da crescente agravamento dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturalizar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela **infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente**;

ATENDENDO a que, sob as **instituições anteriores** [Liberalismo], não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos **perigos que ameaçam a nossa unidade** e da **rapidez** com que se vem processando a **decomposição das nossas instituições civis e políticas**;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País.

Após estas considerações preliminares, importa perquirir as razões do posicionamento público da condenação campiana tão enfática ao Comunismo. A hipótese deste artigo é a de que a tomada de decisão de combater o Comunismo, instaurando uma forma de pensar e de agir politicamente, inclusive engendrando mecanismos normativos excepcionais para tanto, não se trata de mero oportunismo político.

Ao contrário: sustenta-se que toda a gravidade e seriedade da resposta política institucional anticomunista devem ser buscadas na Teologia Política do autor. Isso porque o inimigo comunista é construído a partir de referências

que não são só políticas, mas especialmente teológicas, e a luta contra ele não é só uma mera batalha mundana, mas espiritual, transcendente.

Francisco Campos sustenta que nossa época é marcada por um clima espiritual e político de crise, demandando que ‘a estrutura e o conteúdo ideológico do Estado Nacional’ (título de seu importante livro) estejam apropriados à realidade de nosso tempo, ou seja, um contexto moderno de sociedade de massa.

A crise espiritual da sociedade moderna se dá devido ao processo de secularização. O homem moderno regido pela ditadura da razão problematizou todos os aspectos da vida.

Assim, nossa antiga herança intelectual, política e moral (cristã) se tornou tragicamente obsoleta para oferecer sentido ao que é inédito. A atitude problemática ou, se quiser, céтика do espírito moderno, de questionar racionalmente e radicalmente nosso antigo sistema de valores, não aceitando a ideia de superioridade de certos valores básicos ou fundamentais, capazes de conferir ordem e hierarquia para organizar os assuntos humanos, é denominada por Campos de sofística moderna (1940, p. 7).

Campos chama a atenção para a importância deste posicionamento filosófico céítico, que acarreta relativismo axiológico¹¹, não só no âmbito intelectual, mas sobretudo na prática política. Tal atuação política é orientada por uma visão de Política enquanto Teologia Política ou Teologia do mito político cujo dogma nuclear deve ser acreditado como verdadeiro, já que não possuindo exatamente valor de verdade, funciona enquanto tal (o relevante papel da nova técnica política do mito não é, porém, cognitivo, mas prático).

E o grande mito ou crença defendido pelas três grandes ideologias políticas modernas, Liberalismo, Comunismo e Fascismo (1951, p. 79), é a possibilidade de construção de uma ordem política melhor do que a existente em outras épocas, pois estável, secular, imanente, racional e justa. Subjaz a esta visão moderna secular, que prescinde de referências teológicas, uma forma de pensar e de agir utópica, que acredita na possibilidade de construir o Paraíso aqui na Terra.

Liberalismo e Comunismo, apostando no desenvolvimento da Economia, acreditam que todos os grandes e desafiadores problemas humanos podem ser resolvidos na medida em que as restrições materiais forem superadas. Já Francisco Campos, que recepciona de forma privilegiada no Brasil o pensa-

¹¹ Esta postura filosófica implica a seguinte consequência: todos os valores perdem a sua substância, nada é bom ou ruim em si mesmo, inclusive no que diz respeito ao valor da verdade, que passa a ter uma conotação pragmática (CAMPOS, 1940, p. 7): “o valor de verdade não consistindo a rigor na verdade, mas naquilo que, não sendo a verdade, *funciona*, entretanto, como verdade”.

mento político-jurídico antiliberal schmittiano, calcado na relação amigo-inimigo, acredita que o problema central de nossa época é espiritual, transcendente, e neste sentido coloca-se em inimizade política tanto com o Liberalismo quanto com o seu ‘filho espiritual’, que é o Comunismo¹². E, na perspectiva de ambos os juristas, o Comunismo é o inimigo radical. Isso porque o Liberalismo, com seus pressupostos relativistas, racionalistas e individualistas, pressupõe tal como numa ‘balança comercial’ que a ação política é sempre balizada por indivíduos razoáveis, dispostos a debater e negociar posições políticas publicamente. O Comunismo, ao contrário, opera, na perspicaz visão do filósofo católico conservador Juan Donoso Cortés (que influenciou sobremaneira Carl Schmitt), com “negações radicais ou afirmações soberanas”, como já mencionado (apud SCHMITT, 1923¹³, p. 146).

O significado político do Comunismo para Francisco Campos, do inimigo providencial a ser combatido, só pode ser compreendido a partir de sua Teologia Política que, por sua vez, não está expressa claramente em seus escritos. Numa interdiscursividade, defende-se que Campos, enquanto católico, partilha da mesma visão teológica de seu interlocutor privilegiado, o jurista politólogo Carl Schmitt. Neste sentido, ambos terão como pano de fundo intelectual a Teologia da História cristã.

Assim, a História tem um sentido transcendente: deve ser interpretada como a ação da Providência no mundo. E, conforme explicitado anteriormente, se origina com o nascimento de Cristo e terminará com o seu retorno. Ademais, parte da premissa de que antes do retorno de Cristo, virá o Anticristo. Esse Anticristo, que é o ‘pai da mentira’, tentará convencer os homens que eles podem construir um Paraíso aqui na Terra, uma vida que prescinde de qualquer referência espiritual/transcendente; e que este Paraíso só é possível destruindo a obra de Deus, aniquilando as instituições (família, Igreja, Estado, propriedade privada, trabalho) que são os reservatórios dessas referências de ação da Providência divina no mundo. Para atingir esse Paraíso terreno deve-se realizar uma ‘revolução’, solapar tudo e construir uma sociedade melhor: neste sentido o homem é que passa a ser Deus, se coloca no lugar de Deus.

Pelo exposto, é evidente o significado teológico do Comunismo: quer devastar a obra de Deus, imitar Deus; por isso é diabólico, percebido como o representante do ‘pai da mentira’, ao prometer para os seres humanos que a resolução das questões econômicas (determinantes de todas as outras questões

¹² “O liberalismo político e econômico conduz ao comunismo, [...] o qual] funda-se, precisamente, na generalização à vida econômica dos princípios, das técnicas e dos processos do liberalismo político. [...] a continuação da anarquia liberal determina, como consequência necessária, a instauração final do comunismo” (CAMPOS, 1940, p. 61).

¹³ A redação deste artigo usa a versão espanhola deste ensaio de Schmitt, denominado *A Teoria Política do mito*, escrito em 1923, anexada na parte final do livro: ZARKA, Yves Charles (Coord.). **Carl Schmitt o el mito de lo político**. Buenos Aires: Nueva Visión, 2010.

que causam angústia para os homens e são percebidas como profundas injustiças) acarretará a edificação do Paraíso aqui na Terra.

Isso só é possível, esse inimigo comunista só se perfaz na dimensão mundana, porque pode aliciar as massas e as massas só podem ser seduzidas porque são massas, devido à sua própria natureza, às suas características constitutivas, identificadas pela Psicologia das multidões cujo grande representante moderno é Gustave Le Bon (2008, p. 36, 39, 42-43, 51): irracional, opera irrefletidamente através de mitos, símbolos e imagens, intempestiva, emocional, violenta, sugestionável, conduzida por líderes. Por isso a conveniência de, numa sociedade de massa, fazer uso político, empregar racionalmente o irracional, os mitos (interessando, neste momento, o mito da personalidade do líder carismático), a fim de mobilizar emocionalmente a massa para ter a coragem de empregar, na linguagem mítica soreliana, a violência criadora e realizar os atos heroicos necessários para lutar o combate decisivo contra o inimigo comunista.

A presença dessa compreensão cristã da História está no texto de Francisco Campos denominado “A Atualidade de D. Quixote”. O jurista mineiro demonstra, no formato discursivo de um belíssimo e rico texto literário, a preocupação em oferecer alternativa - numa chave política antiliberal schmittiana que se opõe, portanto, ao Liberalismo - para o diagnóstico da decadência da civilização e da crise espiritual pela qual o homem moderno liberal atravessa, num contexto contemporâneo de sociedade de massa. Neste contexto, na visão de Campos, a ordem social possível só poderá concretizar-se se revelada por uma autoridade com uma personalidade repleta de uma força vital polarizadora e indicadora de sentido, capaz de empregar devidamente elementos iracionais para fazer com que o povo se sinta partícipe de um projeto político éticamente superior, apto para gerar sólidos laços sociais orientadores de um destino comum.

Francisco Campos utiliza três personagens emblemáticos da Literatura: Dom Quixote, Hamlet e Fausto, a fim de defender a necessidade e a atualidade político-espiritual em nossa época, sociedade de massa, do D. Quixote. O ensaio “A atualidade de D. Quixote” corrobora o diagnóstico, traçado anteriormente em seu texto de 1935 “A política e o nosso tempo”, inserto no livro de 1940 “O Estado Nacional”, de que o homem moderno liberal é atravessado por uma crise espiritual. D. Quixote, o Estadista, no nosso caso Getúlio Vargas, vai milagrosamente solucionar o sentimento de insegurança e de fim do mundo.

Neste sentido, Francisco Campos vaticina que (1951, p. 55-56 e 52)

[...] enquanto eles [Hamlet e Fausto] dizem: ‘talvez, eu penso, ser ou não ser, antes não houvera nascido’, e pensam indefinidamente os mesmos pensamentos na balança imóvel do seu espírito [representando, portanto, a indecisão e a instabilidade covarde

liberais], pelo espírito de D. Quixote a decisão passou com rapidez do raio e, já fora da bainha das reflexões, reluz a espada flamjante da sua vontade. [...] D. Quixote está permanentemente [...] alerta e vigilante em relação ao que se passa em torno dele como a sentinelã à porta de uma fortaleza.

Este é o espírito lógico, 'duro, definido, seco e uniforme como o granito, o ar e o céu mediterrâneos' (CAMPOS, 1951, p. 50-51), dotado da aptidão para transformar pensamento em vontade e vontade em ação; atitude 'heroica' tão necessária para interferir com firmeza na concretude das experiências da vida política que demandam decisão frente a inimigos que concorrem para a dissolução do Estado.

A superioridade política e moral de D. Quixote, personagem que representa neste ensaio de Francisco Campos as características que necessariamente devem estar presentes no grande Estadista, advém da adoção de uma Filosofia Política pedagógica e moralizada que lhe permite superar tanto a miséria humana burguesa (evidenciada pelo gozo por consumo, pela 'ética do presente', da imediaticidade, pelo individualismo excessivo e pelo desejo despotencializador da paz) quanto a operária: o contato de Sancho Pança com o cotidiano de D. Quixote faz com que ele desenvolva, a partir da pedagogização de Quixote, as aptidões que o habilitam a querer transcender sua natureza tosca de massa (marcada pelas paixões mais baixas: comer, reprodução...) - destituída de uma moralidade que conduza sua vida - em direção à condição civilizada de povo, atingindo, assim, a plenitude moral/espiritual.

Assim, o exercício do domínio político não se dá calcado no capricho ou na mera vontade de poder: existem valores superiores que informam sua existência e atuação. Getúlio Vargas, o César, disciplina e direciona as emoções dispersas das massas, que estão à disposição, conferindo-lhes um sentido. As massas serão conduzidas num projeto civilizatório que as eleve à condição de povo, com uma alma e um destino comum, ambos moralmente superiores. Em outras palavras, Quixote, o líder político carismático, o Presidente Getúlio Vargas, cumpre o papel de um cruzado, de um evangelizador, de uma figura do destino capaz de tomar a decisão de impedir que o povo se renda à 'ilusão' comunista.

Toda a discussão culmina com o conceito de *Katechon*, que é construído a partir de uma perspectiva de que as utopias terrenas (construir um Paraíso aqui na Terra) são impossíveis. Não pode haver melhora (utopia), mas o declínio é possível: a ação política deve estar muito mais preocupada, então, em obstar o declínio, o retorno do Anticristo.

Esse é o conceito de *Katechon*: evitar que os homens sejam devorados pelo Anticristo, que traz para os seres humanos não só a morte física, mas também a morte espiritual.

Neste sentido, numa visão política como Teologia, a Política não está só concentrada em obstaculizar a morte física dos cidadãos, mas também preocupada com a morte espiritual dos mesmos. Trata-se de uma compreensão católica da História e da ação política. Por isso, Francisco Campos (1940, p. 71) atesta que o Estado Novo, ao decidir enfrentar a ameaça do mal representada historicamente pelo Comunismo, se institui como um imperativo de salvação nacional. E os meios jurídico-políticos - aparato repressivo e dispositivos de poder excepcionais - instrumentalizados nesta luta política e espiritual (LSN, TSN, DEOPS, CF/37), devem ser vistos como estratégias nucleares na Cruzada contra o mal comunista.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contundente anticomunismo presente no pensamento jurídico-político de Francisco Campos, e que orientou a arquitetura repressivo-penal ao crime político (nos anos 1935-1945) - legislação de segurança nacional, Tribunal de segurança nacional, DEOPS, CF/37 - possui raízes mais profundas. Estes fundamentos estão ancorados em referências não só políticas, mas especialmente teológicas, fazendo com que a luta obstinada contra o 'perigoso' e permanente 'inimigo comunista', elevada a 'princípio constitucional', seja percebida não só como uma mera batalha mundana, mas também espiritual. Subjaz à construção do Comunismo como grande inimigo político não só da Nação brasileira, mas de toda a civilização ocidental, a perspectiva teológico-política schmittiana (recepção pelo constitucionalista brasileiro), apoiada numa visão cristã de História.

Assim, a análise do significado da guerra contra o Comunismo deve ser feita a partir da visão política polêmica schmittiana, calcada na relação concreta de inimizade. Importa ressaltar que a Política, como toda atividade humana, traz consigo um caráter espiritual, que a justifica e a legitima: crenças, valores, escolhas substantivas fundamentais, enfim, seus 'artigos de fé'. Logo, Schmitt defende uma abordagem teórica mais ampla dos conceitos jurídico-políticos, isto é, teológico-política, enfatizando que a Teologia é estruturante da Política.

Cabe não perder de vista que, na ótica schmittiana, a contraposição amigo-inimigo é a única que pode requerer dos homens o sacrifício de sua própria vida em prol da comunidade, de uma organização política superior representada pelo Estado. E a manutenção da unidade política de um povo é garantida pela proteção de sua identidade existencial, de sua homogeneidade cultural (partilha de valores, das crenças fundantes e dos objetivos públicos comuns), em face da ameaça representada pelo inimigo político.

Neste sentido, a afirmação do político não é outra coisa senão a afirmação da moral. Adotando uma concepção teológico-política, conforme sintetiza

Heinrich Meier, “a questão da qual tudo depende é a decisão moralmente exigente de obedecer a Deus ou ao satanás”. Tanto Carl Schmitt quanto Francisco Campos são teóricos políticos católicos e possuem uma imagem cristã da História, capaz de dar sentido à existência humana (existência esta que estava sem orientação valorativa sólida, devido ao advento da Modernidade secularizada). As ações políticas concretas para solucionar problemas concretos, surgidos em cada período histórico, são o resultado da tomada de decisão pela salvação (ou danação) da alma, frente à nossa disposição ao sacrifício para lutar o bom combate. Esta disposição é sintetizada no conceito de *Katechon*, na existência de uma força dirigida para a decisiva luta para evitar que o mal se instale no mundo e promova o fim do tempo.

Daí a hostilidade política em face do Comunismo: ao defender a revolução pretende subverter a atual estrutura político-social ocidental, fundada nos pilares do Estado e de suas instituições, da Igreja (tradição judaico-cristã), da família patriarcal, do trabalho assalariado, da propriedade privada. Portanto, o Comunismo é alçado à condição de inimizade nas duas esferas, teológica (porque o seu materialismo ateu almeja destruir a obra de Deus, tida como imperfeita) e política (pois atenta contra a manutenção da identidade existencial do povo brasileiro e, em última instância, da civilização ocidental), colocando no horizonte a morte física e espiritual dos seres humanos.

Justifica-se, então, num viés politicamente conservador, uma verdadeira Cruzada em face deste inimigo da mais alta periculosidade social demandando do soberano a decisão para, uma vez identificado, extirpá-lo, interrompendo o poder do mal, a vinda do Anticristo, usando como arma de combate os instrumentos jurídico-políticos de exceção, à altura para lidar com o inimigo comunista e nos salvar.

Pelo exposto, a discussão teológico-política engendra as representações simbólicas estereotipadas para embasar uma constante vigilância e uma dura repressão penal contra o Comunismo, a partir de uma perspectiva: (1) conservadora politicamente, pois as utopias terrenas são vistas como impossíveis. Não pode haver melhora, mas o declínio é uma realidade palpável; (2) jurídico-política autoritária, pois ao adotar uma visão de Política como inimizade, o conflito passa a ser visto não como salutar para a construção de uma sociedade democrática, mas como violador da homogeneidade requerida para a existência da vida política, devendo ser então criminalizado. Assim, certas ideias políticas (bem como organizações e ações políticas), radicalmente contestatórias da ordem capitalista - adotadas pelas camadas mais populares - serão politicamente definidas como comunistas e não poderão circular socialmente, legitimando-se a relativização ou mesmo supressão jurídica das liberdades individuais de expressão de pensamento e de organização política, se questionadoras da estrutura política, jurídica e econômica vigente. Esse era o

ambiente político requerido pelo Estado Novo no seu engajamento para implementar e consolidar o capitalismo industrial no Brasil: proibir contundentemente a tomada de consciência de classe e a organização política dos trabalhadores. Os trabalhadores que resistissem e quisessem exercer a atividade política seriam rotulados de comunistas, restando o aparato de segurança nacional para criminalizá-los.

REFERÊNCIAS

- CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940.
- _____. **Atualidade de D. Quixote**. Belo Horizonte: Publicações da Secretaria de Educação de Minas Gerais, 1951.
- CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Boas. **Secularização Inacabada**. Política e Direito em Carl Schmitt. Curitiba: APPRIS, 2011.
- CRISTI, Renato. **Carl Schmitt and authoritarian liberalism**. Strong State, free Economy. Great Britain: University of Wales Press, 1998.
- DE GIORGI, Alessandro. Tolerancia cero. Barcelona: Virus Editorial, 2005.
- DIJK, Teun A. van. **Discurso e poder**. 2.ed. São Paulo: Contexto, 2015.
- FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.
- HERRERO, Montserrat. **The political discourse of Carl Schmitt**. A mystic of order. London: Rowman & Littlefield International, 2015.
- LE BON, Gustave. **Psicología das multidões**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- MEIER, Heinrich. **Carl Schmitt, Leo Strauss y El concepto de lo político**. Sobre un diálogo entre ausentes. Madrid: Katz, 2008.
- PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. México: Siglo Veintiuno, 1998.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político/Teoria do Partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- _____. **La teoria politica del mito (1923)**. In: ZARKA, Yves Charles (coord.) **Carl Schmitt o el mito de lo político**. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 2010. p. 141-153.

_____. **Romanticismo político.** Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2005.

_____. **Teología Política.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **O Leviatã na Teoria do Estado de Thomas Hobbes:** sentido e fracasso de um símbolo político. Rio de Janeiro: NPL, 2008b.

STRAUSS, Leo. **Comentario sobre El Concepto de lo Político, de Carl Schmitt.** In: MEIER, Heinrich. Carl Schmitt, Leo Strauss y El concepto de lo político. Sobre un diálogo entre ausentes. Madrid: Katz, 2008. p. 133-168.

* Submetido em: 30 jun. 2017. Aceito em: 1º mar. 2018.



DIPSOMANIA: CONCEITUAÇÃO E REPERCUSSÕES LABORAIS

*Lauro Ericksen**

*Aline Mestrinho Cintra***

Resumo

Tematiza a dipsomania como uma psicopatologia incidente na seara laboral. Trata do problema com o consumo nocivo do álcool em diferenciação com a síndrome de dependência alcoólica, a qual possui CID 10 diferenciado. Tem como hipótese de trabalho que as repercuções jurídicas podem ser diversas (justa causa ou proteção provisória do emprego) a variar de acordo com o enquadramento dado, de acordo com as hodiernas concepções dos direitos humanos ou contra elas. Metodologicamente, trata da psicopatologia sob a égide do CID 10 e do DSM-5, comparando suas diferenciações, aplicando tais análises às repercuções legais da situação na seara laboral e dos direitos humanos. Resulta que é necessário um aprofundamento sobre o tema para que a conceituação sobre a dipsomania seja mais bem compreendida. Conclui que a dipsomania é uma psicopatologia diversa do alcoolismo, ainda que relacionada ao consumo nocivo do álcool, e que merece um tratamento jurídico-laboral mais detido.

Palavras-chave

Direito do Trabalho. Dipsomania. Psicopatologia. Justa Causa.

DIPSOMANIA: CONCEPT AND LABOR LAW ISSUES

Abstract

The paper discusses dipsomania and its labor law and others legal issues. It shows the harmful consumption of alcohol (sporadic ethanol abuse) in contrast to alcohol dependence syndrome and its own ICD 10 note and specific medical and clinical concept. The hypothesis to be assumed consists on the variety of legal possibilities that may be taken (cause or employment protection) which may vary accordingly to human rights dignity or against it. As a method, it endeavors a comparative study between ICD 10 and DSM-5 concepts and headlines, trying to acquire a cohesive definitions, applying this analyzes into a legal context of labor and human rights issues. Results show that this theme should be improved and developed, so dipsomania concept would be well understood. It concludes that dipsomania is not the same as alcoholism, even though it is ethanol related, and deserves a specific labor/legal treatment.

* Doutor (2016 - UFRN), mestre (2012 - UFRN) e Bacharel em Filosofia (2015 - UFRN). Bacharel em Direito (2008 - UFRN), Especialista em Direito e Processo do Trabalho (UCAM - 2011). Oficial de Justiça do TRT 21.

** Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

Keywords

Labor Law. Dipsomania. Psychopathology. Cause.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho em desenvolvimento tem o escopo de tratar do transtorno mental usualmente denominado como “dipsomania” dentro do contexto do direito do trabalho, tentando, a partir de uma diferenciação básica entre sua conceituação e as definições mais básicas de alcoolismo no geral empreender suas consequências na seara laboral. Por dipsomania, um conceito médico-psiquiátrico a ser explanado em um tópico detalhado adiante, deve-se, em um primeiro momento, compreender o transtorno mental que causa o impulso imprevisível e incontrolável pelo consumo de etanol (álcool e demais substâncias alcoólicas).

Metodologicamente, o artigo fará uma análise conjunta das determinações legais contidas na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e posteriores alterações) e as conceituações médicas contidas no Código Internacional de Doenças (CID 10), para, somente a partir de então, ser capaz de enquadrar, ou não, a dipsomania como uma legítima alteração mental que possibilite seu portador a ser tido como um portador de uma síndrome associada à ingestão de substâncias prejudiciais e não como um empregado que está submetido aos ditames de uma possível justa causa, legalmente falando. Tendo sempre como norteamento mais amplo de tais repercussões as noções mais básicas de direitos humanos, as quais devem levar em conta a proteção, integração e favorecimento dos acometidos (dipsomaníacos), considerados para todos os fins como pessoas que possuem transtornos mentais, e assim devem ter os seus direitos protegidos e resguardados.

A hipótese de trabalho a ser debatida é a seguinte: de acordo com as conceituações próprias da dipsomania (ausência de repetitividade temporal e impulso incontrolável não determinável por substâncias etílicas) e da síndrome de dependência do álcool (contidas no CID 10), não há uma regulamentação laboral e protetiva própria desse enquadramento psicopatológico, podendo ele estar, concomitantemente, sujeito às regras da justa causa (art. 482, f, CLT) ou simplesmente dentro da proteção das condições “clínicas ou fisiológicas”¹ laborais que garantem provisoriamente o emprego (ou, melhor

¹ Nesse ponto, é interessante abrir uma digressão no sentido que no CID 10, o catálogo internacional de doenças e distúrbios mentais, o termo utilizado é doença (*disease*, no original, em inglês). No entanto, em respeito ao tratamento mais humanitário e mais condizente com os direitos humanos, ainda que o escopo primordial do artigo não seja se aprofundar detidamente em temáticas como reforma psiquiátrica – que tem por mérito dedicação especial aos portadores de transtorno mental, primando pela evolução da clínica, em fazer o intratável, tratável (PEREIRA; PEREIRA, 2013, p. 60) – ou temas correlatos, utilizar-se-á os termos “condição” para substituir “enfermidade” e o termo “acometido” ou “condicionado” para substituir o termo “enfermo”. Todavia, ainda que o termo “dipsomaníaco” seja largamente empregado, por não haver, ainda,

dizendo, a continuidade do contrato laboral por tempo indeterminado). A tipificação da justa causa está condicionada a determinados elementos que devem estar presentes para a sua admissibilidade e sem os quais não será possível a correspondente arguição, tais como a gravidade, causalidade e atualidade. Esses elementos devem ser analisados para se chegar à relevância (ou não) do estudo da dipsomania.

A gravidade pode ser caracterizada pela ação qualificada como importante e capaz de trazer sérias e funestas consequências ao empregador; é aquele ato que atinge os “limites máximos de tolerância previstos, chegando ao extremo absoluto de não ter mais condições de permanecer coma relação de empregado” (OLIVEIRA, 2009, p. 226). No caso em apreço da dipsomania, e do comportamento do acometido por ela em seu labor, a gravidade é patente, ainda que o risco varie de acordo com a atividade desenvolvida pelo empregador. Um empregado sob o efeito de etanol pode ser potencialmente ofensivo para a saúde do público em geral, para os demais colegas de trabalho, para o seu empregador, e, inclusive para si mesmo (ou seja, verifica-se, nessa sorte, também, o requisito mencionado da causalidade intrínseca ao ambiente laboral). É um risco objetivo e calculável, e que o empregador não pode assumir, nem subjetivamente por si mesmo, e nem mesmo objetivamente em função da péssima reputação e na má veiculação de sua imagem, empresa, produto ou serviço. Daí, a se concluir que a gravidade atinge um grau máximo de inaceitabilidade. Certamente a atualidade do comparecimento sob a influência de substância etílica influencia na aplicação da justa causa, como elemento subjetivo a ser julgado pelo empregador (CICLIO, 2000, p. 26), todavia, não afastar o empregado dipsomaníaco de suas funções, pondo em risco outras pessoas, é uma atitude temerária do empregador, ainda que sua intenção seja apenas “desculpar o empregado faltoso”. Assim sendo, por mais que não se tenham dados específicos e estatísticos de quantos empregados são dipsomaníacos ou de quanto prejuízo eles são capazes de causar no curso de suas jornadas laborais, é salutar a expressividade da hipótese de trabalho levantada na pesquisa em andamento.

Como resultado, em respeito à plena efetivação dos direitos humanos, principalmente naquilo que eles são atinentes ao labor e ao pleno emprego, é necessário defender uma aplicação protetiva dos indivíduos em condições nocivas da dipsomania, sendo imperioso aplicar-lhes as mesmas decorrências dadas aos demais dependentes químicos e etílicos, proteção do emprego, benefícios previdenciários, e, o mais importante de todas as derivações, tratamento médico adequado a sua condição clínica de risco.

um substitutivo que expresse melhor as suas propriedades clínicas e psicológicas, não podendo, portanto, como um todo a noção de “psicopatologia” inserta na presente análise, sendo ela apenas relativizada.

Didaticamente, o presente trabalho, além da introdução em andamento, possui mais duas seções de desenvolvimento, sendo seguido das considerações finais. A estruturação do presente trabalho foi pensada em oferecer ao leitor uma melhor oferta didática do conteúdo a ser passado. Assim, a primeira seção do desenvolvimento (segunda seção do trabalho) conceitua o que é a dipsomania, em seu enquadramento clínico. Somente após essas definições, poder-se-á tratar na seção seguinte de pormenorizações jurídicas propriamente ditas. O escopo dessa separação não é dar um tratamento isolado da questão jurídica da questão psiquiátrica, pelo contrário, o intento no geral é mostrar a inter e a multidisciplinaridade do tema em questão, a pretensa separação em seções, como observado, serve, portanto, a propósitos meramente didáticos para facilitar a compreensão levantada como um todo.

A seção subsequente tem como escopo primordial trazer as conceituações necessárias e atinentes à dipsomania. Assim, nela se faz um breve resgate histórico, tentando sempre propor critérios diferenciais entre a dipsomania e o alcoolismo, para chegar ao atual enquadramento dessa condição, pesquisando, para tanto, diplomas como o CID 10 e o DSM-V.

A terceira seção faz a aplicação conceitual da dipsomania aos ambientes laborais contemporâneos, tentando extrair de tal método as consequências e repercussões laborais daí advindas para os portadores de tal psicopatologia. Nesse andamento, a seção em apreço faz um paralelo de tal condição médica com a necessária defesa dos direitos humanos dos pacientes com transtornos mentais, elemento fulcral para o tratamento digno para a sua condição, tanto em termos de tratamento médico especializado quanto com referência aos pormenores sociais (laborais e previdenciários).

De modo conclusivo, as considerações finais fazem um fechamento do trabalho em proposição, fazendo uma retomada de seus principais pontos, defendendo a aplicação dos direitos humanos aos indivíduos acometidos da psicopatologia em abordagem e dando o devido tratamento jurídico a sua condição médica-psiquiátrica. Proondo, portanto, em última instância, que o tratamento dessa psicopatologia seja feito de maneira particularizada, diferenciando-a do alcoolismo² para que todas as suas vicissitudes, laborais e médicas,

² Há uma razão eficiente para apartar a dipsomania do alcoolismo. Ela se evidencia sob dois prismas. O primeiro deles é o pouco conhecimento prático e teórico sobre o assunto, principalmente entre os operadores do direito que deveriam ter um conhecimento técnico mais aprofundado ao lidar com esses temas, juízes e advogados trabalhistas principalmente, os quais acabam nem conhecendo o termo ou não sabem diferenciá-los sob o enfoque científico. O segundo prisma diz respeito ao estigma social que a condição de usuário “descontrolado” de substâncias éticas ainda provoca. O indivíduo acometido pelo alcoolismo é facilmente taxado de fracassado, ao passo que o dipsomaníaco frequentemente é tido como um irresponsável esporádico e leviano. Rejeitar ambos os rótulos ajuda a trazer mais conhecimento técnico sobre o assunto, mas aproximar as duas condições, que são clinicamente diversas, apenas traz mais confusão para um tema não tão conhecido ou tão bem explanado academicamente.

possam ter suas condições psiquiátricas e sociais melhoradas em função do tratamento a elas dispensado.

2. DIPSOMANIA: DEFINIÇÕES HISTÓRICAS E ENQUADRAMENTOS ATUAIS

O termo “Dipsomania” possui sua origem no idioma grego, a partir do qual “Dipso” (no original *δίψα*) significa literalmente “sede” e “mania” faz menção à compulsão gerada pela desordem mental (o elemento incontrolável dentro das escolhas comportamentais e volitivas do indivíduo). Assim, dipsomania consiste, em sua transliteração etimológica uma “compulsão por beber”, especificamente, “beber” faz menção direta e inequívoca à ingestão de bebidas alcoólicas em geral. Dipsomania, portanto, é uma “sede” incontrolável pelo consumo de álcool (etanol), tendo como particularidade o período de incidência sobre o estado mental do indivíduo.

O termo em relevo foi cunhado pelo médico (fisiologista) alemão C. W. (Christoph Wilhelm, melhor mencionar o nome completo) Hufeland, em 1819, conforme indica Hasso Spode (1993, p. 125) ao prefaciar o trabalho médico-psiquiátrico de C. von Brühl-Cramer. A tradução direta de dipsomania para o alemão se faz pelo termo *trunksucht* (em uma tradução literal: “bebedeira”), que de modo mais abrangente faz menção à embriaguez de forma genérica. As descrições de Hufeland, e também de von Brühl-Cramer (citado por KIE-LHORN, 1996, p. 121) descreviam a dipsomania como sendo o uso “contínuo, remitente, intermitente, periódico e/ou de formas variadas” do etanol. De maneira mais abrangente, dipsomania foi o primeiro termo a tentar descrever o alcoolismo nos círculos médicos como uma (psico) patologia, e não (apenas) como um vício ou um desvio de caráter daqueles que assim se comportavam.

Nesse compasso, são de grande importância as considerações de Marianna Valverde (1998, p. 48) que indicam que o conceito de dipsomania evoluiu historicamente, uma vez que Hufeland em sua conceituação primordial, anteriormente mencionada, não fazia grandes diferenciações entre ela e o alcoolismo de modo geral, embora esse segundo termo ainda não tivesse sido cunhado. Somente no final do século XIX, que o termo dipsomania adquire contornos mais próximos dos quais se pretende usar no presente trabalho, pois a sua periodicidade etiológica passa a ser um fator de diferenciação entre a sua prevalência e as demais formas de alcoolismo, tais como síndrome de abstinência com *delirium* ou transtorno psicótico residual ou de instalação tardia, para citar alguns contidos na descrição do CID 10 f.10 (em que pese alguns pesquisadores insistirem em incluir a dipsomania no CID 10 f.10.6 – “síndrome amnésica”).

Nesse passo, levando-se em conta o elenco sintomático proposto por Griffith Edwards e Milton Gross (1976, p. 1058) para o enquadramento da Síndrome de Dependência do Álcool, e sua correspondência com o CID 10 f.10

(WHO, 2016) dos sete elementos fornecidos (Estreitamento do repertório; Sa- liência do comportamento de busca do álcool; Aumento da tolerância ao ál- cool; Sintomas repetidos de abstinência; Alívio ou tentativa de evitar os sinto- mas de abstinência pelo aumento da ingestão da bebida; Percepção subjetiva da necessidade de beber; Reinstalação após a abstinência), nenhum deles re- lacionados à abstinência são encontrados na dipsomania (ou seja, os quatro úl- timos elencados). Assim, é possível se estabelecer o elemento conceitual dis- tintivo que na dipsomania inexiste a dependência da substância etílica, como um padrão de repetitividade do ato, e, sim, um uso nocivo, episódico e exage- rado do álcool.

Assim, quem tenta enquadrar a dipsomania no CID f.10.6 (WHO, 2016) desconsidera a inexistência de dependência no quadro clínico do agente, haja vista ser impossível prever quando um novo período de crise ocorrerá, e, tam- bém, de maneira bastante incomum, considera que os lapsos temporais entre as crises são apenas distorções amnésicas, nas quais o agente não se recorda de ter entrado em crise e, por isso, também deixa de recorrer ao uso do álcool. Todas essas duas hipóteses são incoerentes, haja vista que não é prevalente a dependência, e sim o uso nocivo, como repisado, e tal uso ainda que possa ocasionar quadros de amnésia, eles não são os responsáveis pela não recorrê- ncia do uso contínuo de substâncias etílicas, é da própria construção psicopato- lógica da síndrome que ela não seja repetitiva ou recorrente em espaços tem- porais determinados ou determináveis, como o são na síndrome de dependên- cia alcoólica. Não obstante, o elemento comum a ambas as patologias é o uso de substâncias alcoólicas, no entanto, esse uso se diferencia tanto tópica quanto regularmente, sendo considerada uma dependência ou não, e como tal dependência influencia na abstinência do uso operado pelo agente porta- dor da condição, caracterizando, portanto, duas formas diversas de psicopato- logia associada à ingestão de substâncias etílicas.

A princípio, aparenta-se que o uso nocivo do álcool é um estágio preté- rito da dependência, certamente, quando se trata da síndrome da dependên- cia alcoólica, há essa evolução clínica, de modo que o dependente recorrente do álcool é alguém que previamente dele abusou. Todavia, quando se fala da psicopatologia da dipsomania, não há nenhuma garantia de que haverá a evo- lução para a dependência, podendo o quadro clínico se estabilizar no abuso eventual, não contínuo e esporádico de substâncias etílicas. Caso essa seja a situação em apreço, não haverá a evolução para um quadro clínico próprio do alcoolismo descrito no CID 10 (WHO, 2016), e, sim, um quadro dipsomaníaco típico, tal como descrito e pormenorizado nesse trabalho. Inexiste uma dife- renciação técnica-laboral que ateste, precipuamente, que certas áreas (ou ati- vidades) da vida cotidiana sejam atingidas quando há dependência e que ou- tras, de maneira totalmente diversa, possam ser desempenhadas a contento sem que sofram algum decréscimo em sua prestação ainda que sob o efeito do

etanol. Assim, a partir de tal incipiência, é possível asseverar que são duas psicopatologias que podem vir a incidir, de modo diverso e, por vezes, concomitante ou sucessivamente, sobre o mesmo agente portador da síndrome.

Como bem salienta Sarah W. Tracy (2009, p. 18), historicamente, a dipsomania foi classificada como tendo certas características que a diferencia das demais formas de alcoolismo, fisiológica e socialmente falando. Nosologicamente, ela é uma forma de insanidade, um estado mental de alteração profunda e transitória, embora não propriamente psicótica. Ademais, ela possui um elemento hereditário em sua “transmissibilidade genética”, acumulados a cada geração. E, em termos sociais, a dipsomania está atrelada às classes média e alta. Esses indicativos, como ditos inicialmente, são pormenores históricos, pois, atualmente, não há nenhuma comprovação científica da transmissibilidade genética ou até mesmo da incidência apenas nas classes sociais mais elevadas, como se o alcoolismo fosse algo relegado apenas às classes menos privilegiadas, fazendo da dipsomania uma patologia mais “requitada”. O único diferencial que permanece válido, desde o início da descrição patológica da dipsomania, é o seu caráter súbito e impulsivo da urgência pela ingestão excessiva de substâncias etílicas por um determinado e contido lapso temporal.

Diferentemente do que alguns apontam (WILSON, 2005, p. 65), a dipsomania não pode ser considerada apenas mais um sintoma ou uma fobia dentro do contexto maior de uma psicopatologia (como se o alcoolismo fosse esse contexto nosológico maior, no qual a dipsomania se insere). Se assim o fosse, o elemento temporário, episódico e incontrolável, seguido por longos períodos sem manifestação patológica não deveriam ser considerados na contextualização da prevalência da dipsomania como uma psicopatologia diversa do alcoolismo, sendo, apenas, um mero sintoma. A diferenciação entre dipsomania e alcoolismo sempre foi complexa e intrincada, sendo o alcoolismo por vezes considerado a causa da dipsomania (TONER, 2015, p. 200), e, em outras circunstâncias, sendo a dipsomania, por seu turno, considerada como um estágio³ do alcoolismo (JELLINEK, 1960, p. 79). Nenhuma dessas considerações são acuradas, já que inexiste uma relação de causa e efeito entre dipsomania e alcoolismo, elas são duas psicopatologias⁴ que repartem um mesmo elemento

³ Para Jellinek, a dipsomania é o último estágio do alcoolismo, denominado também de “alcoolismo ε” (alcoolismo Épsilon). Estágio bastante deteriorado da saúde do agente, descrito como “impossibilitado de receber ajuda” ou de “alcançar melhora”. A grande crítica feita às definições de Jellinek diz respeito ao fato de ele não traçar uma “linha normogenética” para o consumo de substâncias etílicas, de modo que toda e qualquer ingestão de álcool para ele já é considerado um estágio da enfermidade por ele abordada.

⁴ Esse é o entendimento psiquiátrico mais acurado, em termos de definições etiológicas das duas patologias, no entanto, como se verá mais adiante, poderá ser possível, em termos jurídicos, que se tente enquadrar a dipsomania dentro do CID 10 F.10.2 para efeitos protetivos ao empregado.

em comum, o consumo desmedido de substâncias alcoólicas, todavia, não estão contidas entre si, nem se relacionam como se fossem estágios comuns para uma condição patológica mais avançada.

Nesse compasso, a dipsomania necessita ser diferenciada do abuso habitual, ordinário, rotineiro e diário de substâncias etílicas (LANDE, 2012, p. 202). Um dos relatos históricos mais emblemáticos de um dipsomaníaco dado pelo próprio R. Gregory Lande é o de Noé, o personagem bíblico do Antigo Testamento (Gênesis, capítulo 9, versículos de 20 a 24). O caráter episódico, a compulsão incontrolável pela bebida (o vinho, na história bíblica), o comportamento deplorável, e a posterior repetição não habitual ou ordinária da embriaguez denotam o comportamento dipsomaníaco de Noé (BÍBLIA, 1962). Diferenciando-o, assim, do ébrio habitual e contumaz, que até pode ter uma sanha incontrolável pela bebida alcoólica, mas tal inclinação não é simplesmente episódica, não pode ser tida como meramente eventual, ela acaba por exigir uma repetitividade habitual e costumeira, até se tornar repetitiva dentro de sua conduta ordinária e em sua rotina.

Assim, a dipsomania se caracteriza como um impulso que vem subitamente e após um breve período sucumbe, sucedido por um intervalo razoável sem recorrência, usualmente tal impulso persevera por um lapso temporal que varia de um dia a duas semanas em média (BABOR; LAUERMAN, 1983, p. 126). Durante o período de crise, o agente perde o controle sobre suas obrigações morais, familiares e costuma se evadir dos seus afazeres laborais. Essas repercussões sociais são comuns tanto na condição do alcoólatra⁵ quanto do dipsomaníaco, no entanto, por serem condições psicopatológicas diferentes, é necessário salientar esse ponto de encontro e de similaridade entre ambas.

Com as conceituações fornecidas, é possível observar que a dipsomania não se confunde com a síndrome de dependência alcoólica, vulgo, alcoolismo nos moldes dados pelo CID 10 (WHO, 2016). Sua ocorrência temporal, sua urgência pela ingestão descontrolada em um período de tempo sem determinação etiológica a diferenciam de tal maneira que nos tempos em que o agente não está em crise não há como apontar que ele sofre de uma psicopatologia associada ao uso nocivo do álcool. Assim sendo, nos momentos em que não há a urgência compulsiva pelo uso de substâncias alcoólicas, a impressão causada é que o agente não padece de uma condição (psico)patológica, principalmente porque o consumo dessas substâncias não é contínuo, tampouco os efeitos da abstinência são denotados de forma vigorosa. Tais definições obscurecem um pouco o possível tratamento jurídico que pode ser dado a essas situações, como será mais bem escrutinado na seção subsequente desse trabalho.

⁵ Destaque-se, desde o início que os termos alcoólatra e alcoolista possuem o mesmo sentido e significado. No entanto, dipsomaníaco e alcoolista (ou alcoólatra) denominam patologia psiquiátricas diversas, não sendo, portanto, tais termos intercambiáveis como sinônimos.

A dipsomania pode ser inserida no quadro classificatório de outro manual médico relevante, embora não tão normativo quanto o CID 10 (WHO, 2016), denominado Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (conhecido usualmente pela sua sigla em inglês: DSM-5), sob a determinação descritiva do Transtorno Relacionado ao Álcool Não Especificado, com a marcação 291.9 (F10.99). O manual descritivo, nessa categoria genérica, assevera as psicopatologias mais abrangentes como sendo:

[...] um transtorno relacionado ao álcool que causam sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social, profissional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo predominam, mas não satisfazem todos os critérios para qualquer transtorno relacionado ao álcool específico nem para outro transtorno na classe diagnóstica de transtornos relacionados a substâncias e transtornos aditivos (APA, 1987, p. 503).

Nessa definição dada se incluem os transtornos que não atendem critérios de repetições de lapso temporal que caracterizem dependência, não exibem padrões de abstinência, e, em última instância, não podem ser caracterizados como aditivos, ou seja, não há um vício a ser explorado clínica e medicamente, de modo que seja enquadrado como uma das derivações do alcoholismo, como nas subdivisões dadas pelo CID 10 (WHO, 2016), até por isso que não é correto enquadrar a dipsomania de acordo com esse diploma médico da OMS, como já argumentado anteriormente.

Ainda que a relevância da definição dada pela APA, contida no DSM-5, seja inegável, a sua repercussão jurídica, como se verá mais bem explanado na seção subsequente, não é tão prevalente quanto às indicações contidas no CID 10 (WHO, 2016), da OMS. Por causa disso, e também em função de o conteúdo do CID 10 (WHO, 2016) ser bem mais específico em suas conceituações, a dipsomania acaba por não ser bem enquadrada como uma enfermidade (ou até mesmo como uma condição de síndrome), nem dentro da conceituação de alcoholismo dada no CID 10 (WHO, 2016), sendo apenas recepcionada pelo caráter mais abrangente e residual dado no DSM-5 (APA, 1987, p. 503). Por causa de tais diferenciações conceituais, a classificação da dipsomania e sua repercussão no ambiente jurídico (laboral mais especificamente) acabam por ser algo complexo e que suscita algumas pormenorizações emblemáticas.

3. JUSTA CAUSA, PROTEÇÃO E O VÁCUO INTERPRETATIVO-LEGAL: DIPSOMANIA E SUAS REPERCUSSÕES LABORAIS

Ao se debater a questão da dipsomania em limites jurídicos e legais, o primeiro elemento normativo a ser tomado por base é o artigo 482 da CLT (BRASIL, 1943), mais especificamente a sua *alínea f*, o qual enuncia que: “Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: [...] f) embriaguez habitual ou em serviço; [...]”. Ou seja, a condição inebriante e as

alterações fisiológicas e psíquicas ocasionadas pela embriaguez conduzem a possibilidade do encerramento do contrato de trabalho por justa causa, ou seja, por “culpa” do empregado no curso de seu contrato laboral.

A supracitada alínea é fundamental para a compreensão mais acurada do tema proposto, e ela contém três elementos básicos que deverão ser mais bem destrinchados adiante para que tal intento seja alcançado. Tais elementos são: “embriaguez” (estado inebriante pela ingestão de substâncias etílicas), a “habitualidade” (repetitividade em certo lapso temporal) e “em serviço” (ou seja, durante a jornada de trabalho propriamente dita); havendo uma conjunção alternativa entre a “habitualidade” ou “em serviço”, que será de grande importância para a contextualização geral do tema em andamento.

Outrora, na época da confecção do diploma celetista, o intento estatal consistia em promover uma repressão ao alcoolismo pela via da dispensa, haja vista que a embriaguez habitual era vista única e exclusivamente como um vício social, e não como uma enfermidade, tal como ela pode ser tratada hodiernamente (TEIXEIRA, 1985, p. 9). A evolução jurisprudencial denota que a preocupação do Estado deixou de recair sobre o pretenso “vício social” do consumo patológico do etanol e passou a ser atinente à saúde do empregado, de modo que a sua dignidade e a sua sanidade passaram a ser mais importantes no contexto jurídico. Ainda que a mencionada evolução jurisprudencial seja patente, ela ainda não é um posicionamento jurisprudencial plenamente pacífico e consolidado (ainda que seja majoritário), em virtude desse ponto, alguns autores, como, por exemplo, Vólia Bonfim Cassar (2014, p. 1073), considera tanto a dependência quanto o uso abusivo do álcool como um “vício”, e não como uma doença digna de tratamentos clínicos e encaminhamentos previdenciários. Se a autora em relevo tem essa posição firmada com relação ao alcoolismo, difícil imaginar que ela sequer venha a considerar a dipsomania como algo diverso desse enquadramento de “vício social”, por fim, ela termina seu equívoco interpretativo ao indicar que por ser um vício, está ao talante do empregador decidir sobre a resolução do contrato do trabalho. Esse posicionamento é ultrapassado e não respeita os ditames mínimos dos direitos humanos⁶, não considerando alcoolismo nem a dipsomania psicopatologias, desdenhando fortemente da condição do empregado, relegando-o à marginalização social e sua consequente estigmatização.

⁶ Ao se mencionar o termo “direitos humanos” no presente trabalho se deve ter em conta a forma como ele é recepcionado por textos constitucionais contemporâneos em alusão aos Direitos Humanos fundamentais. Eles foram criados e apregoados como instrumentos de garantia e viabilização da dignidade da pessoa humana, seja no aspecto protetivo, econômico, social e/ou cultural (GIMENEZ; DEL’OLMO; ANGELIN, 2017, p. 269). Ou seja, o modo particularizado como se atém essa esfera de direitos ao conceito elementar dos direitos ao/do trabalho digno, à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tendo-se sempre por norte como esses di-

Há uma atualização jurisprudencial sobre a disjunção entre a habitualidade da embriaguez e a sua ocorrência em serviço. Por embriaguez, deve se compreender o estado de excitação e euforia causado pelo consumo de substâncias etílicas (etanol), tal como se utiliza para caracterizar as condicionantes psicológicas daí decorrentes (expostas no CID 10.F). Todavia, quando a embriaguez se dá por habitualidade, e a condição é constatada clínica e factualmente por laudos médicos, não há a caracterização da justa causa⁷. Nesses casos de alcoolismo, o que há é uma incapacitação para o trabalho, sendo o empregado apto a gozar de garantia provisória de seu emprego, ele deve ser tratado e não dispensado do seu emprego (TEIXEIRA NETO, 2006, p. 139). Nessa perspectiva, é possível se compreender que o enquadramento do alcoolismo como uma condição que incapacita para o labor, e não como uma simples conduta apta à dispensa motivada, é um ponto consolidado na jurisprudência, principalmente por se valer, subsidiariamente, do enunciado da Súmula nº 443⁸ do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2012) para tal fim. Ou seja, o alcoolismo é enquadrado como uma doença grave, que gera estigma social (RONZANI; FURTADO, 2010, p. 327), e seu portador deve ser reintegrado ao emprego, tornando-se inválida sua dispensa (ato nulo de pleno direito), além do fato que se presume discriminatória a dispensa, ensejando, portanto, danos morais⁹ a serem pagos ao empregado.

Assim, considerando o alcoolismo como condição incapacitante para o trabalho (entendimento que deve ser transmutado à dipsomania, repise-se), não deve haver uma simples imposição do poder disciplinar (que pode culminar na resolução do contrato de trabalho), e sim, o devido encaminhamento para tratamento medicinal (DELGADO, 2012, p. 1.220). A imposição irrestrita de sanções advindas do poder disciplinar do empregador sobre um empregado psicopatologicamente acometido pela síndrome é uma violação flagrante

reitos são capazes de desempenhar um papel imprescindível no que concerne a pensar as Teorias do Direito, da Constituição, da Política em um sentido ético e político (STOLZ; SOUZA; OPUSZKA, 2015, p. 413).

⁷ Vide Recurso ordinário nº 00020-2007-011-10-00-4 do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (BRASIL, 2007); Recurso de revista nº 45540-40.2006.5.15.0092 do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2011); e Recurso ordinário nº 00012496420135060122, do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª (BRASIL, 2015a).

⁸ Súmula 443, TST: Dispensa Discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou Preconceito. Direito à reintegração. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25.09.2012: “Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego”.

⁹ A jurisprudência não é pacífica quanto ao cabimento de danos morais, havendo julgados que negam o pagamento de tais verbas, vide o Recurso ordinário nº 00804-2014-101-03-00-0 da 3ª Região (2015b).

dos direitos humanos laborais¹⁰, não resguardando e protegendo sua frágil condição psiquiátrica e vilipendiando sua condição social e econômica.

No entanto, há de se indicar que essa argumentação (e seu raciocínio jurídico) não é aplicável à segunda parte da alínea *f* do artigo 482, da CLT (BRASIL, 1943), a qual fala da embriaguez em serviço, caso, obviamente, ela não derive da condição de um alcoólatra habitual, o qual estaria protegido nessa eventualidade, por ser portador da síndrome dispomaníaca. Todavia, o uso eventual de etanol acompanhado pela presença alcoolizada em serviço enseja a justa causa. De modo que o uso nocivo (e indevido) do álcool, desde que não caracterize o alcoolismo, enquadraria na hipótese de dispensa motivada justificadamente descrita na parte final da alínea em apreço. Assim sendo, o uso do álcool não justifica a garantia provisória do empregado por motivo incapacitante por si só, é necessária que seja comprovada a situação de ele ser um portador da síndrome em apreço, segundo as classificações contidas no CID 10 (WHO, 2016), para que seja efetivada a proteção do seu emprego, haja vista que, em última instância, sua saúde deve ser preservada, e cuidados médicos devem ser dispensados nesses casos.

A maioria das decisões, a exemplo das que foram anteriormente referidas, falam que o “alcoolismo crônico” não é motivo para a justa causa trabalhista. Não obstante, apesar de não fazer a distinção técnica entre alcoolismo e uso abusivo do álcool, essas decisões também costumam fazer referência ao CID 10 (WHO, 2016), ou seja, elas sempre referenciam a norma da OMS para encontrar um fundamento basilar para que o alcoolismo seja encaixado como uma condição incapacitante, e não como uma falha laboral no curso do contrato de trabalho. Esse enquadramento do alcoolismo dentro do plano do CID 10 (WHO, 2016) é importante para servir de motivação racional justificada para os magistrados que assim se posicionam, já que essa argumentação que o alcoolismo não é motivo para a justa causa é tido como sendo amplamente majoritária. Todavia, para os propósitos de análise da dipsomania e suas repercussões justrabalhistas, o necessário enquadramento no CID 10 (WHO, 2016) acaba por ser um entrave no seu reconhecimento como uma condição

¹⁰ Usualmente, o termo direitos humanos laborais não é algo muito corrente, seja em função da querela teórica entre a indivisibilidade dos direitos humanos e a sua repartição por fases históricas (em que os direitos laborais seriam uma forma mais recente de direitos humanos), ou até mesmo em função do pouco uso de tal expressão. Importante destacar que seu conteúdo diz respeito à acepção dos direitos humanos do trabalhador está voltada para os direitos mínimos que promovem e asseguram a sua dignidade (CECATO, 2007, p. 357). Essa, por sinal, é a função precípua da Organização Internacional do Trabalho – OIT, cuja atribuição é universalizar direitos e condições laborais mínimos, tendo como núcleo “humano e laboral” o direito a proteção jurídica à saúde da trabalhadora e do trabalhador, com ênfase no aspecto preventivo do ambiente laboral (STOLZ; SOUZA; OPUSZKA, 2015, p. 408). Derradeiramente, ao se falar de direitos humanos laborais, há de se centrar no entendimento que eles visam garantir dos poderes públicos não só a proteção de suas liberdades individuais, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego (PENA; DIAS, 2014, p. 40).

incapacitante para o labor, e, consequentemente para o afastamento para tratamento de saúde, e possível reintegração ao emprego como forma de protegê-lo de uma dispensa motivada por justa causa. As referidas decisões mencionam o termo “alcoolismo crônico”, sem fazer a disposição dialética do que seria um “alcoolismo agudo” (ele parece se contrapor ao consumo eventual de substâncias alcoólicas), e tampouco, debatem se outras formas de alcoolismo também se sujeitam ao mesmo regramento da súmula 443 do TST.

Certamente, todas as modalidades do alcoolismo tal como descritas no CID 10 f. (WHO, 2016) são merecedoras do mesmo tratamento jurídico, sendo pouco importante para um magistrado trabalhista saber diferenciar as mais diversas formas de alcoolismo incluídas no rol dos transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool. No entanto, nem o termo dipsomania, nem a sua definição como já debatido na seção precedente, encontram-se incluídos textualmente no CID 10 f. (WHO, 2016). Esse é um problema para as repercussões jurídicas do quadro clínico do dipsomaníaco, já que a proteção ao empregado nesse caso resta insuficiente, por existir uma lacuna conceitual-dispositiva do CID 10 (WHO, 2016), e também pouco conhecimento no tratamento dessa matéria.

Para uma solução aos casos em que se verifica e se atesta clinicamente o quadro da dipsomania, faz-se premente que seja dado o mesmo tratamento aos alcoólatras “crônicos”, por mais que a apresentação comportamental do dipsomaníaco seja “aguda”, com intervalos intermitentes, não sendo algo tão facilmente perceptível, principalmente para o empregador, leigo no assunto, reconhecer que também se trata de uma condição parecida com o alcoolismo “crônico”, mas, que, à primeira vista, pode parecer mais com uma embriaguez eventual e em serviço (o que daria azo à aplicação da justa causa). Mesmo sem o CID 10 (WHO, 2016) ser específico para casos de dipsomania, a descrição clínica e fisiológica das alterações mentais, neurológicas, cognitivas e comportamentais do empregado dipsomaníaco é bastante para assegurar a proteção da sua condição de empregado dipsomaníaco e o devido encaminhamento para tratamento e recebimento de benefícios previdenciários (BRASIL, 1991, 1999)¹¹ – tal como ocorre nos casos de alcoolismo crônico (MARTINS, 1999, p. 41) – por quanto que perdure o seu afastamento incapacitante. Sem a combinação de tratamento e percepção de benefícios previdenciários, é bastante complicado que o quadro clínico-psiquiátrico do acondicionado melhore, principalmente por causa das repercussões e decréscimos sociais que a ausência de tal proteção poderá ocasionar: desestruturação familiar, desequilíbrio econômico financeiro, impossibilidade de continuar o tratamento, dentre outras decorrências negativas semelhantes.

¹¹ Nos termos do artigo 59 da Lei nº 8.213 de 1991, e do artigo 71 do Decreto nº 3.048 de 1999, o qual regulamenta a lei em apreço.

Importante destacar, como o faz Vólia Bonfim Cassar (2014, p. 1.075) que a percepção previdenciária do auxílio-doença para os alcoolistas está condicionada a vontade do empregado de se tratar e o efetivo acompanhamento médico de sua evolução clínica (internação), sob pena de o Estado estar a custear o consumo indevido e imoderado de substâncias etílicas. Entendimento semelhante deve ser aplicado ao dipsomaníaco, ele não pode simplesmente ficar sob as expensas previdenciárias sem que esteja a se tratar. Há uma expectativa de retorno do empregado nessas condições, supõe-se que um dia, após o tratamento de sua psicopatologia, ele será capaz de voltar ao seu posto laboral, e reassumir normalmente suas funções.

Negar o provisionamento adequado ao tratamento de saúde necessário aos dipsomaníacos corresponde a negar-lhes o direito humano mais básico ao tratamento de sua desordem mental. Isso representa perpetuar o modelo social que endereça constrições ambientais que limitam as pessoas que sofrem de tais condições psíquicas para que elas sejam capazes de se engajar na vida comunitária, enfatizando assim o estigma, a discriminação desigualdades sociais, serviço inadequado e provisionamento deficitário em tratamento de saúde (WELLER, 2010, p. 69). Tal perspectiva é ainda mais agravada quando corre de um ambiente laboral, o qual deveria ser um facilitador para o futuro retorno ao convívio social do dipsomaníaco, após as fases mais intensas do seu tratamento, momento no qual o convívio laboral é de grande importância para o aumento de sua capacidade de resiliência e reintegração social como um todo.

Dados estatísticos informam que aproximadamente 90% dos acometidos em tratamentos psiquiátricos no geral pretendem ingressar ou retornar ao mercado de trabalho (BOARDMAN et al., 2003, p. 467). Esse dado demonstra que o labor exerce uma grande influência na percepção subjetiva da dignidade de cada um dos portadores da síndrome, e que ele é um foco maior na construção de seus mecanismos de resiliência (como forma de luta contra a desordem mental) e também no enfoque de seus objetivos e planejamentos futuros. Certamente, esse enquadramento é salutar para aqueles que merecem ter seu emprego protegido e amparado em função de uma condição psiquiátrica superveniente. Ainda que não haja dados específicos quanto a esse grupo, os 90% no total já indicam que dar guarida aos direitos humanos laborais dos acometidos nessas condições mentais garante-lhes uma perspectiva de melhora e de retorna mais bem abrangente e significativa.

A proteção dos direitos humanos dos dipsomaníacos inclui a noção de que eles devem ser tratados como acometidos por uma síndrome causada pela ingestão de substâncias etílicas (ASHWORTH; GERADA; DOYLE, 2009, p. 61) e cabe tanto ao Estado zelar por tal condição e protegê-la de violações (no caso em concreto, oferecendo tratamento psiquiátrico e também benefícios previdenciários) e aos entes privados também é necessário que prestem o devido

respeito a tal condição médica (GOSTIN; GABLE, 2004, p. 21), encaminhando-os ao tratamento adequado disponível, e não simplesmente dispensando-os “motivadamente”, como, a rigor, prevê a CLT. Assim, reverte-se a lógica do descompasso histórico ainda ínsito no artigo 482, f, da CLT (BRASIL, 1943), pois, ao invés de punir o empregado acometido com a síndrome em relevo com a dispensa motivada, deve-se, ao contrário de espargi-lo do meio social, acolhê-lo com tratamentos adequados a sua condição mental e garantir-lhe a possibilidade de se inserir nos quadros previdenciários, suspendendo-se o seu contrato laboral (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2013, p. 759). Essas duas medidas são as mais adequadas para que se promova o respeito e a sua integração conforme os ditames escorreitos dos direitos humanos prevalentes na atualidade jurídica.

Certamente, a defesa em prol da aplicação dos direitos humanos atinentes ao labor é uma iniciativa e uma defesa válida para todos os indivíduos em condições de desordem mental, não sendo alo válido unicamente para os casos levantados no presente estudo. Todavia, o que se pretende ao colocar essa argumentação em relevo é que tais premissas protetivas também sejam estendidas a todos os que são acometidos pela psicopatologia da dipsomania, pois o que se tem observado é que aqueles que se encontram em tais condições usualmente não são enquadrados como detentores de tais proteções, daí a necessidade de se colocar os direitos humanos para os que sofrem de transtornos mentais, e, particularmente, para os dipsomaníacos. Ou seja, por mais que seja uma defesa mais ampla de aplicação e efetividade dos direitos humanos de labor para todos, uma proteção detida e adequadamente enquadrada deve ser fornecida e solidificada para os acometidos pela dipsomania – e não apenas para os alcoolistas ou dependentes químicos de substâncias ilícitas, por exemplo.

Caso a mencionada alínea *f*, do artigo 482, da CLT (BRASIL, 1943), seja aplicada implacavelmente aos adictos de modo geral, e principalmente aos dipsomaníacos, que não exibem tal adição de forma tão cabal assim, o que ocorrerá é o “ciclo vicioso” vislumbrado por Daniel Tarantola (2007, p. 12) que envolve a saúde física, mental e os direitos humanos. Assim, segundo o autor em destaque, aqueles que experimentam violações de direitos humanos estão sujeitos a um risco crescente de experienciar também problemas de saúdes físicas. Consequentemente, uma saúde deficitária (ou um provisionamento de tratamentos de saúde deficitários), por seu turno, torna recrudescente a suscetibilidade individual de violações aos direitos humanos. Esses aspectos negativos são cílicos e se alimentam reciprocamente, de maneira que o déficit na atenção à saúde física (ou mental) gera um aumento às chances de vilipêndios de direitos humanos. Dessa maneira, cada vez mais que elementos básicos dos direitos humanos também são extirpados ou negados, os danos à saúde são sempre crescentes e substanciais. Assim, vedar ao dipsomaníaco o tratamento

adequado ao seu transtorno mental é o primeiro passo para agravar sua condição clínica geral, e, derradeira e sequencialmente, agravar sobremaneira, ainda mais, seu quadro social e médico como um todo, segundo o ciclo abordado e descrito por Tarantola.

Sem o reconhecimento da condição de um acometido com desordens de natureza psíquica, não há como haver resguardo aos dipsomaníacos, e uma de suas atuações sociais que são mais fáceis de ser vilipendiada em sua dignidade humana é justamente o seu labor. Havendo disposições legais (normativas) que possibilitem a dispensa de pessoas em tais condições, é impossível que seus direitos humanos mais básicos sejam garantidos, até porque com a perda de seu posto de trabalho outras áreas da vida do dipsomaníaco tendem a ruir, e, consequentemente se desestruturar de forma indelével. A proteção do emprego, não apenas com a retirada da justa causa, bem como também a vedação a tal ato, são medidas necessárias para o devido resguardo da dignidade e dos direitos humanos dos empregados em tal condição de saúde mental (e física).

Não obstante, há de se observar que o dipsomaníaco, em sua rotina de convívio laboral, nem é tão absenteísta quanto o “alcoolista” nos dizeres de Pedro Paulo T. Manus (1995, p. 141), o qual termina por considerar o alcoólatra merecedor da condição de portador da síndrome justamente por faltar recorrentemente ao trabalho. Assim, o critério da presença ao trabalho pelas faltas repetitivas do alcoolista crônico, em detrimento da eventual falta ou presença alcoolizada, até mesmo consumindo etanol em serviço, devido a sua sanha compulsiva por beber, ou, melhor dizendo, o apetite incontrolável pela ingestão de álcool (CROWLEY, 1997, p. 169) do dipsomaníaco, não faz dele menos merecedor da proteção jurídica em tela. O quadro de manifestação da compulsão pelo consumo de substâncias éticas no dipsomaníaco pode até se manifestar com menos repetitividade do que no “alcoólatra crônico”, todavia, a sua intensidade e a sua incapacitação para o labor são aspectos tão relevantes para a sua persistência no quadro clínico quanto o que ocorre na dependência alcoólica ínsita aos casos textualmente amparados e descritos pelo CID 10 f. (WHO, 2016), já comentados e debatidos preteritamente.

Derradeiramente, há de se falar do caso normativo contido no artigo 235-B, inciso VII e parágrafo único da CLT (BRASIL, 1943), que um dos deveres do motorista profissional empregado é submeter-se a exames toxicológicos com janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com sua ampla ciência, pelo menos uma vez a cada 2 (dois) anos e 6 (seis) meses. O parágrafo único do dispositivo legal em relevo estabelece que a recusa do empregado em se submeter ao teste ou ao programa de controle de uso de droga

e de bebida alcoólica previstos no inciso VII será considerada infração disciplinar, passível de penalização nos termos da lei (ou seja, passível de aplicação do artigo 482, f, da CLT).

O caso descrito no artigo 235-B, da CLT (BRASIL, 1943), é passível de detectar com maior facilidade e mais rapidamente um empregado que esteja acometido com a condição do alcoolismo nos ditames do CID 10 f. (WHO, 2016), já que a recorrência do uso de substâncias etílicas fatalmente ocorrerá no intervalo de tempo estipulado pela própria lei. Todavia, o caso dos empregados dipsomaníacos merece maior cuidado na análise, já que o interregno entre uma crise compulsiva de ingestão de etanol e outra pode se dar entre as medições e testes efetuados para aferir o controle de uso de substâncias incapacitantes e proibidas. Assim, é possível que o dipsomaníaco escape, eventualmente, da detecção por esses testes sem que a sua condição de sucumbente eventual ao etanol seja extirpada, podendo aleatoriamente a crise se manifestar entre o controle e a realização de suas atividades laborais. Nesse caso bastante singular, ainda assim, há de se reclamar uma proteção ao emprego de tais indivíduos, pois sua condição de dipsomania mascara parcialmente o seu problema de saúde, fazendo com que, nem sempre, tais testes tenham uma eficácia plena de controle e de prevenção de acidentes, já que essa é a sua finalidade precípua.

Nessa toada, mesmo que o artigo 235-B faça uma ressalva específica para as atividades dos condutores veiculares, a CLT (BRASIL, 1943) não pode servir para excluir apenas uma categoria da proteção ao emprego e a manutenção da saúde de tais empregados, sendo certo que, mesmo sujeitos ao controle de consumo de substâncias tóxicas (lícitas e ilícitas), os empregados integrantes dessa categoria profissional se encontram abrangidos aos mesmos ditames e proteções em caso de condições de saúde relacionadas ao álcool, seja o “alcoolismo crônico” ou até mesmo a dipsomania. Desse modo, não se ajusta à proteção da dignidade do trabalhador que haja uma exclusão categorial em virtude da natureza do trabalho efetuado, ainda que ele demande mais atenção e que os riscos sejam globalmente mais exponenciais.

Com base nas determinações “doutrinárias” e jurisprudenciais, pode se perceber que não há um tratamento específico dado à dipsomania na seara jurídica, tanto quanto se é dispensado ao alcoolismo. Tal fato não se deve nem a não se haver um aprofundamento detido no tema por desídia ou desinteresse, e, sim, sugere-se, em virtude de a ocorrência estatística do alcoolismo ser algo bem mais substancial e prevalente que os casos de dipsomania, que nem sempre são percebidos e até mesmo diagnosticados clinicamente. Todavia, mesmo não se encaixando nas definições do CID 10f., não há motivos jurídicos e técnicos (do ponto de vista da psicologia jurídica ou da psiquiatria) para esquivar a proteção laboral aos dipsomaníacos. Ainda que não haja o pleno en-

caixe textual nas disposições do mencionado diploma da OMS, a saúde do empregado acometido nessa condição deve ser respeitada e resguardada com o mesmo empenho dispensado àqueles considerados como alcoolistas crônicos, por mais que a doença incapacitante não seja a mesma, embora reparta a mesma origem comum.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos conclusivos, há de se asseverar que a maior parte da complexidade em se tratar a dipsomania sob a ótica legal decorre de inconsistências técnico-psiquiátricas em desenvolver um conceito específico e que possua o lastro “normativo” dentro das normas da OMS (CID 10 – WHO, 2016). Sem a necessária e imperiosa definição segundo a OMS sobre o que se trata e como se pode ser descrita cabalmente a dipsomania, restam apenas diplomas médicos auxiliares para descrever a condição incapacitante, como é o caso do DMS-5.

Tal escorço clínico paralelo é o suficiente para o enquadramento pretendido (da dipsomania como uma psicopatologia própria e apartada do alcoolismo), no entanto, o empreendimento mais detido do trabalho em conclusão necessita de uma conceituação mais aprofundada, de uma descrição diferencial própria, que possibilite a compreensão definitiva e inarredável da dipsomania como uma condição mental incapacitante ao labor. Esse entendimento é fundamental e indispensável para que as decorrências laborais de tal condição psiquiátrica seja melhor compreendida e que suas consequências tenham o melhor tratamento jurídico possível.

Nesta contextualização, os direitos humanos dos pacientes mentais devem ser sempre trazidos à baila, pois, negar o tratamento adequado (clínica e socialmente) a tais pessoas consiste em deixa-las a margem de tais direitos, reduzindo-lhes sua humanidade, e apartando-as do convívio social e de qualquer possibilidade de melhorias em sua saúde. Assim, a defesa de direitos previdenciários e de tratamentos adequados para os dipsomaníacos é algo que precisa ser posto em relevo e defendido de maneira sólida, pois, sem tal posicionamento, as condições de trabalho e de garantia de emprego de tais indivíduos resta seriamente prejudicada em função de sua condição clínica particular.

Derradeiramente, a compreensão que a dipsomania não se confunde com o alcoolismo conduz ao entendimento que suas particularidades de manifestação clínica são mais sutis, e, por causa de tal peculiaridade, demandam um tratamento pormenorizado e diferenciado, tanto para que não haja a contumaz confusão entre as duas psicopatologias mencionadas, quanto para que a dipsomania não seja simplesmente tomada como mera irresponsabilidade

laboral ou como sendo um vício social que não demanda nem tratamento médico especializado, e que, portanto, não demanda um tratamento previdenciário e laboral detido, com base nas manifestações que lhe são próprias. Tais particularidades devem sempre ser postas em relevo e tomadas como necessárias para que a efetivação dos direitos humanos laborais seja operada da forma mais eficaz e presente possível solidificando a defesa do tratamento, e humanizando as pessoas que se encontram em tal condição psiquiátrica.

REFERÊNCIAS

American Psychiatric Association (APA). **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders**. 3. ed. Washington, DC: APA; 1987.

Ashworth, Mark; Gerada, Clare; Doyle, Yvonne. **Addiction and Dependence: Alcohol**. In: **ABC of Mental Health**. Teifion, Davies; Craig, Thomas (Orgs.). 2. ed. Blackwell: Sussex, 2009. pp. 60-64.

BABOR, Thomas F.; LAUERMAN, Richard J. **Classification and Forms of Inebriety: Historical Antecedents of Alcoholic Typologies**. In: Galanter, Marc (Org.). **Recent Developments in Alcoholism: Combined Alcohol and Drug Abuse**. New York: Springer, 2013. pp. 113-144.

BÍBLIA. **A Bíblia Sagrada**: contendo o velho e o novo testamento. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1962. 1v.

Boardman, Jed et al. Work and employment for people with psychiatric disabilities. **Brittish Journal of Psychiatry**, v. 182, n.1. 2003, pp.467-468.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm às 10:00h do dia 07 de agosto de 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm às 17:00h do dia 08 de agosto de 2017.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm às 15:00h do dia 10 de agosto de 2017.

_____. Recurso ordinário nº 00020.2007.011.10.00.4 Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Relator: Grijalbo Fernandes Coutinho. DJ, 20 de jul. 2007. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, 20 jul. 2007.

_____. Recurso ordinário nº 0001249-64.2013.5.060.122. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª. Relator: Eneida Melo Correia de Araújo, DJ, 04 de mar. 2015, **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, 09 de mar. 2015a.

_____. Recurso ordinário nº 008-04.2014.101.03.00.0. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Relator: Camilla G. Pereira Zeidler. DJ, 20 de nov. 2015. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, 23 nov. 2015b.

_____. Recurso de revista nº 45540-40.2006.5.15.0092. Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Pedro Paulo Manus. DJ, 14 de set. de 2011, 7ª Turma, **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, 23 de set. 2011.

_____. Súmula nº 443. Tribunal Superior do Trabalho. Dispensa Discriminatória. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, 25 set. 2012.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CECATO, Maria A. Baroni, **Direitos humanos do trabalhador**: para além da Declaração de 1998 da OIT. In: Silveira, Rosa M. Godoy et al. **Educação em direitos humanos**: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007. pp. 351-371.

CROWLEY, John W. **Slaves to the Bottle**. In: Reynolds, David S.; Rosenthal, Debra J. (Orgs.). **The Serpent in the Cup**: Temperance in American Literature. Cambridge: Massachussets UP, 1997. pp. 165-179.

DELGADO, Maurício Goldinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

Edwards, Griffith; Gross, Milton. Alcohol dependence: Provisional description of a clinical syndrome. **British Medical Journal**, v.1. 1976. pp. 1058-61.

GIGLIO, Wagner D. **Justa Causa**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2000.

GIMENEZ; Charlise Paula Colet; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ANGELIN, Rosângela. Dos Direitos Humanos e dos Conflitos na Sociedade Líquida Pós-Moderna. **Nomos**, v. 37, n. 2, 2017. pp. 259-279.

Gostin, Lawrence; Gable, Lance. The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A global perspective on the application of human rights principles to Mental Health. **Maryland Law Review**, v.63, n. 1, 2004. pp. 20-121.

Jellinek, Elvin Morton. **The Disease Concept of Alcoholism**. New Haven: Hillhouse, 1960.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KIELHORN, Friedrich-Wilhelm. The history of alcoholism: Brühl-Cramer's concepts and observations. **Addiction**, v. 91, n.1, 1996. pp. 121-128.

Lande, R. Gregory. **The Abraham Man**: Madness, Malingering, and the Development of Medical Testimony. New York: Algora, 2012.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 1995.

MARTINS, Adalberto. **A Embriaguez no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Rescisão do Contrato de Trabalho**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Pena, Emilia Ferreira; Dias, Cleidson Nogueira. Direitos Humanos e do Trabalho: Condições Laborais Justas nas Empresas. **UNOPAR Científica. Ciências Jurídicas e Empresariais**, v. 15, n. 1. 2014. pp. 35-41.

PEREIRA, Danilo Medeiros; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. Psicopatia e Reforma Psiquiátrica Brasileira: O Que Fazer com o Psicopata Frente o Movimento Antimanicomial? **Nomos**, v. 33, n. 1, 2013. pp. 51-71.

RONZANI, Telmo Mota; FURTADO, Erikson Felipe. Estigma Social sobre o uso de álcool. **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**, v. 59, n. 4, 2010. pp.326-332.

Spode, Hasso. **Die Macht der Trunkenheit**: Sozial und Kulturgeschichte des Alkohols. Opladen: Leske & Budrich, 1993.

STOLZ, Sheila; SOUZA, Draiton; OPUSZKA, Paulo. Os Direitos Sociais Fundamentais à Saúde e ao Meio Ambiente de Trabalho Equilibrado: O Direito do Trabalho Frente aos Desafios do Século XXI. **Revista Unicuritiba**, v. 4, n. 41, 2015. pp.405-440.

Tarantola, Daniel. The interface of mental health and human rights in indigenous peoples: Triple jeopardy and triple opportunity. **Australasian Psychiatry**. v. 15, n.1, 2007. pp. 10-17.

Toner, Deborah. **Alcohol and Nationhood in Nineteenth-Century Mexico**. Lincoln: Nebraska UP, 2015.

TEIXEIRA, João R. F. **Alcoolismo e Direito**: Aspectos de Alguns Problemas. 2. ed. Curitiba: Cris, 1985.

TEIXEIRA NETO, Napoleão L. **Questão de Justiça**: Um Novo Prisma da "Justa" Causa Alcoólica. Curitiba: OAB-PR, 2006.

Tracy, Sarah W. **Alcoholism in America**. Baltimore: Johns Hopkins UP, 2005.

Valverde, Mariana. **Diseases of the Will**: Alcohol and the Dilemmas of Freedom. Cambridge: Cambridge UP, 1998.

Weller, Penny. The Right to Health: The Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Alternative Law Journal**, v. 35, n. 2, 2010. pp. 66-71.

Wilson, X. Bob. **Living Sober After Leaving A. A.** Raleigh: Lulu, 2005.

WHO, World Health Organization. **List of Official ICD-10 Updates.** Acesso em: <http://www.who.int/classifications/icd/icd10updates/en/> às 15:00h do dia 31 de dezembro de 2016.

* Submetido em: 19 ago. 2017. Aceito em: 13 mar. 2018.



COMPARAÇÕES ENTRE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E COISA JULGADA NOS PARÂMETROS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Valéria Silva Galdino Cardin**

*Jhonatan Da Silva Sousa***

Resumo

Tutela antecipada significa a concessão em caráter satisfativo da tutela final almejada pelo autor. Ou seja, significa antecipar judicialmente a tutela do bem da vida, ora em discussão, com fundamento na relevante urgência que de outra forma ocasionaria uma irreparável lesão ou pericílio do direito pleiteado. Nesse sentido, estando o direito ao bem da vida sofrendo risco ou perigo de lesão irremediável, por exemplo, pela passagem do tempo, caberá ao julgador estabelecer um juízo superficial baseado em uma cognição sumária sobre a demanda para verificar requisitos inerentes a medida de antecipação da tutela. Esta, se estabelece como um juízo superficial sobre a documentação e a caracterização do próprio direito. Desta forma, inovou o novo código de processo civil ao revestir a decisão em sede de tutela antecipada em caráter antecedente do véu da estabilidade. Isto gerou um impasse, colocando a estabilização de frente para a coisa julgada, sob tais diretrizes processuais. Coisa julgada é qualidade que reveste uma decisão de imutabilidade, tornando-a não mais passível de interposição de recurso ou discutível processualmente. Ainda, a decisão estabilizada vai de encontro a esse entendimento, no sentido de tornar a decisão indiscutível após certo lapso temporal para propositura de ação autônoma em razão de prazo decadencial estabelecido no novo código de processo civil. A par disso, buscou-se desenvolver um trabalho pautado no método hipotético-dedutivo, em que pese a completa novidade do tema, retirando o conteúdo da literatura especializada e concluindo por resultados esperados quando do crescimento da utilização da tutela antecipada com intuito de estabilização.

Palavras-chave

Cognição sumária. Coisa Julgada. Estabilização. Novo código de processo civil. Tutela antecipada.

* Pós-doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e do Centro Universitário de Maringá-PR - UNICESUMAR; Advogada no Paraná. *E-mail:* valeria@galdino.adv.br.

** Pós-Graduando em Direito Público pelo Centro de Ensino Superior de Maringá - Unicesumar; Pós-Graduando Latu Sensu em Direito Processual Civil pela Instituto Damásio Educacional em Maringá. Advogado no Paraná. *E-mail:* jhonatansousa.adv@gmail.com.

COMPARISONS BETWEEN THE STABILIZATION OF ANTECIPATED TUTELAGE AND THING JUDGED IN THE PARAMETERS OF THE NEW CIVIL PROCESS CODE

Abstract

Anticipated tutelage means the granting in a satisfactory character of the final tutelage sought by the author. It means to judicially anticipate the tutelage of the good of life, now under discussion, based on the relevant urgency that otherwise would cause an irreparable injury or loss of the right pleaded. In this sense, since the right to the good of life is at risk or in danger of irreparable damage, for example, over time, it will be for the judge to establish a superficial judgment based on a summary cognition about the demand to verify requirements inherent in the measure of anticipation of tutelage. This establishes as a superficial judgment on the documentation and characterization of the law itself. In this way, it innovated the new civil procedure code when coating the decision in the case of early guardianship in the antecedent character of the veil of stability. This generated a deadlock, putting the stabilization facing the thing judged, under such procedural guidelines. The thing judged is a quality that has a decision of immutability, making it no longer liable to appeal or procedural discussion. Still, the stabilized decision goes against this understanding, in the sense of making the decision undisputed after a certain time lapse for proposing an autonomous action due to the decadal term established in the new civil procedure code. At the same time, it was tried to develop a work based on the hypothetical-deductive method, in spite of the complete novelty of the subject, removing the content of the specialized literature and concluding with expected results when the use of the anticipated tutelage with the intention of stabilization.

Keywords

Summary Cognition. Thing judged. Stabilization. New code of civil procedure. Anticipated tutelage.

1. INTRODUÇÃO

A tutela antecipada é a concessão satisfativa de um bem da vida em face à urgência e o perigo de perecimento ou mesmo na iminência de sofrer danos por critérios temporais ou alheios.

Nesse sentido, trouxe o novo código de processo civil (2015), a possibilidade de a tutela antecipada concedida em caráter antecedente, ou seja, antes de o processo principal ser proposto, estabilizar-se.

A estabilidade significa a possibilidade de o juiz fundando seu entendimento em uma cognição de cunho superficial conceder a tutela final de forma antecipada visando garantia do direito. Sendo a mesma concedida nestes parâmetros processuais, a estabilidade decorre da inércia da parte adversa, devendo desde logo prover o resarcimento do bem da vida tutelado. Assim sendo, extingue-se desde logo o processo e determina-se a manutenção imediata do bem em perigo.

De outro lado, sendo a coisa julgada um instituto processual conferido as decisões que transitaram em julgado, ou seja não mais passíveis de interposição de recurso. Assim, torna-se indiscutível e imutável não podendo o judiciário se manifestar novamente sobre a mesma matéria.

O tema foi abordado no campo teórico somado ao método hipotético-dedutivo, visto que o novo código de processo civil se estabeleceu a pouco tempo na esfera processual.

Conclui-se que a temática é de suma importância, ao fito de contribuir para o desenvolvimento e entendimento fenomênico da imbricações desse novo instituto processual, denominado estabilização da tutela antecipada.

2. O QUE É ANTECIPAR A TUTELA JURISDICIONAL?

A nova legislação processual civil elenca a tutela antecipada dentre as tutelas provisórias de urgência, tema tratado a partir do artigos 294 e seguintes.

Ou seja, a tutela antecipada inserida há muito no ordenamento jurídico pátrio e, principalmente, desenvolvida e amplamente utilizada à partir de 1994¹, consolidou-se como instituto hábil à verificação provisória e urgente de determinado fato ou situação jurídica com intuito de garantir antecipadamente ou incidentalmente o próprio direito material visado, preenchidos, é claro, determinados requisitos.

Nesse caso, verificada a probabilidade de existência de um direito por prova inequívoca (*verossimilhança*) e estando o mesmo sob iminência de sofrer danos ou risco ao regular curso processual, bem como a par disso, em sendo urgente sua manifestação ou sofrendo o mesmo abuso, estaríamos diante da possibilidade de concessão da medida que visa assegurar a não ocorrência de um sinistro, qual seja: a antecipação da tutela.

O que inclusive é suscitado nos artigos 300 e 311, do novo código de processo civil:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

[...]

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:² (grifo nosso)

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 105.

² BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Revoga a lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Portal da Legislação**. Brasília, mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 ago. 2016.

No tocante a tutela de direitos tem-se que, a partir da inclusão da nova ferramenta processual da estabilidade da tutela, haverá maior amparo às pretensões pleiteadas judicialmente. Em grande parte, graças ao interregno de se ter a possibilidade de antecipar os efeitos da sentença, o que em parte constitui as bases da tutela antecipada.

Nesse sentido, afirma-se que:

A tutela antecipatória produz o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença. A tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as consequências concretas da sentença de mérito. Essas consequências concretas podem ser identificadas com os efeitos externos da sentença, ou seja, com aqueles efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material.³

Por fim, a antecipação da tutela é uma medida de cunho satisfatório provisório proveniente de cognição sumária, visando a concessão de um direito ameaçado de perecimento, seja antecedentemente ou incidentalmente ao processo.⁴

2.1. Das tutelas provisórias de urgência e produção do efeito de estabilização

É uma das funções do poder jurisdicional a concessão de tutelas de cunho satisfativas ou assecuratórias, estas garantidoras de um resultado útil ao processo. Posto isto, incluem-se dentre essas tutelas as de cunho provisório que, ainda, ramificam sendo fundadas em urgência (tutela antecipada ou cautelar) e evidência.

Ocorre, que dentro da análise de tutelas de urgência faz todo sentido o entendimento das tutelas definitivas como a finalidade precípua de qualquer processo, seja a decisão favorável ou desfavorável, busca-se sempre a subsunção de um fato a determinado juízo sobre direito. Assim, a tutela de cunho provisório em suas duas acepções, antecipada ou cautelar, visa de imediato e urgentemente garantir o direito de forma provisória, atravessando o curso regular processual que culminaria em uma sentença indicando a tutela final.

Isto é a finalidade de tais tutelas, obstar a incidência dos efeitos temporais que vêm ou venha à sofrer o direito.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 44.

⁴ GONÇALVES, Vinicius José Corrêa. Tutelas de urgência, cognição sumária e a (im)possibilidade de formação de coisa julgada. **Revista Jus Navigandi**, ano 12, n. 1593, 11 nov. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10645>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

Inicialmente, cumpre destacar a diferença que é vislumbrada na seguinte afirmativa:

A tutela provisória satisfativa antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa, conferindo eficácia imediata ao direito afirmado. Adiantando-se, assim, a satisfação do direito, com a atribuição do bem da vida [...]. A tutela provisória cautelar antecipa os efeitos da tutela definitiva não-satisfativa (cautelar), conferindo eficácia imediata ao direito à cautela. Adiantando-se, assim, a cautela a determinado direito.⁵

Nesse sentido, a antecipação da tutela tem caráter de antecipação material do direito pleiteado ou que será pleiteado (tutela antecipada antecedente), conforme o provimento final ou bem da vida que se busca.

Conforme novo código de processo civil:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial **pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final**, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.⁶ (grifo nosso)

É justamente por este motivo que o art. 300, §3º do novo código de processo civil reza que a “tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”⁷, impondo óbice para a concessão da tutela antecipada, sendo que, a mesma não poderá ser concedida em caso de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Por outro lado, a cautelar visa garantir uma futura certeza do direito a ser pleiteado ou garantir a execução do mesmo⁸, este fato é indiscutivelmente elencado no art. 301 do novo código de processo civil, em que “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito.”⁹, restando caracterizada o

⁵ DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podvim, 2016. p. 582-583. v.2.

⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Revoga a lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Portal da Legislação**. Brasília, mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 ago. 2016.

⁷ Ibidem.

⁸ ASSIS, Araken de. **Antecipação da tutela**: Aspectos polêmicos da antecipação da tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 17-18.

⁹ BRASIL. Op. cit.

sentido de garantia que permeia a tutela de natureza cautelar, podendo ser efetivada mediante asseguração do juízo.

Uma diferença crucial entre as tutelas antecipada e cautelar é estabelecida por CALAMANDREI, definindo que “[...] a natureza da tutela de cunho satisfatório estaria ligada ao critério de esvaecimento temporal; já a cautelar teria a presunção para sua concessão de não haver resultado ou produto do direito, sendo o mesmo infrutífero”.¹⁰

Pode-se elencar uma série de diferenças entre a tutela de natureza cautelar e a tutela antecipada que com a entrada em vigor da nova legislação processual se aproximaram ao ponto de unificação de requisitos, sendo de suma relevância sua diferenciação para fins de entendimento do porquê a tutela de natureza cautelar não se dá aos efeitos da estabilidade.

Afinal, a tutela satisfatória ou antecipada busca a satisfação do direito material alegado pelo demandante no plano prático e de forma imediata, sendo o próprio direito pleiteado, o que não sendo contraditado torna-se estável.

Tanto é assim que:

“Diferentemente da tutela antecipada de natureza satisfatória, que **esgota o objeto da pretensão deduzida em juízo**, o objetivo da tutela cautelar é apenas assegurar que, quando da prolação da sentença, no processo principal, possa ainda o autor, ou o réu, na ação ou na reconvenção, conforme o caso, tirar dela alguma utilidade.” (destaquei)¹¹

Para que haja a concessão das tutelas de urgência suscitadas, faz-se necessário o critério de existência de um juízo probante prévio do direito material pleiteado, ou seja, prova pré-constituída, esta que deverá ser indicada na petição e analisado na decisão que concede a tutela provisória de urgência.

A cautelar se funda no poder geral de cautela atribuído ao juiz, diferenciando-se assim de forma definitiva da tutela de cunho satisfatório, posto que, está última é pensada sob o prisma da irreversibilidade (estabilização) da decisão que a concede, enquanto aquela visa uma garantia do juízo, prestando-se tão somente a exigência de uma garantia para sua concessão.¹²

¹⁰ CALAMANDREI, Pierro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 31-51.

¹¹ ALVIM, J. E. Carreira. Um teorema a ser equacionado – tutela provisória no novo código de processo civil – disposições gerais. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 94, abr./jun. 2016.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 156-167.

2.2. Direitos fundamentais e antecipação da tutela jurisdicional

O ordenamento jurídico é um sistema principalmente consolidado sobre as bases dispostas na Constituição Federal. Assim, a mesma elenca diversos direitos e garantias fundamentais insculpidos no artigo 5º, da Constituição Federal.

Dito isto, existe a possibilidade de que o cidadão envolvido em um conflito de interesses com seu igual, ao invés de valer-se da autotutela, recorra à um órgão alheio aos envolvidos no litígio, ou seja, ao poder judiciário. Este que após análise minuciosa proferirá uma decisão fundamentada restituindo ou negando o bem da vida.

É esse, portanto, o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou direito de ação (art. 5º, XXXV, CRFB/88).¹³

Sobre o tema, argumenta-se que:

O que realmente importa destacar é a circunstância de que, se as tutelas prometidas pelo direito substancial têm diversas formas, a ação, para poder permitir a efetiva obtenção de cada uma delas, terá que se correlacionar com técnicas processuais adequadas às diferentes situações substanciais carentes de proteção jurisdicional. É por isso que o direito de ação exige a estruturação de técnicas processuais idôneas, afi incluídas a técnica antecipatória, as sentenças e os meios executivos.¹⁴

No entanto, mesmo havendo previsões legais para solução dos litígios, podemos afirmar que há também conflitos entre direitos. Isto ocorre, principalmente no contexto da antecipação da tutela, pelo choque entre a efetividade da jurisdição e a segurança jurídica, o que impossibilita a efetivação de todos os direitos fundamentais no caso concreto. Assim sendo, cabe as normas de natureza infraconstitucional harmonizar esses direitos, não o fazendo sempre ao julgador analisar qual direito fundamental se adequa melhor ao caso concreto e ao direito material tutelado.

Para solucionar as tensões decorrentes dos conflitos entre direitos fundamentais, Zavascki propõe três diferentes princípios básicos a serem observados para a resolução, quais sejam: a necessidade, ou seja, somente se não houver possibilidade de convivência mútua entre os direitos sob tensão é que se utilizara tal procedimento; a restrição mínima ou proibição de excessos, pelo qual a medida não deverá ultrapassar o limite para a harmonização, visando a solução do conflito; e, por último, a salvaguarda do núcleo essencial do direito

¹³ BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao artigo 5º, inciso XXXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 357-358.

fundamental, pela qual não se poderá descharacterizar o direito sob tensão, limitando-se tão somente a restrições do caso concreto, não de forma alguma elimina-lo.¹⁵

A antecipação da tutela é um instituto que por sua natureza gera a tensão entre direitos fundamentais, mesmo sendo fundada sob a ótica do direito de ação, a mesma gera um fator limitante do contraditório e ampla defesa, bem como segurança jurídica (art. 5º, LV, CRFB/88).¹⁶ Ocorre que, em sede de análise pelo julgador do pedido de tutela antecipada, estar-se-ia diante de um conflito ou óbice ao direito de defesa tendo em vista que a antecipação tem como requisito a prova inequívoca, sendo deferida inclusive, *inaudita altera parte*, sem a oitiva da parte contrária.

Por outro lado, também é notável que a tutela antecipada viabiliza a efetividade da prestação jurisdicional, permitindo ao juiz efetivar de imediato um direito material robustamente alegado e perscrutando o bem jurídico a ser tutelado.

Nesse sentido, para dirimir o conflito dos direitos fundamentais, tem-se o entendimento dominante que reza:

A norma do art. 5º, XXXV, ao contrário das normas constitucionais anteriores que garantiam o direito de ação, afirmou que a lei, além de não poder excluir lesão, está proibida de excluir “ameaça de lesão” da apreciação jurisdicional. O objetivo do art. 5º, XXXV, neste particular, foi deixar expresso que o direito de ação deve poder propiciar a tutela inibitória e ter a sua disposição técnicas processuais capazes de permitir a antecipação da tutela.¹⁷

Portanto, ressalta-se que a antecipação da tutela, aquém de impor óbice ao contraditório ou ampla defesa e segurança jurídica, é importante ferramenta garantidora da efetividade jurisdicional.

Resta comprovado que a tutela antecipada tem seu principal fundamento enraizado no direito fundamental de ação e do devido processo legal.

¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região*, n. 3, Brasília, jul./set., 1995, p. 15-32, v. 7. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/190>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

¹⁶ BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao artigo 5º, inciso XXXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 357-358.

2.3. Dos requisitos basilares para a antecipação da tutela

O novo código de processo civil ao elencar a coexistência das tutelas antecipadas e cautelares sob a alcunha de “tutelas provisórias de urgência”, estabeleceu uma sensata unificação de requisitos para concessão de ambas.

Esta medida, reivindicada a muito tempo, veio com pequena ressalva, como infere-se pelo Enunciado 18 editado pelo TJMG em referência ao art. 300, *caput*, do novel diploma, ditando que “O perigo de dano ao direito material da parte deve ser analisado para o deferimento da tutela antecipada e o risco ao resultado útil do processo para a concessão da tutela cautelar”.¹⁸

Posto que, em decorrência deste fato trouxe-se como pressupostos indispensáveis para a tutela antecipada e tutela cautelar, a probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, respectivamente e consoante à tutela final pleiteada.¹⁹

Nesse sentido, são requisitos para a concessão da tutela antecipada tanto a probabilidade de existência do direito quanto o perigo na demora. Intitulados anteriormente pela doutrina pelas expressões latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Além disso, há que se fazer menção a necessidade de uma prova inequívoca das alegações, a ser apresenta ao julgador como forma de demonstrar a necessidade da tutela do bem da vida ao fim de preservar o direito provável.²⁰

Vislumbrando esses aspectos, tem-se que a probabilidade do direito significa a razão estabelecida no pedido de concessão da tutela antecipada. Esta analisada por meio de cognição sumária do juiz sobre o direito superficial suscitado perfazendo um juízo de probabilidade sobre o mesmo.

Cumulativamente, outro requisito é o de perigo na demora ou risco de perecimento pelo tempo. Este, significando a prevenção de que o direito verificado pelo juízo de probabilidade seja assegurado pela concessão da tutela provisória pleiteada. Ou seja, tem-se que para a existência do mesmo cumpre antes a verificação de que a morosidade do pleito pode prejudicar de forma irreparável o bem da vida.²¹

Sobre o tema, tem-se ilustração da teoria abaixo:

¹⁸ BRASIL. Tribunal de justiça de Minas Gerais. *Enunciados sobre o Código de Processo Civil de 2015*. Minas Gerais, 18 mar. 2016. Disponível em: <<http://ejef.tjmg.jus.br/enunciados-sobre-o-codigo-de-processo-civil2015/>>. Acesso em: 15 set. 2016.

¹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016. p. 40. v. 2.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Op. cit. p. 44.

[...] é que quanto maior o “periculum” demonstrado, menos fumus se exige para a concessão da tutela pretendida, pois, a menos que se anteveja a completa inconsistência do direito alegado, o que importa para a sua concessão é a própria urgência, ou seja, a necessidade considerada em confronto com o perigo da demora na prestação jurisdicional.²²

Verifica-se que o requisito do perigo na demora detém uma maior aplicabilidade quando se fala em urgência, posto comportar o núcleo sistemático de tal medida.

Nesse sentido, a probabilidade do direito seria um complemento ao dano decorrente da demora no julgamento ou trâmite processual, o que de certa forma relegaria ao segundo plano de tal medida satisfativa ou assecutória.²³

3. COISA JULGADA

Não há como indicar uma conceituação pacificamente aceita para coisa julgada, sendo sua definição e contornos controvertidos na doutrinariamente.

Pelo lado positivista, o novo código de processo civil preferiu definir os contornos de coisa julgada como sendo aquela decisão de cunho imutável e indiscutível que não comporta mais recurso. Observa-se que, essa conceituação, é disposta conforme inteligência do art. 502, denominando como “[...] coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.²⁴

Para Liebman, tem-se que:

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.²⁵

²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Et. al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Ed: Revista dos Tribunais, 2016. p. 551.

²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Et. al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Ed: Revista dos Tribunais, 2016. p. 551.

²⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015.

²⁵ LIEBMAN, Enrico Túlio; BUZAID, Alfredo; AIRES, Benvindo. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 51.

De outra forma, dentro de um parâmetro constitucional, a coisa julgada foi elencada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal²⁶, como direito fundamental em tríade com o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Posto isto, traz-se a definição de coisa julgada para o plano temporal. Assim, tem-se duas teorias sobre o tema: a teoria do direito adquirido e a teoria do fato realizado ou fato passado. Isto significa dizer que, na primeira a irretroatividade é proveniente da manutenção do direito material adquirido; já na segunda, isto não ocorrendo, pois concernente a existência do próprio direito, ou seja, não se sujeita a irretroatividade em sentido de estar ligada a existência ou não do instituto suscitado.²⁷

Ademais, destaca-se que a coisa julgada é importante instrumento de materialização da autoridade da decisão judicial, sendo relevante tanto para a segurança jurídica quanto para o próprio ordenamento jurídico. Isto explica o fato de sua conceituação acompanhar de forma indelével as transformações históricas, políticas e sociais.²⁸

Esta importância de segurança jurídica é tamanha que entrelaça-se com o próprio núcleo conceitual de coisa julgada, sendo que o “[...] valor protegido pela coisa julgada é, sem sombra de dúvida, a segurança jurídica, um dos mais importantes imperativos do Estado de Direito. O estabelecimento da *res iudicata* visa conferir estabilidade e firmeza ao exercício da jurisdição, para segurança do jurisdicionado.”²⁹

Conclui-se que a coisa julgada consiste na proibição de repetição de juízos sobre o mesmo fato jurídico. Existindo para assegurar a manutenção dos juízos já emitidos sobre tal direito, e como consequência, lastreando o ordenamento jurídico social de preceitos jurídicos seguros quanto às decisões dos julgados.³⁰

3.1. Dicotomia didática: coisa julgada material e formal

Em sede de coisa julgada, discute-se duas esferas didáticas em sua formação, obviamente a preocupação maior é a formação em si da coisa julgada material, mas, esta não se consolida sem formalidades procedimentais e processuais.

²⁶ BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 5º, inciso XXXVI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 368-374.

²⁸ ZULEFATO, Camila. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27-28.

²⁹ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Coisa julgada, Constituição Federal e o novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, abr./jun. 2015.

³⁰ NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016. p. 133-134.

Assim, coisa julgada formal é qualidade de instituto endoprocessual que impossibilita a impugnação da sentença no mesmo processo, ou seja, é para muitos a chamada preclusão, dotando a decisão de impugnabilidade no plano formal.³¹ Isto ocorre pois, praticado determinado ato processual, há imposição de obstáculo para que a parte pratique o mesmo ato repetitivamente, ao fito de não ocasionar prejuízo a segurança jurídica. Conjuntamente, tem-se que a coisa julgada material reveste preceitos extraprocessuais, pois está ligada ao plano materialmente aplicável da decisão, sendo correlacionado a perda do direito de propor ação com mesma identidade de partes, objeto, pedidos e causa de pedir.³²

Conforme ensinamentos abaixo:

A coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença ou da decisão interlocatória de mérito, indefinidamente para o futuro. Com isso pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas gerada pela coisa julgada material traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão.³³

Neste ínterim, a coisa julgada formal é proveniente de um comando emanado de uma sentença tendo por objetivo a limitação e encerramento de um processo, impossibilitando a rediscussão da matéria anteriormente suscitada no pleito. Portanto, qualidade de qualquer sentença de mérito ou terminativa.

De outra monta, a coisa julgada material firma-se na impossibilidade de rediscussão em outro processo do comando exarado no juízo que a instituiu como efeito da decisão, isto quer significar que, no plano jurídico-substancial, ter-se-ia amarrado a própria vontade dos litigantes ao comando proveniente dos efeitos de coisa julgada da decisão.³⁴

Ao fim e ao cabo, infere-se que a sentença que extingue o processo, em sede de não impugnação da concessão de tutela antecipada, aproxima-se das consequências jurídicas da chamada coisa julgada formal, não se confundindo e não carecendo de vinculação definitiva no plano material.

³¹ ZULEFATO, Camila. Op. cit. p. 29-30.

³² Ibidem.

³³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 21.

³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória).** 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

3.2. Do efeito imanente à coisa julgada

O novo código de processo civil elenca um rol da incidência da coisa julgada, explicitando que a mesma recai sobre decisões de mérito imutáveis, isto englobando às sentenças e decisões interlocutórias de mérito dentro do novo diploma processual.³⁵ Assim, deslumbra-se que no caso das interlocutórias de mérito “[...] o NCPC, foi concebido para tornar palatável o uso da última expressão, para significar decisões que resolvem o mérito, mas não põe fim ao procedimento”.³⁶

Sobre o tema, afirma Wambier, que:

Tradicionalmente, a coisa julgada é vinculada a sentença. Mas no ordenamento vigente, ela pode também recair sobre decisões interlocutórias. Como se viu (n. 125), o art. 356 do CPC/2016 explícita a possibilidade de solução parcial do mérito, com o prosseguimento do processo para instrução probatória da outra cela.³⁷

Nesse sentido, tem-se a novidade de que a nova ordem processual estabeleceu para decisões interlocutórias efeitos suplementares de coisa julgada, em se tratando de decisões específicas, analisados o cunho decisório fundamentado na questão da análise do mérito.

Assim, há um impedimento a reprocessualização do caso concreto ao qual já se posicionou o judiciário em cognição exauriente, é dizer que “[...] como objeto a ser declarável, hipótese em que não poderá ser analisado (dito efeito negativo da coisa julgada), seja ele voltando como premissa para o julgamento, hipótese em que deverá ser considerado tal como o foi (dito efeito positivo da coisa julgada).”³⁸

Isto, significa dizer que coisa julgada tem como principal efeito impedir que haja uma nova discussão sobre os dizer (*dictum*) estabelecidos na sentença transitada em julgado, no caso o mérito da questão.

³⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015

³⁶ WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Et. Al. **Primeiros Comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 417.

³⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016. v. 2.

³⁸ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácia antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul/dez. 2016. Disponível em: < file:///C:/Users/Usuario/Downloads/26611-84848-1-PB.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

4. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA FRENTE À FRENTE COM A COISA JULGADA

4.1. Da ordem procedural da tutela antecipada antecedente

Indicou o diploma processual vigente alguns requisitos que devem constar da petição inicial que propõe pedido de tutela antecipada antecedente, ou seja, antes da propositura da ação principal.³⁹ Assim, faz-se menção que, além da indicação do *fumus boni iuris*, do *periculum in mora* e do pedido de tutela final pleiteada, há que se demonstrar os requisitos que fundamentam a propositura ou que convençam para o deferimento da tutela satisfativa.

Nesse sentido explica Wambier

Conquanto essa “petição inicial” tenha por objetivo veicular o pedido de antecipação de tutela, ao fazê-lo, o autor deve, desde já, identificar com exatidão o contorno do pedido principal (que será confirmado no aditamento), até para que se possa avaliar a extensão e os efeitos da providência de urgência solicitada. Tanto assim que, nos termos do §4.º, essa “petição inicial” deverá trazer, desde logo, o valor da causa, levando em consideração o pedido de tutela final pretendida, recolhendo-se, salvo os casos de gratuidade da justiça, as custas correspondentes.⁴⁰

É portanto fácil a assimilação de que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente segue os contornos de uma petição inicial atípica que, mesmo em face da cognição sumária, deve indicar desde logo a tutela final pleiteada.

Seguindo o procedimento, concedida a tutela antecipada, após interposição da petição inicial, inclusive por meios eletrônicos, haverá a obrigação de aditamento dentro do prazo de 15 dias ou outro a ser fixado pelo juiz, com juntada de novos documentos e confirmação do pedido.

Isto ocorre, pois há necessidade de comprovação da argumentação com juntada de documentos prévios que comprovem o pedido, possibilitando inclusive a contestação pela parte contrária. Após, designar-se-á audiência de conciliação ou de mediação, aliás, instituto muito presente no novo diploma processual, visando autocomposição em busca da economia processual.⁴¹

Realizados os procedimentos descritos, concedida a liminar, aditada a petição inicial, sendo a audiência de conciliação ou mediação infrutífera, o réu

³⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015.

⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Et. Al. **Primeiros Comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 560.

⁴¹ DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 615-616. v.2.

não interpondo o respectivo recurso da decisão que concedeu a antecipação da tutela ou não se manifestando de nenhum modo, aquela se estabiliza. Restando ao réu propor ação autônoma com intuito de rever, reformar ou invalidar a decisão.

Vale lembrar que é de suma importância ao contraditório que haja “[...] advertência expressa de tais consequências ‘estabilizantes’ no mandado cíatário do réu, acaso ele assuma aquela postura de contumácia.”⁴²

Em sentido contrário, caso não haja aditamento dentro do prazo legal ou fixado pelo juiz, haverá a extinção do processo com a consequente perda dos efeitos da liminar (art. 304, CPC/2015).⁴³

Por fim, destaca-se que o referido “aditamento” quer na verdade significar a formulação da demanda principal, ou seja, formulação do pedido principal, o que não foi feito anteriormente com o pedido de proteção em caráter urgente.⁴⁴

4.2. Cognição sumária e cognição exauriente

A cognição em sentido sumário funda-se na técnica processual de análise superficial sobre a demanda, buscando atender com agilidade a urgência perante o órgão jurisdicional. O julgador profere uma decisão com base em um juízo de aparência sobre os fatos e o direito que se supõe existir.

Assim, para “[...] o juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe”.⁴⁵

Nesse sentido, em sede de tutela antecipada, o direito é concedido de forma a restringir a incidência do princípio do contraditório e ampla defesa, pois, a concessão da antecipação da tutela tende a ser emanada antes mesmo da produção das provas que visam a demonstrar o direito pleiteado, é por este motivo que há óbice para formação da coisa julgada material fundada em juízo sumário.⁴⁶

⁴² VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Tutela de urgência e evidência no NCPC. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 35, n. 2, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2529/1957>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

⁴³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 512-513.

⁴⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 890-891. v. 2.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 35.

⁴⁶ Ibidem. p. 35-36.

Na contramão da técnica de cognição sumária (juízo superficial), encontra-se o juízo exauriente. Significando, a técnica de exaurimento das vias processuais de forma completa. Ou seja, é o respeito pleno ao contraditório e ampla defesa, com produção ampla de provas e diálogos aptos a formar o convencimento acerca do direito pleiteado exarando ao fim uma sentença de cognição exauriente (juízo exauriente).

Nesse sentido:

Acentue-se que a sentença de cognição exauriente limita-se a declarar a verdade de um enunciado, isto é, que a afirmação de que o direito existe e, de acordo com as provas produzidas e o juízo de compreensão do juiz, verdadeira; em outras palavras, o direito que o processo afirma existir pode, no plano substancial, não existir, e vice-versa. Não se prova que o direito existe, mas sim que a afirmação de que o direito existe é verdadeira, declarando-se a existência do direito (coisa julgada material).⁴⁷

Pode-se ater uma cognição de cunho exauriente todas as vezes que amplamente for provado por meios documentais o direito alegado. No entanto, pode-se afirmar que há possibilidade de ter-se em mãos um juízo exauriente em casos ainda de antecipação de tutela após decisão definitiva isto ocorre em casos de interposição da antecipação antes ou após os recursos subir ao tribunal.⁴⁸

Firma-se o entendimento de que a estabilidade conferida a decisão em sede de tutela antecipada não fará coisa julgada material, uma vez fundada em cognição sumária.

Atinente a isso:

A teoria da asserção parte do pressuposto de que as condições da ação são justificáveis no sistema apenas como medida de economia processual, possibilitando, através de cognição superficial (tendo em vista a simples afirmação do demandante), extinguir, desde logo, processos que não possuem viabilidade alguma. Se a análise exigir diliação probatória e cognição exauriente não parece adequado dizer que houve exame de mérito.⁴⁹

O juízo exauriente presta-se a todos as análises meritórias em que seja necessário conjunto robusto probatório do direito alegado. Sendo que, o caráter antecedente de antecipação da tutela impõe-se como medida de cunho meramente urgente em que visa-se a proteção ao direito, evitando em suma seu

⁴⁷ Ibidem, p. 36.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 39.

⁴⁹ CARVALHO, Milton Paulo de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; DELLORE, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 201.

perecimento, valendo-se os efeitos de estabilidade instituída no novo diploma processual de critérios de economia processual frente a inércia do réu.

4.3. Da decisão estabilizada

Dentro dos procedimentos elencados, concedida a antecipação da tutela em caráter antecedente (única apta à estabilidade), diante da inércia do réu em interpor recurso ou outra medida impugnativa, como regra do art. 304⁵⁰, a decisão tornar-se estável por prazo indeterminado.

São requisitos retirados de tal dispositivo legal, para a estabilização da tutela antecipada:

“(a) que o juiz haja deferido o pedido de tutela antecipada (*rectius*, tutela provisória de urgência satisfatória), requerida em caráter antecedente e autônomo; (b) o autor tenha pedido expressamente a aplicação de tal técnica; (c) que a decisão concessiva tenha sido proferida liminarmente, *inaudita altera parte*; e (d) que o réu, comunicado da decisão, não tenha interposto o recurso cabível.”⁵¹

Nesse ponto há divergências doutrinárias, sendo que para alguns serão reversíveis tais efeitos, se houver impugnação através de qualquer meio oposição a medida, por exemplo, contestação; o respectivo recurso, ou seja, agravo de instrumento; ou a ação autônoma, visando rever, reformar ou invalidar, esta última dentro do prazo decadencial de 2 anos contados da ciência da decisão de extinção do processo.⁵²

Seguindo esta explicação, indica-se que:

O art. 304, *caput* e §1º, do CPC prevê que, concedida a tutela antecipada em caráter antecedente, se a decisão concessiva não for impugnada pelo réu com a interposição do recurso cabível, ocorrerá a estabilização da decisão antecipatória e o processo será extinto.

Em que pese o processo seja extinto, a decisão que concedeu a tutela provisória satisfatória, já estabilizada, conserva seus efeitos.

⁵⁰ BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015

⁵¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 55, p. 85-102, jan./mar. 2015. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/96668>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

⁵² DIDIER JR. Freddie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 617-620. v.2.

Os objetivos da estabilização são: i) afastar o perigo da demora com a tutela de urgência; e ii) oferecer resultados efetivos e imediatos diante da inércia do réu.⁵³

Outro ponto de debate, em sede de estabilização da tutela antecipada, advém da indagação de conhecer se esta decisão fará ou não coisa julgada material, que como é explicitamente indicado no código não fará, por fundar-se em juízo de cognição sumária.

Ainda, afirma-se que “O legislador é claríssimo ao afirmar que a decisão que concede a tutela antecipada antecedente não faz coisa julgada. Além de dizê-lo expressamente (art. 304, §6.º) prevê ainda ação exauriente para aprofundamento da cognição (art. 304, §§ 2.º e 5.º)”.⁵⁴

É o caráter discutível das decisões provisórias que as afastam definitivamente dos efeitos da coisa julgada, sendo que legislador quis afastar tal desiderato, sendo assim a “[...] discutibilidade pode servir, desse modo, à mutação de outras eficácia sentenciais. Nas decisões no âmbito das tutelas provisórias, por exemplo, por não haver indiscutibilidade, é possível, nos moldes do caput do art. 296, CPC/15, alterar a situação estabelecida, seja para revogar, seja para modificar”⁵⁵

Por fim, ressalta-se o entendimento compartilhado pelo autor de que, a referida estabilização da decisão produzirá efeitos para fora do processo, somente se não houver interposição de nenhuma manifestação de vontade da parte contrária. Ou seja, significa dizer que ao fito de respeito à segurança jurídica, mesmo na ausência de interposição do recurso de agravo de instrumento, restará impugnada a referida decisão que concedeu a tutela antecipada se suscitado inconformismo em sede de oferecimento de contestação ou mesmo proposta para realização de audiência de conciliação, o que afastaria em tese os efeitos de estabilidade da decisão.⁵⁶

⁵³ Ibidem, p. 618.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 226. v. 2.

⁵⁵ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácia antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: < file:///C:/Users/Usuario/Downloads/26611-84848-1-PB.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

⁵⁶ MARINONI, ibidem, p. 225.

4.4. Ação autônoma e decadência: impasse estabilidade *versus* coisa julgada

A estabilidade da tutela antecipada requerida em caráter antecedente em relação comparativa com a coisa julgada deixou lacunas quanto a verificação dos requisitos que dotam a decisão de imutabilidade no campo material e formal.

Isto, gerou e gerará uma série de dúvidas quanto à possibilidade de uma decisão sem resolução de mérito e em sede de cognição não exauriente se perpetrar como “coisa julgada”.

Ademais, o prazo de dois anos para propositura de ação autônoma de cognição exauriente que visa a revisão, reforma ou invalidação da decisão que concedeu a tutela antecipada em caráter antecedente, ante a ausência de coisa julgada da decisão (§6º, art. 304)⁵⁷, sobrepõe-se como possibilidade a imutabilidade desta decisão, após decurso do referido prazo decadencial.

É neste sentido foi editado o enunciado 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que prega o entendimento de que “Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”, a dúvida permanece sobre a imutabilidade de indiscutibilidade da decisão estável que não foi impugnada, por nenhum meio disponível, e que contra o réu correu o prazo decadencial para propositura da respectiva ação.⁵⁸

Pertinente a observação de Professor Luiz Guilherme Marinoni sobre o tema:

Contudo, a questão que fica – apenas aparentemente – em aberto é a seguinte: como qualificar a força da estabilidade depois de transcorridos dois anos sem que tenha sido proposta a ação exauriente? O legislador é igualmente claro – embora não tenha se atrevido a dizê-lo diretamente: se a “estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão” tomada na ação exauriente (art. 304, §6.º), então é evidente que, inexistindo ação posterior ajuizada no prazo legal, a estabilidade torna-se “inafastável”. Em outras palavras: “imutável” e “indiscutível” (art. 502).⁵⁹

Em face da não existência de uma única resposta correta na via processual, tem-se um óbice aos direitos fundamentais e ao processo justo, em caso de se admitir o entendimento de que a decisão estável em sede de tutela antecipada reveste-se dos efeitos de coisa julgada. Na medida em que, a tutela antecipada estabilizada surge de cognição sumária, devendo ser rediscutida

⁵⁷ BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015

⁵⁸ BRASIL. Enunciado n. 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Vitória: **Portal Processual**, 01, 02 e 03 maio 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%ADria.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 226. v. 2.

mesmo após o decaimento do direito de propor ação autônoma em cognição exauriente. É o exemplo da concessão antecipada de alimentos sobrevindo posterior ação de investigação de paternidade que declare a negativa de filiação.⁶⁰

O respeito aos princípios constitucionais impede a formação de coisa julgada se não por cognição exauriente. Assim, não se pode atribuir imutabilidade a uma decisão em sede de cognição superficial, isto tendo-se em mente casos de ações de cunho declaratório, onde certamente gerará insegurança jurídica e conflito quanto aos direitos indisponíveis.⁶¹

Em razão de caracteres constitucionais e processuais posta-se diante da incapacidade legal de fundar-se decisões meritórias jurisdicionais imutáveis e indiscutíveis a uma prestação de via única e sumária. O que, por outro lado, afeta diretamente os princípios atinentes ao devido processo legal e coisa julgada.

A estabilidade concedida a decisão em sede de tutela antecipada antecedente, mesmo em face à decadência do direito de propositura da ação autônoma, não se prestaria a outro papel a não ser estabilizar a tutela satisfativa final antecipando indeterminadamente o direito, até que sobrevenha ação autônoma impugnando-a. Posto que, não se presta ao revestimento dos efeitos imanentes à coisa julgada em sentido material. Por fim, cumpre salientar que existem diversas controvérsias a serem solucionadas teórica e praticamente acerca desse novo instituto processual incorporado ao direito pátrio.⁶²

5. CONCLUSÃO

A tutela antecipada importa na antecipação urgente do direito que se espera ser tutelado ao final do processo, tendo em vista risco de perecimento. Busca-se um posicionamento judicial em cognição de cunho sumário anterior ou incidentalmente a ação principal.

A coisa julgada presta-se a definir os contornos da segurança jurídica conferindo as decisões de cunho judicial a característica de ser indiscutível a matéria já apreciada, ou seja, imutabilidade das decisões.

Nesse sentido, a tutela antecipada em sede de decisão antecedente, hora não impugnada oportunamente pelas vias disponíveis, não poderia elencar-se ao status de coisa julgada, como bem elenca o art. 304, §6º, do novo código

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 226. v. 2.

⁶¹ Ibidem, p. 226-227.

⁶² PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 164-168.

de processo civil, prevendo que a estabilidade da decisão não logra fazer coisa julgada. A inteligência desse artigo é de cunho exemplar, visto que, a coisa julgada em seu bojo traz consigo um processo de formação delongado com oportunidade plena de defesa a ambas partes visando o convencimento e exaurimento da cognição do juiz.

A tutela então satisfativa não tem o condão de exaurimento da cognição do juiz, presta-se tampouco a uma cognição de cunho sumário e urgente sobre determinado bem da vida ao fito de não causar-lhe prejuízo pelo escoamento do tempo.

Já a coisa julgada visa a perpetrar-se no tempo, assim sendo, não se pode fundar suas bases sobre a estruturação de um juízo superficial sobre o bem pleiteado, comprovado está a necessidade de exaurimento de todas as vias disponíveis.

A estabilidade da decisão é a nova garantia que se tem para que a tutela seja desde logo efetivada ante o desinteresse aparente do réu em impugnar a decisão que a concede, isto fortalecendo os princípios de economia processual e celeridade na tramitação, posto ser medida que extingue desde sua concessão o processo.

Não se pode confundir coisa julgada com estabilidade da decisão em tutela antecipada antecedente, do contrário haveria desrespeito aos direitos de cunho fundamentais e indisponíveis.

Por fim, dizer que determinada decisão judicial estabilizada é imutável ou indiscutível, é fechar os olhos para a real necessidade do direito, bem como colocar de lado os princípios do contraditório e da ampla defesa, conferindo imutabilidade a provimento jurisdicional sumário e não discutido, estabelecendo muros inquebrantáveis processualmente.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. Um teorema a ser equacionado – tutela provisória no novo código de processo civil – disposições gerais. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 94, abr./jun. 2016.

ASSIS, Araken de. **Antecipação da tutela**: Aspectos polêmicos da antecipação da tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. **Código de processo civil** (2015). Código de processo civil. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Revoga a lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Portal da Legislação**. Brasília, mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 ago. 2016.

BRASIL. Enunciado n. 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Vitória: **Portal Processual**, 01, 02 e 03 maio 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal de justiça de Minas Gerais. **Enunciados sobre o Código de Processo Civil de 2015**. Minas Gerais, 18 mar. 2016. Disponível em: <<http://ejef.tjmg.jus.br/enunciados-sobre-o-codigo-de-processo-civil2015/>>. Acesso em: 15 set. 2016.

CALAMANDREI, Pierro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Campinas: Servanda, 1999.

CARVALHO, Milton Paulo de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; DELLORE, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. ed. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO, Roberto de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coords.). **Código de processo civil anotado**. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/novo_cpc/ncpc_anotado.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v.2.

GONÇALVES, Vinicius José Corrêa. Tutelas de urgência, cognição sumária e a (im)possibilidade de formação de coisa julgada. **Revista Jus Navigandi**, ano 12, n. 1593, 11 nov. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10645>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácia antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/26611-84848-1-PB.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio; BUZAID, Alfredo; AIRES, Benvindo. **Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

MASSA, Rafaela Branco Gimenez. **Novo CPC: tutelas provisórias**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9727/Novo-CPC-tutelas-provisorias>.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e medida cautelar procedimentos especiais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 3 v.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Coisa julgada, Constituição Federal e o novo código de processo civil. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, abr./jun. 2015.

_____. Efeitos da Liminar. Com novo CPC, tutela antecipada faz coisa julgada. 6 jul. 2015 In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz-mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada>>. Acesso em: 12 de jun. 2016.

NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Dierle. et al. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PINTO, Rodrigo Tegani Junqueira. Tutela antecipada no novo código de processo civil. Rio Grande do Sul: **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em:

<http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16214>. Acesso em: 22 ago. 2016.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa Julgada Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 55, p. 85-102, jan./mar. 2015. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/96668>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Tutela de urgência e evidência no NCPC. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 35, n. 2, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2529/1957>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Et. al. **Primeiros Comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Ed: Revista dos Tribunais, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Federal da 1ª Região**, n. 3, Brasília, jul./set. 1995, v. 7. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/190>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

ZULEFATO, Camila. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011.

* Submetido em: 24 ago. 2017. Aceito em: 20 mar. 2018.



AS COMPENSAÇÕES FINANCEIRAS DA UNIÃO AOS ESTADOS E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 25

*José Roberto Rodrigues Afonso**

*Laís Khaled Porto***

*Celso Correia Neto****

Resumo

O Superior Tribunal Federal julgou, em 30.11.2016, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25, que trata da compensação aos estados pela desoneração do ICMS sobre as exportações, instituída pela Lei Kandir e alcançada à esfera constitucional pela Emenda Constitucional nº 42/03. A problemática versa sobre conflito próprio do federalismo cooperativo e da autonomia dos entes federativos, a qual o STF buscou preservar em sua decisão, em cumprimento ao artigo 91 do ADCT, declarando a omissão legislativa e apresentando determinação ativista para combater a inércia do Congresso Nacional. O presente artigo analisa o contexto da desoneração das exportações e a decisão do Supremo Tribunal Federal, com suas implicações jurídicas e econômicas, percebidas a partir de método dedutivo, utilizando-se da técnica de estudo de caso. Conclui-se pela congruência da decisão com o princípio federativo e por sua importância como paradigma inovador para a equalização dos conflitos dele derivados.

Palavras-chave

Federalismo Fiscal. ICMS. Lei Kandir. Desoneração das Exportações. Ativismo Judicial.

* Economista e Contabilista. Doutor em Economia pela UNICAMP e Mestre pela UFRJ. Professor da cadeira de Federalismo do Mestrado de Direito Constitucional do IDP. Pesquisador do FGV/IBRE e Consultor especializado em Finanças Públicas e Federalismo, inclusive de organismos internacionais.

** Advogada. Assessora Jurídico-Legislativa da SEDICT/DF. Pós-Graduanda em Direito Tributário e Finanças Públicas e Mestranda em Direito Constitucional pelo IDP.

*** Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Atualmente, ocupa o cargo de Chefe de Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal e é professor do mestrado e da graduação da Universidade Católica de Brasília (UCB) e da pós-graduação lato sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). E-mail: celso.correia@gmail.com

THE FINANCIAL COMPENSATIONS FROM THE FEDERAL UNION TO THE STATES AND THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION Nº 25

Abstract

The Brazilian Supreme Court ruled, in 30.11.2016, the Direct Action of Unconstitutionality by Omission nº 25, regarding the compensation to the States for the exemption of ICMS (a tax similar to the VAT) on exports, instituted by the Kandir Law and lifted to the constitutional sphere by the Constitutional Amendment nº 42/03. The case is about the conflict of the cooperative federalism and the autonomy of the federative entities, which the Supreme Court sought to preserve in its decision, in obedience to article 91 of the Act of the Transitional Constitutional Provisions, declaring the legislative omission and presenting an activist determination to combat the inertia of the National Congress. This article examines the context of the exemption of the exports and the decision of the Brazilian Supreme Court, with their legal and economic implications, perceived from a deductive method, by utilizing techniques of case study. It led to conclude for the conformity of the decision with the federative principle and its importance as an innovative paradigm for the equalization of the conflicts that it derives.

Keywords

Fiscal Federalism. ICMS. Kandir Law. Exemption of the Exports. Judicial Activism.

1. INTRODUÇÃO

Estruturalmente, o sistema tributário brasileiro tem peculiaridades ímpares. O principal imposto sobre bens e serviços é de competência do nível intermediário de governo (o estadual). Para tornar ainda mais complexo o sistema brasileiro, nas operações em que há circulação de mercadorias de um para outro Estado, o imposto é cobrado parcialmente no de origem e isso gera crédito no destino, mas tal cadeia de relações é quebrada quando o bem final é destinado ao exterior ou adquirido para o ativo permanente do contribuinte. No final da cadeia, o Estado não apenas não arrecada como ainda teria que pagar por isso, pelo que a Constituição passou a prever a intervenção e compensação pelo nível de governo que paira por cima dos Estados. Tal mecanismo, contudo, nunca foi regulamentado, muito menos efetivamente adotado.

Conjunturalmente, esse suporte financeiro às exportações e aos custos estaduais delas derivados se revela ainda mais necessário. Recessão e má gestão de recursos também impactam as finanças públicas, sobretudo a dos Estados, que se afundam em grandes dívidas e *déficits*, em alguns casos a ponto de decretarem calamidade financeira. Pela força das circunstâncias, os Estados solicitam, sempre que possível, suporte financeiro do governo federal e buscam aumentar sua arrecadação de qualquer forma, ainda que por meios indevidos, ao postergar e dificultar a devolução dos créditos de ICMS acumulados ao longo da cadeia produtiva, nos casos de exportação.

Nesse contexto, é preciso situar as transferências financeiras que a União já realizou em favor dos Estados como forma de compensar as perdas que teriam sofrido quando da adoção de uma lei geral do Imposto sobre Cir-

culação de Mercadorias (o ICMS), a Lei Complementar 87/1996, mais conhecida como Lei Kandir, em cujo anexo consta previsão exata de entrega de recursos até 2006, período depois do qual os repasses passaram a ser facultativos e voluntários. A tabela em anexo apresenta as transferências federais realizadas por Estados, entre 1996 e 2016, vinculadas às exportações.

Necessário observar, porém, que o repasse determinado por norma constitucional (ainda que fosse geral e transitória), criada por emenda de 2003, igualmente da União em favor dos Estados, a ser definido em lei complementar, nunca foi regulamentado, quanto menos efetivamente adotado e transferido.

Nesse cenário de intenso debate federativo e político, o Supremo Tribunal Federal determinou uma inédita solução para cobrir a lacuna da falta de lei através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 25, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cujo voto proativo foi acompanhado pela maioria da Corte Constitucional.

O presente trabalho visa, portanto, dada a relevância e atualidade do tema, apresentar, através da técnica de estudo de caso, análise jurídica e econômica da problemática gerada pela desoneração das exportações, seu reflexo nas economias dos entes subnacionais e a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), quando de sua promulgação, já previa hipótese de não incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na exportação, conforme redação original de seu artigo 155, §2º, inciso X, alínea *a*. Referida imunidade tributária restringia-se, contudo, às operações que destinasse ao exterior produtos industrializados, inclusive parte daqueles compreendidos na categoria de semielaborados, conforme definição a cargo de lei complementar.

O dispositivo permitia a exportação de tributos agregados às mercadorias. Na verdade, trata mais de uma herança política que datava da época da colônia quando eram tributadas as exportações de ouro desde as Capitanias Hereditárias. Império e depois República sempre dotaram os Estados de sólida competência tributária, inclusive prevendo que alcançaria exportações, previsão mantida pelas Constituições de 1967 (artigo 24, inciso I, §5º) e de 1988 (artigo 155, §2º, inciso X, alínea *a* – redação original). Ressalte-se, porém que, em

que pese o costume pátrio de exportar tributos, isto “contraria qualquer lógica econômica em situação de concorrência”¹.

A Constituição ampliou a autonomia dos Estados e em particular as bases tributárias do ICMS, ao incorporar energia elétrica, combustíveis, minérios e comunicações. Fez-se, então, necessário editar uma lei complementar para regular a cobrança do antigo ICM convertido em novo ICMS². Enquanto não sobreveio a lei complementar, os Estados cuidaram de disciplinar o tema por meio do Convênio ICM nº 66, de 1988, celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ)³.

Em 1991, foi editada a Lei Complementar nº 65, que definiu os produtos semielaborados que poderiam sofrer tributação do ICMS quando de sua exportação, tratando da matéria antes disciplinada pelo Convênio ICM nº 66/1988 – CONFAZ.

Quase uma década após a constituinte, foi finalmente promulgada a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, conhecida como Lei Kandir, que trouxe a devida regulamentação do ICMS, ampliando sua desoneração sobre exportações, para alcançar, também, produtos primários e a parte restante dos produtos semielaborados. Para Ricardo Varsano:

As principais alterações introduzidas pela lei — exoneração de todas as exportações e dos bens de capital e redução da cumulatividade presente no ICMS — pretendiam promover o crescimento econômico e remover entraves às exportações de modo a permitir o aumento das importações de que o país necessitava para seu desenvolvimento sem criar desequilíbrios no balanço de pagamentos⁴

O ICMS, então, deixou de incidir sobre qualquer mercadoria destinada ao exterior, nos termos do artigo 3º, inciso II, da Lei Kandir:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

¹ SCAFF, Fernando Facury. A desoneração das exportações e o fundo da Lei Kandir: análise com foco no setor mineral. In. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDDE**. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 3956, mar./ago. 2012. p. 43.

² A CF/88 ampliou a base do imposto, denominado pela CF/67 como ICM, acrescentando-lhe o “S” de serviços, pois passou a incluir a circulação de combustíveis, lubrificantes, energia elétrica, minerais e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Os demais serviços, porém, continuaram a ser tributados pelos municípios, por meio do ISS, o que diferenciava a base do ICMS dos IVAs (Impostos sobre o Valor Agregado) comumente adotados pelos demais países.

³ O Convênio ICM nº 66/88 trazia a previsão de não-incidência do ICMS sobre produtos industrializados destinados ao exterior, excluídos os semi-elaborados (art. 3º, I), definindo os que se enquadravam nesta categoria nos parágrafos 1º a 3º, do artigo 3º.

⁴ VÄRSANO, Ricardo. **Fazendo e Desfazendo a Lei Kandir**. Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, ago/2013. p.02.

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive **produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados**, ou serviços;

Ocorre que, sendo o referido imposto de competência dos Estados e Distrito Federal, com repasse de 25% do produto de sua arrecadação aos municípios (conforme artigo 158, inciso IV, CF/88), a desoneração, em que pese ao fomento das exportações, precisou ser acompanhada de uma compensação financeira aos Estados, sob pena de onerar excessivamente as finanças dos entes subnacionais. Ademais, sua instituição representaria retrocesso da autonomia dos entes federados subnacionais, bem como desequilíbrio horizontal do sistema, uma vez que impõe consequências mais significativas em relação a certos Estados, em especial àqueles que têm sua economia pautada na exportação dos produtos em questão.

Como se não bastasse, a LC nº 87/1996 prevê, ainda, em seu artigo 32, o direito ao aproveitamento de crédito relativo a insumos que sejam integrados ou consumidos na produção de mercadorias industrializadas e semielaboradas destinadas ao exterior, o que recai, novamente, sobre os Estados exportadores.

A Lei Kandir previu, assim, a entrega mensal de recursos, da União para os Estados e para o DF – dos quais 25% devem ser distribuídos a seus Municípios (segundo artigo 31, §1º, inciso II, da LC nº 87/1996) –, conforme produto da arrecadação de cada ente no período de junho de 1995 - junho de 1996, conforme redação original do artigo 31:

Art. 31. Até o exercício financeiro de 2.002, inclusive, a União entregará mensalmente recursos aos Estados e seus Municípios, obedecidos os limites, os critérios, os prazos e as demais condições fixados no Anexo desta Lei Complementar, com base no produto da arrecadação estadual efetivamente realizada do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação no período julho de 1995 a junho de 1996, inclusive.

Referida regra, que deveria vigorar até 2002, foi estendida para os exercícios financeiros de 2003 a 2006 pela Lei Complementar nº 115/2002, artigo 1º. A partir da edição da LC nº 102/2000, a definição da quantidade de recursos a ser entregue a cada ente passaria a obedecer *“os montantes, os critérios, os prazos e as demais condições fixadas no Anexo desta Lei Complementar”* (grifo nosso), haja vista as alterações implementadas sucessivamente no *caput* do artigo 31.

Ocorre que a Lei Complementar em questão alterou, também, o teor do anexo. Na redação original, tinha-se um critério objetivo de cálculo do valor que deveria ser entregue a cada Estado, baseado no produto da arrecadação efetivamente realizada em período anterior à Lei Kandir, ou seja, auferido de

forma diretamente relacionada ao que os Estados deixavam de arrecadar ante a aplicação do novo regramento.

Com a nova redação dada pela LC nº 115/2002, extirpou-se o critério objetivo e passou-se a um modelo de atribuição percentual de valores a serem recebidos por cada Estado, os quais sairiam de um montante total a ser estipulado nas Leis Orçamentárias Anuais (LOAs).

Portanto, a própria natureza das transferências foi alterada, passando-se a um critério político de entrega de receitas que não pode ser chamado propriamente de compensação, haja vista a ausência de correlação entre os novos valores e as perdas nas exportações. Nas palavras de Fernando Facury Scaff:

Posteriormente esta sistemática de cálculo foi alterada. Passou de ‘seguro garantia’ para uma espécie de ‘livre negociação política’. Isto ocorreu através da Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002, e permanece até os dias atuais. Passou a ser transferido não mais um valor apurado de conformidade com as perdas nas exportações, mas um valor aleatório estabelecido pelo jogo de forças político, consignado como crédito orçamentário. Deixou de existir a correlação entre o que havia sido desonerado das exportações e compensado aos exportadores através do reconhecimento de créditos.⁵

Mudança substancial em torno do assunto veio a se dar novamente em 2003, com a Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro. A emenda alçou a desoneração prevista pela Lei Kandir à esfera constitucional, fazendo dela uma imunidade, e trouxe também para o nível constitucional a necessidade de sua compensação pela União pela perda de receita sofrida pelos Estados.

A EC nº 42/2003 alterou o disposto no artigo 155, §2º, inciso X, alínea a, da CF/88, que passou, da previsão supracitada, de caráter restritivo, para a retirada completa da incidência do ICMS sobre as exportações de qualquer tipo:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

X - não incidirá:

⁵ SCAFF, Fernando Facury, op. cit., p. 50.

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

Em contrapartida, diante do evidente impacto da nova imunidade na arrecadação dos entes públicos estaduais, definiu a EC 42/2003, com a introdução do artigo 91 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), forma de compensação por meio de repasses constitucionais obrigatórios, conforme se segue:

Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a.

§ 1º Do montante de recursos que cabe a cada Estado, setenta e cinco por cento pertencem ao próprio Estado, e vinte e cinco por cento, aos seus Municípios, distribuídos segundo os critérios a que se refere o art. 158, parágrafo único, da Constituição.

§ 2º A entrega de recursos prevista neste artigo perdurará, conforme definido em lei complementar, até que o imposto a que se refere o art. 155, II, tenha o produto de sua arrecadação destinado predominantemente, em proporção não inferior a oitenta por cento, ao Estado onde ocorrer o consumo das mercadorias, bens ou serviços.

§ 3º Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o *caput*, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002.

§ 4º Os Estados e o Distrito Federal deverão apresentar à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior.

Referida previsão deu-se em consonância com a compensação à exportação de produtos industrializados, visto que embora a própria Constituição, em sua origem, já determinasse a não incidência do ICMS quando da destinação desses produtos à exportação, conforme redação originária do artigo 155,

§2º, inciso X, alínea a, a norma constitucional também estabeleceu, em seu artigo 159, inciso II, para fazer frente à referida previsão, o Fundo de Compensação pela Exportação de Produtos Industrializados (FPEX)

Ocorre que, enquanto a própria Constituição definiu a forma como se daria a compensação na exportação de produtos industrializados, ela determinou que lei complementar o fizesse no caso dos primários e semielaborados. Passada mais de uma década da EC 42/2003, contudo, tal regramento ainda não havia sido editado pelo Congresso Nacional, e, portanto, se continua a aplicar o sistema desvirtuado e insuficiente de entrega de recursos da LC nº 87/1996 (com a redação dada pela LC nº 115/2002), conforme previsão do artigo 91, §3º, do ADCT.

O estímulo para a mudança veio com o julgamento da ADO 25, em que se discutiu a omissão do Congresso Nacional em editar a lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, como veremos a seguir.

3. CASO NO STF: A ADO 25

A ADO nº 25/DF, julgada em 30.11.2016, foi proposta pelo Governador do Estado do Pará⁶, por intermédio do Procurador-Geral do Estado, ao fundamento de que o cálculo dos prejuízos do Estado, a partir da Lei Kandir, já teriam alcançado R\$ 15 bilhões entre 1996 e 2002 - R\$20,5 bilhões que corresponderiam à arrecadação estimada, menos R\$5,5 bilhões, que foi o valor efetivamente compensado pela União a referido Estado.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a quem coube a relatoria do julgamento, relacionou a questão, em seu voto⁷, à autonomia financeira dos entes federados e à partilha dos recursos tributários, especialmente no que diz respeito aos impostos, considerando que de nada adianta a repartição de competências constitucionais entre os entes federativos se não acompanhada de divisão de recursos apropriada, que lhes possibilitem fazer frente às suas atribuições constitucionais.

Quanto à desoneração do ICMS sobre produtos primários e semielaborados destinados à exportação, o Ministro observou o prejuízo da competência e da arrecadação tributária dos Estados-membros com o escopo de induzir as exportações brasileiras, afetando principalmente Estados que se dedicam à atividade de exportação de produtos primários.

⁶ Embora a ADO tenha sido proposta pelo Governador do Estado do Pará, o próprio Estado do Pará e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Pará, bem como outros quinze estados brasileiros, ingressaram na ação na condição de *amicus curiae*.

⁷ O voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, proferido em 24.11.2016, compõe o Acórdão da decisão tomada pelo STF em 30.11.2016, publicada no DJE 18/08/2017 - ATA Nº 114/2017. DJE nº 182, divulgado em 17/08/2017. O acórdão pode ser acessado também pela página do STF <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4454964>>.

Os argumentos apresentados pela Advocacia Geral da União, em contrariedade à declaração de inconstitucionalidade por omissão, consistiam, basicamente, na existência de projetos de lei complementar em trâmite no Congresso Nacional e na supressão de lacuna legislativa, ante a previsão do §3º, do art. 91, do ADCT, que determina a aplicação “tampão” da regra de repasses da Lei Kandir.

Entendeu o Ministro Gilmar Mendes que havia, no caso, *inertia deliberandi* e, portanto, omissão inconstitucional do Congresso Nacional, haja vista o transcurso de mais de dez anos da emenda constitucional que previu a necessidade de edição de norma regulamentadora e as incontestáveis consequências econômicas geradas pela omissão legislativa.

Quanto ao segundo argumento apresentado pela AGU, o Ministro Relator indicou semelhança com o caso da ADI 875, na qual se discutiu a constitucionalidade dos critérios de partilha do FPE previstos pela LC 62/1989.

No caso, entendeu-se pelo desvirtuamento dos objetivos do fundo e pelo distanciamento entre os coeficientes e a realidade socioeconômica vigente. No mais, o artigo 2º, §2º de referida Lei Complementar previa a necessidade de se fixarem novos critérios em 1992, os quais deveriam se dar em conformidade com o censo de 1990.

A ausência de nova lei fez com que a fórmula desatualizada permanecesse sendo aplicada, como critério provisório de repasse, por mais de 20 anos, pelo que o STF reconheceu a ocorrência de omissão e estipulou prazo para a edição de nova legislação⁸.

Observe-se, ainda, que a existência de critérios provisórios de repasse não pode ser tomada como escopo para que não sejam definidos os critérios definitivos. Pelo contrário, o próprio sentido de “provisoriedade” apenas ratificaria a omissão, pelo que o Ministro Gilmar Mendes votou pela estipulação de prazo de 12 meses para que o Congresso Nacional suprisse a lacuna em questão.

O Ministro Relator da ADO 25, contudo, foi além. Preocupou-se com a efetividade e com a garantia de *enforcement* da decisão, o que vem se percebendo falho no Brasil, especialmente quando de comandos destinados ao Poder Público. Propôs, assim, novo regramento provisório para o caso de transcorrer *in albis* o prazo de 12 meses para edição de Lei Complementar.

⁸ A respeito da ADI 875, cumpre informar que a questão da partilha do FPE ainda não foi resolvida em definitivo. Com o resultado do julgamento de referida ação constitucional, foi editada a nova lei (LC 143/2013). Essa, contudo, se limitou a renovar a vigência dos mesmos coeficientes já declarados inconstitucionais, pelo que o caso retornou ao Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 5.069 (AL), e aguarda novo julgamento.

Por esse regramento, o montante a ser anualmente transferido, na forma do art. 91 do ADCT, seria estipulado pelo Tribunal de Contas da União como órgão mais habilitado técnico e institucionalmente para tal, haja vista, especialmente, sua competência constitucional para efetuar cálculo de quotas referentes aos fundos de participação, conforme artigo 161, parágrafo único, da Constituição de 1988.

No que tange à repartição entre os diferentes entes, propôs a observância de condições e entendimentos do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), a instruir a atuação provisória do TCU que, ressalta-se, deverá cessar com o advento de lei complementar apropriada a regular a compensação prevista pelo artigo 91 do ADCT, entendimento este que foi majoritário, ficando a questão suscitada pela ADO 25 decidida nos referidos termos⁹.

4. UMA AVALIAÇÃO INSTITUCIONAL DA DECISÃO

Apesar de o STF decidir que, mantida a inércia do Poder Legislativo, regramento provisório acerca da temática seja estipulado pelo TCU, a determinação foi realizada, como explica o Ministro Relator, em face da própria Constituição, por meio de interpretação analógica da função constitucional do Tribunal de Contas da União e da necessidade de resguardo da Carta Magna¹⁰.

A Corte, portanto, não extrapola suas competências, já que não cria normas além da Constituição, mas interpreta-a de forma proativa, a fim de garantir uma prestação jurisdicional efetiva¹¹. Ora, o dever do Supremo Tribunal

⁹ Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20161213_265.pdf , em sua p.94.

¹⁰ “De fato, a mencionada atribuição não é de todo estranha ao órgão. O art. 161, parágrafo único, da Constituição Federal confere ao Tribunal de Contas da União o papel de efetuar o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação dos Estados (FPE) e Municípios (FPM).

Na mesma linha, a Lei 8.443, de 16 de junho de 1992 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União –, prevê, entre as competências do TCU, a de “*efetuar, observada a legislação pertinente, o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal, fiscalizando a entrega dos respectivos recursos*” (art. 1º, VI, Lei 8.443/1992).

É certo que, no caso em tela, não se cuida de fundo de participação, como mencionado nos dispositivos, nem a tarefa da Corte de Contas limitar-se-á ao cálculo do valor das quotas a que farão jus os estados-membros beneficiados. Entretanto, penso que a aplicação analógica é cabível como solução mais plausível.

Da mesma forma, também é este o órgão eleito pelo legislador para o cálculo da participação de cada estado ou do Distrito Federal na repartição da receita tributária a que se refere o art. 159, II, da Constituição Federal (IPI-Exportação). “ Trecho do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, na ADO 25 (BRASIL, 2017)

¹¹ Não obstante a Constituição Federal de 1988 tenha adotado a mera comunicação ao Poder competente como consequência da decretação de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º), é recorrente o entendimento de que poderia, ou até mesmo deveria ter ido além (e por além entenda-se, ainda, muito além do que se foi no presente caso, por meio de interpretação analógica que conferiu ao TCU e ao CONFAZ o regulamento da questão, mas pela normatização da lacuna legislativa pelo próprio STF. Nesse sentido, José Afonso da Silva aduz que “(...) a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos

Federal de resguardar o cumprimento da Constituição não pode se dar tão somente em âmbito formal, expresso em declarações ineficazes, mas deve ter também um desdobramento prático, sob pena de o próprio Tribunal incorrer em violação constitucional.

Nesse sentido, destaca-se trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADO 25, por meio do qual acompanhou, integralmente, o voto do Ministro Relator:

Nem se diga que o Supremo Tribunal Federal, ao colmatar uma evidente (e lesiva) omissão inconstitucional do aparelho de Estado, estar-se-ia transformando em anômalo legislador.

É que, ao suprir lacunas normativas provocadas por injustificável inérvia do Estado, esta Suprema Corte nada mais faz senão desempenhar o papel a ela outorgado pela própria Constituição da República, valendo-se, para tanto, de instrumento que, concebido pela Assembleia Nacional Constituinte, foi por esta instituído com a precípua finalidade de impedir que a inérvia governamental, como a registrada no caso ora em exame, culminasse por degradar a autoridade e a supremacia da Lei Fundamental.¹²

Decisão em sentido diverso, sem estipulação de prazo para o Congresso Nacional e de medida substitutiva para o caso de não legislar, violaria a função de guarda da Constituição que é própria do Tribunal, conforme artigo 102 da CF/88, pois correria o risco de não ser efetivo ante a omissão constitucional evidenciada.

Nas palavras do Ministro Barroso: “Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade.”.¹³ E não restam dúvidas acerca da crise política vivenciada no presente momento e, logo, seguindo esta lógica, da necessidade da Corte Constitucional adotar postura proativa.

Ademais, o STF não poderia negligenciar atentado ao pacto federativo, cláusula pétrea da Constituição, conforme descreve Heleno Taveira Torres:

termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 48-49)

¹² MELLO, Celso de. In. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADO 25, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, Dje 18.08.2017.

¹³ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. p. 09-10

[...] a Constituição não admite retrocesso quanto à opção pelo federalismo cooperativo, como nota evidente da rigidez da Constituição material. Por cláusula pétrea que define a identidade do Estado brasileiro, queda-se afastada qualquer tentativa de regresso à unidade, ou medida que confira prevalência da unidade central em detrimento da descentralização das competências legislativas ou ainda algum prejuízo à redução das desigualdades regionais ou à promoção do desenvolvimento equilibrado.¹⁴

Ora, a União pode prever a desoneração de tributos estaduais, mas essa competência é vinculada à existência de compensação por intermédio de repasses obrigatórios suficientes a manter o equilíbrio vertical entre o ente federal e o estadual e, enquanto essa situação não se concretiza, encontramo-nos diante de clara violação à própria estrutura do Estado brasileiro, circunstância diante da qual a Corte Suprema não poderia agir de forma retraída. Ao contrário, a Corte Constitucional precisa, dentro dos limites de sua competência, dispor de mecanismos que assegurem o cumprimento de suas decisões, sob pena de esvaziar o sentido de sua atividade, especialmente no que tange às ADOs.

Fato é que a decisão do STF criou uma regra de substituição à “norma tampão” do §3º, do art. 91, do ADCT, que tem seus efeitos cessados quando completo o interstício de 12 meses concedidos pela Corte. Até essa data, seja com a edição da lei complementar devida, seja com a definição de novo mecanismo pelo TCU, observados os ditames constitucionais do *caput* do artigo 91 do ADCT, o regramento de entrega de recursos da Lei Kandir deixa de vigorar no sistema jurídico brasileiro.

O TCU, por sua vez, em princípio, não teria muita dificuldade para viabilizar e/ou operacionalizar a decisão do STF uma vez que há décadas já responde pela apuração dos coeficientes individuais dos fundos de participação (FPE e FPM), dentre outros, e pelo correspondente acompanhamento dos seus créditos.

De todo modo, é de se esperar que, diante do mecanismo de efetivação estabelecido na decisão do STF, o Congresso Nacional adote os esforços necessários para sanar a omissão atacada, em busca de não deixar a cargo do TCU essa atribuição.

5. UMA AVALIAÇÃO ECONÔMICA DA DECISÃO

A decisão do STF, por princípio, não reconheceu as transferências antes e ainda realizadas pela União em favor dos Estados por força do disposto na

¹⁴ TORRES, **Direito Constitucional Financeiro**: Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 273.

Lei Complementar nº 87, de 13/09/1996 (a chamada Lei Kandir) e na legislação que a sucedeu.

É importante notar que o art. 91 do ADCT (terceiro parágrafo) prevê que “permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos” até que seja editada uma nova lei complementar. Mas os dispositivos preservados e especificamente citados da Lei Kandir determinam repasses apenas entre os exercícios de 2003 a 2006 – com redação dada pela Lei Complementar de 2000.

A Lei Kandir segue em vigor, mas, pelo decidido pelo Supremo, em relação às transferências da União aos Estados, aquela Lei não seria suficiente para atender o comando constitucional, nos termos em que previsto na Emenda de nº 42, de 2003 (aliás, no início do último período a que se referiu a Lei Kandir para fins de repasses)¹⁵.

Não custa insistir sobre esse aspecto tão singular. Não há dúvida quanto à constitucionalidade da Lei Kandir. Isso sequer se discutia na ADO 25. O que estava em questão era apenas o seu mecanismo de compensação de recursos da União em favor dos Estados. Ainda assim, há de se considerar que se tratava de uma “norma tampão”, assim considerada até mesmo pelo próprio STF, pois reconheceu que a compensação que vem sido feita até então é válida, bem como que deve perdurar durante esse prazo de um ano ou até vir algo do TCU (como explicado no parágrafo seguinte).

Evidentemente, a decisão do STF, na ADO 25, nem afasta os demais dispositivos da Lei Kandir, tampouco afeta as transferências anteriormente realizadas com base na lei. O que estava em questão era simplesmente uma omissão legislativa. O Tribunal reconheceu o estado de inconstitucionalidade decorrente do descumprimento do dever de legislar previsto no art. 91 do ADCT. Em outras palavras, são válidas as transferências até aqui realizadas, com base na legislação em vigor, e não surge para os Estados afetados pela norma de desoneração qualquer sorte de direito à indenização ou compensação, senão aquele que vier a ser estabelecido por meio da lei complementar a ser editada pelo Congresso Nacional ou, na falta dele, na forma como vier a ser estabelecida pelo TCU.

Dito de outro modo, o que fez a ADO 25 foi reconhecer o vazio institucional deixado pelo descumprimento do art. 91 do ADCT, instando o Congresso Nacional a pôr termo à lacuna, fixando os parâmetros para a nova transferência. Findo o prazo indicado pelo STF, não haverá mais que se falar na

¹⁵ Pela lógica mais elementar, se o STF entendesse que a Lei Kandir, de 1996, com redação alterada em 2000, tratasse das transferências entre governos remetida à lei complementar pela emenda de 2003, aquela disposição da Lei Kandir teria sido recepcionada. Ou seja, não seria declarada uma vacância legislativa e, por consequente, não haveria razão para se fixar prazo para aprovação da (nova) lei e muito menos para delegar ao TCU a competência que caberia ao legislador.

aplicação dos parâmetros previstos na Lei Kandir para fim de se definir o montante da transferência e os critérios de partilha. Afinal, se pudesse e se fosse para a nova transferência obedecer ao mesmo montante, aos mesmos prazos, às mesmas condições e aos mesmos critérios daquela lei, teria bastado ao STF decidir que sua eficácia supre a ausência da lei complementar prevista no *caput* do art. 91 do ADCT.

Detalhe crucial que se precisa atentar é que tal transferência não será permanente e por isso não foi inserida no corpo perene da Constituição. Ou seja, não é o mesmo caso, dentre outros, da entrega pela União de 10% da arrecadação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para os Estados exportadores de produtos industrializados. A emenda incluiu a norma no corpo transitório da Carta Magna porque a transferência intergovernamental deverá ser realizada pela União enquanto nas operações interestaduais não for destinado 80% ou mais do ICMS ao estado em que for consumida a mercadoria ou prestado o serviço. É o que consta do §2º do art. 91 do ADCT.

A definição da alíquota interestadual do ICMS é competência constitucional exclusiva do Senado Federal e hoje, em geral, está fixada em 7% ou 12%, conforme a região em que se encontra o Estado de origem e o de destino da operação. Logo, em princípio, enquanto aquelas alíquotas não forem reduzidas pelo Senado ao menos até 1,4% ou 2,4%, respectivamente, a União deverá transferir recursos para os Estados.

A divisão interestadual do ICMS surge como uma variável chave para reflexão e para decisão. É forçoso reconhecer que ela não foi tratada no *caput* do art. 91 do ADCT – em particular, não a explicitou como o critério, nem como mais um critério, para definir o rateio da transferência federal entre os Estados. Por outro lado, tal variável constitui condição *sine qua non* para existir a transferência federal. Se esse repasse só será realizado enquanto o ICMS não adotar o chamado princípio de destino (ou muito dele se aproximar), é razoável supor que este deve ser um princípio balizador das definições e das decisões a serem tomadas na lei complementar (ou ato do TCU) que finalmente vier a regular o art. 91 do ADCT.

As questões ou relações federativas, desta forma, são duplamente tratadas no âmbito do referido artigo. Primeiro, passará a haver uma relação (financeira) determinada entre ao menos duas esferas de governo - o repasse financeiro da União para Estados (e destes, parte, para seus Municípios). Segundo, a vigência de tal relação dependerá da forma como se relacionam entre si as unidades que compõe o nível estadual de governo.

Ainda que sejam facultativas, sejam meramente indicativas, também seria razoável esperar que a nova lei complementar considere as variáveis mencionadas não apenas no *caput* como também no § 2º. Não é o caso de meramente identificar, mensurar e contar as exportações, a balança comercial e os

investimentos produtivos, mas de considerá-los à luz das relações entre as unidades federadas.

Sendo assim, é necessário observar não apenas a relação entre os contribuintes (que exportam e que investem) e o fisco, mas também entre os fiscos em si – isto é, atentar para as transações interestaduais. Pode parecer mais complexo o processo, porém, isso é natural e condizente da economia e da federação. Cada bem ou serviço que seja exportado, ou seja, convertido em ativo fixo, resulta de etapas múltiplas - de produção, de comercialização e de prestação -, que tendem a envolver contribuintes localizados em diferentes Estados. Só por um acaso do acaso, haverá uma mercadoria produzida em um determinado Estado, em que todos os insumos sejam adquiridos e produzidos no mesmo Estado, e de lá venha a ser exportada; o mesmo valendo para um bem do ativo permanente; em ambos os casos, o efeito da exportação e do investimento produtivo ficaria restrito as fronteiras do citado Estado.

Uma mercadoria exportada ou um bem de capital comprado (ambos tendo adquirido insumos e ambos tendo sido inteiramente produzidos dentro do mesmo Estado a partir do qual é exportado ou no mesmo Estado em que for objeto de investimento) compreende uma situação com efeito igual àquele em que o mesmo tenha sido objeto de uma transação com outro Estado, porém todo o ICMS caberia apenas àquele em que for real e finalmente consumida. Portanto, neste caso raro de uma economia estadual completamente autônoma, condizente com uma nova regulação legal do ICMS interestadual em que seja adotado o princípio de destino no ICMS, não há razão para a União conceder transferência em favor daqueles Estados, ao menos ao amparo do disposto no art. 91 do ADCT.

Do cenário teórico ou ideal para o da realidade brasileira, parece se revelar a razão porque o governo federal precisa transferir recursos aos entes estaduais. Não é pela simples razão de exportarem ou de investirem, não é pelo seu montante em si. Mas é pela justa razão de que é preciso corrigir os impactos diferenciados nas finanças estaduais de transações econômicas que são de interesse nacional. Nem é preciso dizer porque exportações e investimentos produtivos são determinantes imprescindíveis ao crescimento econômico do Brasil e de qualquer outro País – especialmente quando este está mergulhado em recessão.

O atual sistema tributário brasileiro torna estas duas transações, tão relevantes para a economia e a sociedade, desinteressantes e, pior, danosas para as finanças dos governos estaduais em que são realizadas. É uma contradição terrível e inegável entre as leis da economia e as da tributação. A exportação goza de imunidade constitucional em relação ao ICMS – ou seja, quando se exporta uma mercadoria, o Estado nada arrecada. O mesmo vale para um contribuinte de um Estado que adquire uma máquina, um equipamento ou mesmo realiza uma construção, que incorpore ao seu ativo permanente e, por

isso, se credita em relação ao ICMS (ainda que mitigado), logo, sem gerar arrecadação. Ou seja, em termos diretos, exportar ou investir não gera receita para um Estado. Mas isso certamente gera despesa para o mesmo - por exemplo, a empresa demanda infraestrutura, os seus empregados demandam educação, saúde e segurança. Isso tudo sem falar em efeito multiplicador.

Em tese, além de não arrecadar diretamente, as operações citadas implicam perda de receita para ente estatal. É o caso em que o fisco local deve devolver ao contribuinte os créditos acumulados de ICMS, mas que tenha por contrapartida insumos e bens de capital adquiridos fora do Estado e que, como tal, geraram receita para outro Estado. O contribuinte tem o direito constitucional a reaver tal crédito, na forma de restituição em dinheiro, ou para pagamentos de importações ou outros débitos do mesmo contribuinte, ou na forma de transferência para terceiros. Mas, na prática, é comum que fiscos retardem ou evitem o aproveitamento dos créditos tributários acumulados, sobretudo quando sabidamente têm como origem ou contrapartida débitos em favor de outros Estados. Neste caso, um Estado devolveria recursos que foram arrecadados para outro Estado¹⁶.

Um Estado paga para não receber. Isso é o que ocorre quando um Estado honra e devolve créditos acumulados na exportação ou no investimento realizado por um de seus contribuintes, mas que teve, por contrapartida, insumos ou bens de capital, em ambos os casos provenientes de outro Estado. Não se pode negar que tal aproveitamento de crédito é racional, lógico e inerente a um imposto sobre valor adicionado. Mais que isso, é um direito do contribuinte assegurado e explicitado pela Constituição brasileira – aliás, reforçado na mesma emenda que criou o art. 91 no ADCT. Por outro lado, não há como se negar que o atual sistema produz uma injustiça federativa e fere o senso comum (que se agrava mais em tempos de crise fiscal e recessão), quando exige que um Estado não apenas deixe de receber como ainda pague para não arrecadar.

A situação aqui apresentada, se reconhece e alerta, é levada ao limite: nesta hipótese, se aplica isoladamente a uma única transação de exportação ou de investimento produtivo no caso do ICMS. O certo seria considerar o conjunto de transações realizado em cada economia regional. Afinal, o mesmo Estado que uma hora importa insumos, em outra hora pode exportá-los, em outra transação. A mesma lógica é válida para bens de capital adquiridos pelos

¹⁶ Aliás, se nem mesmo a Receita Federal têm devolvido de forma plena e célere os créditos acumulados em tributos federais (e em torno dos quais não há o problema da transferência interestadual de ônus e bônus), é difícil esperar que as Fazendas estaduais se posicionassem de forma diferente – ainda mais quando ainda podem invocar a injustiça federativa implícita no atual sistema.

contribuintes. Por lógica, cabe contar o conjunto de todas as transações realizadas em uma economia estadual com as demais, em certo período de tempo, e os recortar para ponderar apenas as exportações e os investimentos produtivos. Mas não se consegue realizar a conta devidamente. Faltam dados atualizados e consistentes, aliás, nem mesmo para a balança de interestadual de todas as operações e prestações do ICMS, quanto mais para recortar e apurar a mesma balança apenas no caso das exportações e dos investimentos.

À parte a correta mensuração do grau de injustiça que o atual sistema tributário provoca entre os membros federados, é possível também apontar a sua disfunção em relação à lógica da economia. Pelo exposto, no atual sistema tributário brasileiro, quanto maior for o peso relativo das exportações e dos investimentos em um Estado, tanto menor será a sua base de cálculo do ICMS – que, por princípio, deveria ser formado basicamente pelo consumo dos não contribuintes do imposto. Se todos os Estados de um país exportassem a mesma proporção do que cada Estado produz, se todos os Estados investissem igualmente a mesma proporção do que cada Estado demanda, em tese, não seria maior a diferença entre eles. Exportar e investir diminuiria a base tributável, mas pesaria de forma igual em todos os Estados. Porém, só um acaso do acaso, levaria a uma situação em que fosse igual a proporção de redução da base de cálculo, ainda mais em uma federação composta por 27 unidades.

É preciso uma intervenção externa e superior, de alguém que paire por cima dos membros federados, para diminuir e, se possível, eliminar a distância entre eles. A equalização é o princípio que deve mover a concessão de transferências pela União aos Estados no âmbito do art. 91 do ADCT.

Talvez seja impossível tornar os 27 membros iguais em termos de potencial de arrecadação disponível a cada um, mas, ao menos, há a obrigação constitucional de diminuir a distância entre eles e tornar o atual sistema menos injusto para a federação e menos distorcido para os contribuintes.

Enfim, a partir da decisão do STF, ignorando por completo a possibilidade de se fazer uso dos mecanismos de repasse da Lei Kandir ou atos conexos, está posto um desafio de se desenhar uma nova modalidade de transferência da União para os Estados que elimine o víés contra o crescimento que o atual sistema impõe aos governos estaduais. Nem é preciso teoria para se saber que qualquer economia depende de exportações e de investimentos produtivos para se desenvolver – ainda mais quando o seu mercado interno está mergulhado na pior recessão e no maior desemprego de sua história. É inaceitável que um sistema tributário crie uma situação em que, de forma incontestável, um governo estadual pague para deixar de arrecadar quando o conjunto de seus contribuintes exporta e investe e, para tal, importe liquidamente insu-
mos e bens de capital.

A União precisa transferir recursos que, no mínimo, considerem a redução da base de cálculo potencial de cada Estado decorrente das parcelas de suas produções destinadas às exportações e aos investimentos produtivos, e como tal não tributados, em proporção superior à média dos demais Estados. É preciso reduzir a distância relativa destes Estados em relação àqueles que consomem proporcionalmente muito mais do que produzem e assim podem explorar uma base tributável relativamente mais ampla.

6. OBSERVAÇÕES FINAIS

Enfim, o artigo 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fruto da Emenda Constitucional n. 42 de 2003, passou a exigir que a União entregue recursos aos Estados e ao Distrito Federal segundo montante, critérios, prazos e condições estabelecidos em lei complementar.

Como essa lei não tinha sido editada até o final de 2016, a sua omissão foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na época. A Corte determinou que, se o Congresso não a aprovar em prazo por ela definida, e enquanto não o fizer, o Tribunal de Contas da União (TCU) deverá dispor sobre a matéria.

São duas questões, inegavelmente complexas e sensíveis, a serem resolvidas. Primeiro, qual o montante global a ser transferido? Segundo, como o distribuir entre as unidades federadas?

O STF, mais uma vez, a partir de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, se posicionou diante dos impasses que tendem a marcar e até a paralisar questões chaves para o federalismo fiscal brasileiro. Na falta de liderança e coordenação por parte do governo federal, na incapacidade de negociação e pactuação entre os Estados e na impotência decisória do Congresso Nacional, a Suprema Corte apontou uma solução provisória e delegou a decisão sobre quanto transferir e sobre como dividir entre unidades federadas a um órgão auxiliar de controle, do próprio Legislativo.

O ideal, na verdade, será um equacionamento definitivo deste impasse. Mais que isso, cabe tomar este caso como precedente e alerta para que se evite novos conflitos federativos, sem mediação e solução pactuada entre membros federados, e que novamente precisem a intervenção do Judiciário. Infelizmente, nas matérias afetas ao Executivo e ao Legislativo, e aos diferentes governos que integram a Federação, o órgão responsável reiteradamente tem se omitido e/ou fracassado em suas funções e deixado a decisão para a Justiça.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

Acesso em: 04 set. 2017.

BEVILACQUA, Lucas. **Incentivos Fiscais de ICMS e Desenvolvimento Regional**. São Paulo, IBDT/ Quartier Latin, 2013.

BERCOVICI, Guilherme. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003. Disponível em: <<http://docsslide.com.br/documents/bercovici-desigualdades-regionais-estado-e-constituicao.html#>>. Acesso em 14 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicação original. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL, Lei nº 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Seção 1, n. 180, 16 set. 1996, p. 18261. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 13 dez. 2016.

CARVALHO, David Ferreira. ICMS: Desoneração das Exportações e Perda de Arrecadação dos Estados por Região do Brasil: 1996 – 1998. Disponível em: <<http://ppgeconomia.ufpa.br/documentos/ICMS-DesoneracaodasExportacoes.pdf>>. Acesso em 14 dez. 2016.

KFOURI JR., Anis. **Curso de Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACIEL, Marcelo Sobreiro. **Política de Incentivos Fiscais: Quem Recebe Isenção por Setores e Regiões do País**. Brasília, Senado. 2010. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema20/2009_9801.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2016.

SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-Concorrência. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord). **Coisa Julgada: Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária**. São Paulo: Dialética, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. A desoneração das exportações e o fundo da Lei Kandir: análise com foco no setor mineral. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDDE**. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 3956, mar./ago. 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Tributação, Livre-Concorrência e Incentivos Fiscais. In: NUSDEO, Fábio (coord). **O Direito Econômico na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADI 4628**, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 24.11.2014

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADO 25**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 18.08.2017

OLIVEIRA, Luiz Guilherme. **Federalismo e Guerra fiscal**. São Paulo, 1999. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view/11917>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Submetido em: 29 set. 2017. Aceito em: 23 fev. 2018.

Tabela 1 - Total Geral Constante (Lei Kandir + FEX) repassado a cada Estado (em milhões de reais)

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Total	
AC	2,63	1,14	12,88	0,36	8,55	7,43	7,56	5,37	9,48	11,76	11,64	8,37	15,18	5,65	3,99	5,59	4,69	1,79	3,56	3,59	4,37	135,58	
AL	23,95	2,29	51,43	11,35	73,57	68,58	69,79	49,60	128,71	144,47	150,97	134,43	99,18	43,85	44,58	52,88	51,02	16,52	40,32	30,60	28,57	1.316,66	
AM	16,77	-	76,41	104,66	94,83	82,27	83,72	64,58	112,81	130,03	134,07	114,62	94,85	65,37	65,29	63,39	46,93	19,82	40,88	40,67	50,13	1.502,11	
AP	16,29	8,91	38,41	21,18	38,74	33,18	33,76	24,16	41,90	44,45	38,69	46,02	23,81	10,02	9,54	8,95	10,47	7,99	8,96	6,90	6,34	478,66	
BA	63,57	538,56	454,68	400,69	349,49	303,36	308,72	296,59	298,15	312,84	293,57	249,79	325,31	218,15	220,50	220,02	176,29	73,09	190,85	163,04	190,34	5.647,60	
CE	32,72	1,56	109,87	153,10	146,04	132,95	135,29	96,15	131,23	137,72	129,49	110,19	102,72	54,95	53,46	53,59	44,91	32,03	37,36	27,81	26,10	1.749,24	
DF	23,37	-	-	-	53,61	66,09	67,26	47,80	48,22	49,72	39,23	33,13	33,28	19,97	19,01	17,83	16,91	15,92	14,98	13,74	12,63	592,69	
ES	134,30	84,40	217,19	468,63	382,66	347,96	354,12	340,74	417,93	442,50	448,92	383,10	454,75	323,21	311,45	264,78	298,42	83,84	222,15	175,15	313,55	6.469,75	
GO	36,08	-	-	0,19	116,72	108,94	110,87	78,79	128,00	135,41	136,35	116,33	253,86	208,98	217,93	191,02	164,16	26,25	176,74	189,20	316,67	2.712,48	
MA	29,46	43,55	128,27	185,11	157,56	137,03	139,45	133,50	177,30	188,27	195,58	167,04	192,96	104,87	119,07	95,79	86,00	33,01	70,96	63,62	97,18	2.545,57	
MG	213,35	371,17	922,46	1.352,58	1.207,58	1.053,27	1.071,87	828,32	869,02	903,14	773,82	655,98	1.115,62	841,27	837,80	778,22	917,34	253,77	739,15	617,98	880,09	17.203,78	
MS	36,81	259,79	186,79	81,42	116,16	100,78	102,55	72,88	103,01	108,29	103,38	88,02	125,37	88,11	86,61	80,38	85,72	24,28	81,75	101,66	189,20	2.222,96	
MT	46,69	312,45	162,38	176,58	181,35	158,42	161,21	114,57	284,35	305,10	343,37	294,06	544,47	467,51	519,89	448,18	358,60	38,17	428,88	463,08	844,35	6.653,67	
PA	78,65	373,13	508,76	493,28	412,05	356,18	362,46	273,63	507,74	541,02	577,63	467,16	478,32	334,82	345,42	268,19	354,76	85,82	291,86	281,87	443,76	7.836,49	
PB	13,22	0,41	-	0,59	23,67	23,47	23,88	16,97	42,82	45,97	51,90	44,45	29,67	16,57	14,93	14,88	14,45	5,65	13,34	9,68	11,21	417,72	
PE	40,02	-	96,90	38,12	129,61	123,21	125,42	89,13	99,71	104,19	89,02	74,65	105,01	52,94	48,06	53,10	45,09	29,22	39,62	31,23	26,26	1.440,51	
PI	7,19	10,60	9,16	18,63	25,86	24,62	25,06	19,37	33,78	38,93	40,15	34,32	19,56	12,20	15,82	14,31	11,60	5,93	12,98	10,05	17,27	407,40	
PR	250,17	812,79	989,62	1.162,64	948,78	822,97	837,48	638,78	746,85	780,41	704,85	598,83	633,81	464,99	407,61	335,43	330,13	198,28	309,41	288,69	382,11	12.644,62	
RJ	144,38	1.758,49	507,29	328,59	549,06	478,72	487,16	346,21	384,94	399,43	336,88	285,39	519,41	267,04	270,90	261,45	269,39	115,34	185,43	162,03	297,79	8.355,34	
RN	10,45	-	-	-	23,97	29,56	30,08	21,38	56,29	60,49	68,84	58,98	50,74	34,29	28,92	26,59	20,84	7,12	15,39	13,33	23,13	580,38	
RO	7,12	0,02	-	-	16,59	20,36	20,71	14,72	34,94	37,45	41,77	35,76	38,67	40,18	29,31	32,21	24,45	4,90	26,92	27,90	61,04	515,03	
RR	1,10	-	2,73	0,01	2,86	3,12	3,18	2,26	6,86	7,40	8,62	7,39	5,20	2,43	1,97	1,64	1,54	0,75	1,18	0,93	1,35	62,52	
RS	154,56	135,63	1.147,36	911,18	946,71	819,88	834,34	780,63	723,62	754,97	672,02	570,59	648,89	529,70	471,72	432,36	380,42	197,53	363,23	334,13	505,03	12.314,49	
SC	57,31	172,24	293,02	357,99	322,11	293,13	298,30	282,51	346,70	366,85	370,25	315,90	314,22	213,36	171,80	181,95	154,05	70,63	138,58	121,04	167,74	5.009,69	
SE	7,23	-	-	-	16,58	20,44	20,81	14,79	19,76	20,72	19,30	16,41	31,68	16,36	14,57	15,29	15,19	4,93	11,55	8,91	12,19	286,71	
SP	485,52	497,31	0,16	3.602,55	2.950,81	2.543,18	2.588,63	2.429,87	1.884,85	1.945,34	1.552,43	1.311,32	1.742,47	1.087,40	924,96	1.010,50	790,52	612,42	672,83	604,84	491,80	29.729,71	
TO	2,27	-	-	-	-	5,21	6,43	6,54	4,65	16,96	20,64	23,60	20,26	31,03	23,87	26,85	24,71	25,41	1,55	22,53	25,07	59,79	347,36
Total	1.935,16	5.384,46	5.915,76	9.869,41	9.300,73	8.165,52	8.310,22	7.087,94	7.655,91	8.037,50	7.356,33	6.242,49	8.030,05	5.548,08	5.281,94	4.953,22	4.699,30	1.966,56	4.161,39	3.816,74	5.460,00129.178,73		



O CONTRATO DE *JOINT VENTURE* NO PROCESSO DE *CATCHING UP*: SUA ADOÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

*Daniel Amin Ferraz**

*Henrique Luiz Ferreira Coelho***

Resumo

Atualmente, países em processo de *catching up* buscam diminuir o hiato tecnológico existente em relação aos países detentores de tecnologias de ponta, notadamente através de investimentos massivos e adoção de políticas públicas direcionadas. Tendem, por conseguinte, a acessar tecnologias já maduras e testadas em outros mercados relevantes. Dado tal contexto, em função da diversidade de formas possíveis de apropriação tecnológica, o presente trabalho pretende apresentar o contrato de *joint venture*, lastreado em cooperação e assunção conjunta de riscos, prejuízos e dividendos, como instrumento contratual apto para a transferência de tecnologia, além de apresentar um panorama geral acerca das principais estruturas analíticas que favorecem o citado processo de apropriação de conhecimentos técnicos. Do mesmo modo, estudar-se-á o caso IMOVALL, *joint venture* formatada entre Vallée Nordeste S.A., empresa brasileira, e Institut Merieux, de origem francesa, cujo objeto principal é a transferência de tecnologia para fabricação de vacina Tríplice pela co-venture brasileira, que, até então, não possuía capacidade técnica instalada. Uma vez explorada tal metodologia, a finalidade do trabalho será demonstrar que o contrato de *joint venture* é instrumento hábil a promover transferência internacional de tecnologia para o desenvolvimento de países em processo de *catching up*.

Palavras-chave

Direito empresarial. Contratos empresariais. Contrato de *joint venture*. Processo de *catching up*. Transferência de tecnologia.

JOINT VENTURES IN CATCHING UP PROCESS: ITS USAGE AS A PUBLIC POLICY FOR DEVELOPING COUNTRIES

Abstract

Nowadays, countries in catching up process aim to restrain the existing technological gap between them and others with modern advanced technology notably by massive investments and focal public policies. They tend, thus, to access mature technologies that have already been

* Mestre em Direito empresarial pela Universidade de Coimbra, Portugal; Doutor em Direito Internacional pela *Universidad de València*, Espanha; Pesquisador OMC – Genebra (2004); Professor do Programa de Mestrado/Doutorado em Direito do UniCEUB, Brasília; Advogado.

** Especialista em Direito Processual Civil. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Advogado.

tested in other relevant markets. In that scenario and considering the vast amount of possible ways that technology appropriation may occur, the present work aims to present the joint venture, based on cooperation and mutual risk, loss and dividends assumption, as a contractual instrument able to perform technology transfer and to show the general panorama regarding the main structures that favors catching up processes. In addition, it will be studied the IMOVAL case, joint venture created by Vallée Nordeste S.A, Brazilian enterprise, and Institut Merieux, French corporation, whose objective was to transfer the necessary technology for the development of a vaccine from the French co-venture to the Brazilian partner. Explored that, this work shall demonstrate that the joint venture contract is the instrument able to promote international technological transfer for developing countries going by catching up processes.

Keywords

Corporation law. Business contracts. Joint ventures. Catching up process. Technology transfer.

1. INTRODUÇÃO

Há tempos se discute a importância do processo de *catching up* com vistas a diminuir o hiato tecnológico¹ existente entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento².

Importa referir que o processo de industrialização na periferia capitalista ocorreu de forma tardia. Quando começa este movimento de industrialização na periferia, as economias centrais já haviam alcançado estruturas de oligopólio em vários setores³.

Assim, nos países da periferia, em um primeiro momento, se implantam indústrias tecnicamente competitivas, valendo-se do capital local. Entretanto, nesse período, o investimento em setores mais complexos era inalcançável, já que presente uma baixa capacidade local, tanto tecnológica como financeira.

Todavia, com o avanço e a diversificação da industrialização, foi necessária a implantação do oligopólio, na tentativa de evitar o estrangulamento do crescimento econômico. Outro fator determinante do crescimento dos investimentos, bem como da concentração do capital, foi o nascimento da concorrência internacional⁴. Os países periféricos passaram a não ter possibilidade de

¹ KIM, Linsu. *Da imitação à inovação: a dinâmica do aprendizado tecnológico da Coréia*. Campinas: Editora da Unicamp, 2005. p. 137-144.

² CHANG, Há-Joon. *Globalisation, Economic Development and the Role of the State*. London: Zed Books, 2003. p. 275 e ss.

³ Países da periferia entendidos como aqueles que produzem, em sua essência, bens primários. Países centrais, por outro lado, seriam os que já passaram por um processo de forte industrialização de suas economias. Neste sentido, veja-se: BALASSÁ, Bela. *El desarrollo económico y la integración*. Ciudad de México: Centro de estudios monetarios latinoamericanos, 1965, p.43. Veja, ainda, no sentido de que a periferia seria composta por aqueles países onde o poderio militar, econômico e político seriam menos consolidados do que nos países centrais: MACDONALD, Paul K. Distancia y resistencia: las relaciones entre el centro y la periferia en la política internacional. In: HIRST, Monica. *Crisis del Estado e Intervención Internacional*. Buenos Aires: Edhasa, 2009, p. 131 e ss.

⁴ É a mesma decorrente do próprio processo de globalização, com a necessidade de atuação das empresas no mercado internacional e, para tal, a busca de integração do capital, com a atuação

promover a implantação gradual destes setores, com a decorrente transformação das pequenas e médias empresas em grandes corporações, como o que havia ocorrido nos países centrais.

Desta forma, seria quase impossível que as empresas possuidoras de tecnologia avançada, assim como de economia de escala, surgissem na periferia, como resultado do crescimento e da diversificação das empresas locais.

O Estado, então, passou a atuar sob três alternativas, como agente central desta implantação:

A) Possibilitar a implantação de empresas locais, por intermédio de financiamentos subsidiados, reservas de mercado e outros incentivos

Estratégia largamente utilizada pelos Estados periféricos, apresentou profundos problemas de execução. Havia uma forte variante política quando da decisão de implantação de uma dada esfera produtiva, predominando interesses regionais e individuais em detrimento de interesses coletivos. A reserva de mercado (prática comum) também se mostrou desastrosa, já que provocou a obsolescência dos parques industriais, com o derivado atraso tecnológico.

B) Estimular a implantação de multinacionais

Como fator prejudicial, ocorreu o desinteresse destas pelas questões sociais dos países em que se instalaram. O capital estrangeiro deve ser bem-vindo, porém não pode ser a única estratégia de atuação do Estado para a promoção do desenvolvimento.

C) Promoção pelo Estado, diretamente, da implantação de esferas produtivas, com a criação das empresas estatais

Foi largamente utilizada nos países em vias de desenvolvimento (PVDs). Entretanto, hoje em dia, se encontra pouco presente. Uma vez mais, se observou a forte influência de interesses políticos individuais em detrimento de interesses sociais. Desta forma, passou-se a aceitar que o Estado tivesse atuação fiscalizadora na economia de mercado, possuindo papel gestor somente em setores estratégicos, de elevado interesse social, tais como na educação, saúde, segurança pública, etc.

A insuficiência de atuação do Estado nos países periféricos, incapazes de gerar desenvolvimento econômico sustentável, criou uma maior dependência de suas sociedades com relação aos países centrais. O passo seguinte foi a adoção do sistema neoliberal para solução dos problemas econômicos e

em novos mercados. Para uma análise crítica da internacionalização do capital, qualificando a dependência ainda maior dos países da periferia, veja-se: FLORES OLEA, Víctor; MARIÑA FLORES, Abelardo. *Crítica a la globalidade*. México – DF: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 191 e ss.

sociais existentes⁵. A adoção do modelo neoliberal gerou sua total dependência tecnológica para com os países desenvolvidos. A prática do *catching up* pode atender ao objetivo de que esta dependência não se perpetue.

Tal fenômeno objetiva, precipuamente, a absorção e utilização, pelos países tecnologicamente atrasados, de conhecimentos técnicos já instalados e provenientes dos países mais capacitados. Assim, existente a possibilidade de apropriação tecnológica visando ao crescimento econômico⁶.

Como será apresentado, inúmeras são as variáveis envolvidas nesse processo, desde a adoção e desenvolvimento de políticas públicas agressivas, em longo prazo, como a limitação de investimentos estrangeiros, proteção à indústria nacional, licenciamento de tecnologias externas e adoção de engenharia reversa, dentre outros, até a identificação e utilização de fatores socio-culturais singulares e determinantes para suportar e superar crises, sejam elas provocadas ou não⁷.

Assim, com base no exemplo coreano, destacar-se-ão, ainda que sucintamente, algumas das variáveis acima exemplificadas. Dentre elas, mais detidamente a estrutura da transferência direta de tecnologia como forma de se fomentar o aprendizado em países com baixo índice de desenvolvimento tecnológico⁸.

⁵ Assim, o neoliberalismo foi, nesta altura, o programa comprometido com a estabilização macro-económica ortodoxa, especialmente por meio do a) equilíbrio fiscal, obtido mais pela contenção do gasto público do que pelo incremento da atividade econômica, que geraria aumento da arrecadação de tributos; b) pela liberalização econômica, promovendo-se a integração com o sistema de comércio mundial; c) com a privatização, entendida como a retirada do Estado da produção e a adoção de padrões ocidentais internacionais; e d) pelo desdobramento de políticas sociais compensatórias, criadas para minimizar os efeitos da desigualdade social gerada. Neste sentido, veja-se: UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracia Realizada*. São Paulo: Boitempo Editorial, 1998. p. 49.

⁶ A transferência de tecnologia por se dar de duas formas básicas: tecnologia incorporada ao bem ou serviço e; tecnologia incorporada ao conhecimento. Quanto à primeira estratégia de absorção serão praticados os contratos de compra e venda e prestação de serviços. Já para absorção tecnológica incorporada ao conhecimento (know how), serão realizados os contratos de licenciamento e transferência de tecnologia. No que se refere aos contratos de licenciamento e transferência de tecnologia os países em desenvolvimento, geralmente, e entre eles o Brasil, adotam normativas de efeito tributário que constituiriam verdadeiras isenções para o transferente da tecnologia, permitindo-se remessas de lucros da filial à matriz sem incidência de IR, desde que, e quando, ocorra a transferência de tecnologia para o Brasil. Neste sentido, veja-se: FERRAZ, Daniel Amin. Da qualificação jurídica das distintas formas de prestação tecnológica: breve análise do marco regulatório internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 448-462. Quanto ao efeito fiscal da transferência de tecnologia, veja-se, entre muitos: GOMES, Marcus Lívio. Los principios de la fiscalidad internacional y la Tributación de los servicios sin transferencia de Tecnología prestados por no residentes sin Establecimiento permanente en brasil. Su conformación jurídica por los Tribunales. Nomos, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 32, n.2 (2012), p. 467 e ss.

⁷ KIM, Linsu. Da imitação à inovação: a dinâmica do aprendizado tecnológico da Coréia. Campinas: Editora da Unicamp, 2005. p. 137-144.

⁸ Ibidem.

Noutro viés, já no âmbito da operacionalização jurídica da transferência tecnológica, apresentar-se-á o contrato de *joint venture*, aclarando-se suas principais características, aptidões e singularidades, formais e materiais.

Este é o escopo do presente artigo. Buscar-se-á demonstrar que a modalidade contratual em estudo, marcada pela informalidade de celebração, efetividade e a vasta abrangência de seu objeto, é instrumento jurídico eficaz e apropriado para permitir a transferência de tecnologia diretamente de países em avançado estágio tecnológico e industrial para países que compõem a denominada periferia capitalista⁹.

No mesmo sentido, será minudenciado caso concreto referente à formação de *joint venture* denominada IMOVAL, onde uma sociedade empresária nacional, Vallée Nordeste S.A., se tornou co-venture de outra, multinacional com sede no exterior, Institut Merieux, com o fim específico de transferência tecnológica visando à produção de vacina Tríplice no território brasileiro.

2. DO PROCESSO DE *CATCHING UP*

Como aclarado, evidente a dicotomia mundial atual. De um lado, países avançados tecnologicamente, a partir, dentre outros, de altíssimos investimentos em pesquisas, além de políticas públicas lineares e duradouras visando ao incremento econômico e ao desenvolvimento científico - tecnológico contínuo. Diversamente, países que, ainda hoje, se encontram em situação oposta, com baixos investimentos destinados ao desenvolvimento da ciência e tecnologia (C&T), sem conseguir absorver conhecimentos e processos produtivos¹⁰.

Tal dicotomia foi incrementada a partir da Revolução Industrial, dividindo, de forma marcante os países desenvolvidos dos em desenvolvimento¹¹. Do mesmo modo, após o fim da segunda grande guerra, ocorreu uma massiva utilização civil/comercial das tecnologias desenvolvidas durante o conflito, com uma crescente produtividade tecnológica/industrial por parte dos países

⁹ FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 114.

¹⁰ A tecnologia pode estar incorporada aos bens, aos serviços ou ao conhecimento. Assim, várias são as formas de prestação tecnológica. Mais abaixo no texto serão elaboradas as definições de prestação tecnológica.

¹¹ ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e. Notas sobre os determinantes tecnológicos do catching up: uma introdução à discussão sobre o papel dos sistemas nacionais de inovação na periferia. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 221-253.

desenvolvidos, notadamente os Estados Unidos da América. Nesse passo, técnicas e métodos de organização e produção já utilizados pelos EUA foram sendo entendidas e utilizadas pelos outros países¹².

Justamente esta é a essência dos processos de *catching up*: absorção e domínio, pelos países periféricos, de tecnologia estrangeira já madura, proveniente dos países com elevado grau de industrialização. Sendo bem sucedido, um processo de apropriação tecnológica pode promover avanços significativos em determinada sociedade, de forma célere e robusta, tanto nos aspectos econômicos quanto culturais.

Trata-se, em geral, de aquisição, absorção e, sendo o caso, adaptação de tecnologia externa já sedimentada¹³. Porém, por ser um processo extremamente complexo, depende da adoção contínua, por toda uma coletividade, de medidas austeras que envolvem todos os estratos sociais de um dado país.

Em apertada síntese, políticas públicas voltadas para o aprendizado tecnológico são determinantes e tem o condão de acelerar sobremaneira o *catching up*, eis que afetam as formas de interação entre mercados interno e externo¹⁴. Isenções tarifárias, linhas de crédito facilitadas, proteção de mercado frente à concorrência estrangeira, criação de centros de pesquisa, desenvolvimento e apoio técnico objetivando a difusão do conhecimento são alguns exemplos.

Também determinantes e fundamentais são os sistemas educacionais formais estruturados, que facilitam o entendimento e absorção de novos conhecimentos, aliados a fatores socioculturais específicos voltados para o comprometimento, organização, disciplina e empreendedorismo¹⁵.

Naturalmente, além dos fatores já destacados, empresas sediadas em países em processo de *catching up* devem integrar verdadeiras redes de contatos e relacionamentos corporativos. No âmbito externo, para desenvolver suas próprias capacidades tecnológicas com base em observações, troca de experi-

¹² ESTEVES, Luis Eduardo. *Capacidade absoritiva e os determinantes do hiato tecnológico: um modelo de catching up*. 2009. 77 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, Paraná.

¹³ Quanto as suas formas de transferência, os contratos no âmbito da tecnologia se limitariam a três grandes grupos: os contratos de licença, que permitiriam sua utilização com uma contraprestação; os contratos de cessão, que representariam sua transferência definitiva e os contratos mistos, que possuiriam as duas gamas de prestações anteriores. Veja-se, neste sentido: SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes. Contratos internacionales de transferencia de tecnología. In: CALVO CARAVACA, Alfonso Luiz; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Curso de Contratación Internacional*. 2. ed. Madrid: Colex, 2006. p. 597 e ss.

¹⁴ KIM, Linsu. *Da imitação à inovação: a dinâmica do aprendizado tecnológico da Coréia*. Campinas: Editora da Unicamp, 2005. p. 150.

¹⁵ KIM, Linsu. *Da imitação à inovação: a dinâmica do aprendizado tecnológico da Coréia*. Campinas: Editora da Unicamp, 2005. p. 150.

ências e aquisição de *know how* já estabelecido. Internamente, a partir das políticas públicas convergentes, interações com universidades, centros de pesquisa e desenvolvimento (P&D) e afins¹⁶.

Somados aos fatores já aclarados, é necessário que os empresários¹⁷ possuam organização e missão institucionais voltadas para o efetivo ganho de aptidões tecnológicas já estabelecidas, definindo-se prazos e metas, além de incentivar e bonificar resultados exitosos¹⁸.

Como dito, as estratégias empresariais de interação interna e externa devem ser alicerçadas e influenciadas pelas políticas públicas que criem um ambiente favorável à capacitação tecnológica, observando-se a quantificação dos recursos financeiros, logísticos e humanos, e as próprias características singulares de cada mercado alvo.

Nesse contexto insere-se o contrato de *joint venture*, como forma eficaz de se realizar transferência tecnológica de países avançados para os países em processo de *catching up*, tema abordado à frente.

Por oportuno, sem o objetivo de esgotar tema tão extenso, há que se destacar, a seguir, o exemplo coreano, caso concreto de sucesso quanto ao processo de aprendizado tecnológico.

2.1. O exemplo coreano

Até o início da década de 1960, a economia sul coreana era lastreada na produção agrícola. Contudo, a partir da adoção de programas governamentais voltados para o desenvolvimento econômico, a Coreia do Sul se tornou referência mundial em relação à capacitação tecnológica industrial.

Focado na necessidade de iniciar um agressivo processo de *catching up*, o governo coreano agiu basicamente em duas linhas¹⁹. Por um lado, optou por limitar os investimentos provenientes de sociedades empresárias multinacio-

¹⁶ Ibidem, p. 148.

¹⁷ Vale ressaltar que para o empresário individual é necessário o exercício efetivo da atividade empresária, quando a mesma atividade é praticada pelo ente coletivo (sociedade empresária) basta com a definição de seu objeto como mercantil, com intenção na obtenção de lucro, para a caracterização da atividade. Neste mesmo sentido: STRENGER, Irineu. Direito Internacional Privado – Parte Geral. 4^a ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 843 e ss.

¹⁸ ESTEVES, Luis Eduardo. *Capacidade absoritiva e os determinantes do hiato tecnológico: um modelo de catching up*. 2009. 77 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, Paraná.

¹⁹ KIM, Linsu. *Da imitação à inovação: a dinâmica do aprendizado tecnológico da Coréia*. Campinas: Editora da Unicamp, 2005. p. 88.

nais, fomentando de forma continuada a entrada de bens de capital, de fábricas “chave na mão”²⁰, e licenciamento de tecnologias externas para fins de atuação na forma de engenharia reversa.

Do mesmo modo, o ente estatal procurou viabilizar a criação de sistemas técnicos de apoio e centros de desenvolvimento e pesquisa tecnológica com o intuito de difundir os conhecimentos tácitos e explícitos adquiridos, investindo massivamente em educação técnica²¹.

Vale dizer, ainda, que, fator determinante foi o fortalecimento, por parte do ente estatal, dos denominados *chaebols*²², conglomerados familiares diretamente beneficiados por medidas protetivas para alavancar o desenvolvimento tecnológico coreano²³.

Neste ponto, convém destacar três fases fulcrais²⁴, independentes e inter-relacionadas que definiram a evolução do processo de apropriação tecnológica promovido pela Coreia do Sul.

Inicialmente, houve a aquisição de tecnologias estrangeiras já maduras e testadas por países altamente industrializados, incluindo processos inteiros de montagem, especificações técnicas, componentes, *know how* de produção²⁵, além de fornecimento de pessoal técnico especializado para facilitar a montagem/fabricação de bens.

Ato contínuo, a partir da disseminação do conhecimento adquirido e, por consequência, do aumento da concorrência entre empresas, houve a necessidade perene de se assimilar novas tecnologias no intuito de se destacar junto ao mercado consumidor, através de melhoramento de processos e utilização de engenharia reversa.

Em um terceiro momento, as empresas coreanas se tornaram aptas a investir em pesquisas e parcerias estratégicas objetivando aperfeiçoar, gradativa e constantemente, as tecnologias existentes no mercado.

Assim, a partir de políticas públicas efetivas, esforços internos, aquisição de tecnologias, investimento em pesquisa e formatação de parcerias, o caso

²⁰ Em regra, fábricas entregues devidamente instaladas e prontas para funcionamento imediato, com previsão de suporte técnico.

²¹ Segundo Linsu Kim, conhecimentos tácitos são incorporados aos indivíduos a partir das trocas de experiências, observação, treinamentos e vivência. Conhecimentos explícitos são aqueles codificados e passíveis de transmissão a partir de linguagem formal e sistêmica.

²² Entendidos como conglomerados de empresas atuantes em várias frentes negociais, sob controle familiar.

²³ Várias foram as políticas de desenvolvimento adotadas pelo Estado, tais como isenções tributárias sobre insumos intermediários importados, empréstimos a juros baixos, proteção de mercado interno frente à concorrência estrangeira, etc.

²⁴ KIM, op cit. p. 141-144.

²⁵ Para aprofundamento sobre o contrato de know how veja-se, entre outros: MASSAGUER FUENTES, José. *El contrato de licencia de Know-how*. Barcelona: José María Bosh Editor, 1999. p. 67.

coreano serve para ilustrar como um país, a partir de um processo de aprendizagem tecnológica iniciado tardiamente, tem o condão de mudar radicalmente sua história, eis que, atualmente, a Coreia do Sul é um dos países mais industrializados do mundo e um dos dez maiores exportadores de produtos de alta tecnologia²⁶.

2.2. Da transferência de tecnologia como fonte de conhecimento

O acesso à tecnologia, incorporada ao capital, aos bens ou ao conhecimento²⁷, é condição do exercício das distintas atividades econômicas e constitui elemento determinante na capacidade competitiva das empresas²⁸.

Os contratos de transferência de tecnologia constituem a forma normal de acesso a esse fator de produção (a tecnologia de desenvolvimento)²⁹. Assim, os investimentos a longo prazo em investigação e tecnologia constituem um dos mecanismos fundamentais para que uma economia industrializada mantenha sua taxa de conhecimento e sua quota de inserção no comércio internacional³⁰.

²⁶ COREIA DO SUL: informações comerciais. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1196773036.pdf>. Acesso em: 02/09/2015.

²⁷ O patrimônio empresarial está integrado não só por uma série de bens materiais ou corpóreos, mas também, e cada dia com maior frequência, por bens imateriais. A tecnologia está qualificada entre eles. Neste sentido: FERNÁNDEZ MASIA, Enrique. *Protección internacional de la propiedad industrial e intelectual*. In: ESPLUGUES MOTA, Carlos (Dir.). *Derecho del Comercio Internacional*. 5. ed. València: Tirant lo Blanch, 2012. p. 113 e ss.

²⁸ No presente artigo as expressões empresa e empresário serão utilizadas como sinônimas, segundo a teoria empresarial adotada no Direito Europeu continental e, posteriormente, adotada em outras partes do globo. Observe-se que ainda que pese o entendimento de doutrina pátria no sentido da adoção da teoria empresarial no Brasil, entende-se que o mesmo não ocorreu, vez que presente em nossa legislação de cunho mercantilista a distinção entre empresário (agente que desenvolve a atividade econômica e qualificado como pessoa de direito); estabelecimento mercantil (objeto de direito utilizado pelo empresário para o exercício de sua atividade – instrumento de exercício da mesma) e, finalmente, empresa (qualificada como a mera atividade desenvolvida pelo empresário, utilizando-se do estabelecimento). Desta forma, a empresa aqui seria, também ela, qualificada como objeto de direito e não sujeito. Ademais, para ser qualificada como objeto de direito mercantil deverá ser equiparada a mercadoria, o que determinaria a possibilidade de sua negociação de forma independente e autônoma. Assim, deverá a empresa possuir valor intrínseco e ser passível de negociação de forma independente de outros bens (exemplo, para a qualificação da empresa como objeto de direito mercantil seria a existência dos contratos de franquia, onde, ademais da transferência de tecnologia, o franqueador transfere ao franqueado parte de sua empresa). Para aprofundamento quanto à caracterização jurídica da empresa e a adoção, pelo Direito Europeu continental, da teoria empresarial veja-se, por todos: CARVALHO, Orlando de. *Criterio e estrutura do estabelecimento comercial: O problema da empresa como objecto de negócios*. Coimbra: Coimbra Editora, 1967.

²⁹ Para aprofundar sobre todas as formas contratuais de transferência de tecnológica na América Latina, veja-se, de entre muitos: GUERRERO GAITÁN, Manuel. *Hacia el equilibrio contractual en los procesos de transferencia internacional de tecnología en America Latina*, tesis doctorales, Universitat de Alacant, 2017, p. 383 e ss.

³⁰ GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen Otero. *Las patentes en el comercio internacional*. Madrid: Dykinson, 1997. p. 70.

Grande parte dos contratos de transferência de tecnologia é elaborada entre empresários originários de países industrializados e tecnologicamente avançados, permitindo constituir-se uma cooperação recíproca.

Contudo, com certa frequência, estes contratos são celebrados entre empresas de desigual capacidade econômica e tecnológica, principalmente multinacionais e empresas nacionais. Ademais, muitas das vezes são firmados entre empresários de países industrializados (detentores da tecnologia) e empresários de países em desenvolvimento (receptores da tecnologia). Sempre que a capacidade de negociação da empresa adquirente e da empresa cedente é desigual, estarão criadas as condições para o desequilíbrio contratual³¹.

Tal situação é agravada pela prática comum de transferência da tecnologia pelos pacotes tecnológicos, sendo difícil para o adquirente o conhecimento de todos os elementos que fazem parte da tecnologia adquirida. Tal condição gera a eterna dependência econômica e tecnológica do adquirente com relação ao cedente. Todas essas restrições, quando praticadas em larga escala, são suscetíveis, até mesmo, de afetar a independência econômica dos Estados³².

Por constatar as características acima elencadas, especialmente a partir do final dos anos 60 do século passado, em um número considerável de países em desenvolvimento adotou-se legislação específica no domínio da transferência de tecnologia.

De uma maneira geral, tais legislações (que tem sua base na carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas) conferem poderes de intervenção aos Estados.

A intervenção poderia estar caracterizada de forma múltipla: a) necessidade de autorização estatal para a celebração de contratos de transferência de tecnologia entre empresas nacionais e estrangeiras; b) imposição de determinadas cláusulas previstas em lei no âmbito dos contratos; c) proibição de

³¹ Importa referir que ganha relevância, neste contexto, a classificação econômica dos contratos, elaborada pelo renomado jurista italiano Messineo. Hoje em dia, a classificação do autor sofreu atualizações, passando por novas categorizações. Assim, as prestações tecnológicas estariam agrupadas em uma nova categoria, os contratos de transferência de tecnologia. Para aprofundamento quanto à classificação econômica dos contratos, ver: MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 6. ed. Padova: Cedam, 1943. p. 361 e ss.; FERRAZ, Daniel Amin. Dos contratos internacionais do comércio: regime geral. In: FERRAZ, Daniel Amin (Org.). *Contratação Internacional*: algumas espécies de contratos mercantis. Curitiba: Ed. CRV, 2015. p. 19 e ss.

³² "El sistema financiero se internacionalizó. Y eso tuvo un efecto inmenso en el mundo, entre otras razones porque limitó, en la práctica, la capacidad de los Estados nacionales, incluso de los más poderosos, para regular los flujos de capital. Los bancos centrales resultaron pequeños ante la velocidad con que se realizan los flujos privados de transferencia de capital". CARDOSO, Fernando Henrique. La globalización y los desafíos de la democracia en el plano internacional. *Foreign Affairs*, Ciudad de México, v. 2, n. 1, p. 109 e ss, primavera de 2002.

condições restritivas para o adquirente da tecnologia; d) imposição de cláusulas favoráveis a empresa nacional ou ao país acolhedor da tecnologia (principalmente em matéria de formação de recursos humanos, utilização de recursos locais, preservação do meio ambiente, etc.)³³.

Não obstante, sabe-se hoje que a simples intervenção do Estado com o fim de limitar a realização dos contratos de transferência de tecnologia não é a estratégia mais benéfica, já que gera atraso no desenvolvimento tecnológico e social para todos os países periféricos.

A transferência de tecnologia deriva de distintas necessidades para o desenvolvimento das atividades humanas (organização da sociedade civil) e empresariais. Assim, pode-se dar em virtude do investimento estrangeiro, envolvendo a construção ou instalação de estabelecimentos e equipamentos industriais (tecnologia incorporada ao capital); venda de bens de capital ou bens intermediários (tecnologia incorporada ao capital); trabalho humano qualificado, incluindo a assistência técnica e a formação técnica (tecnologia incorporada ao conhecimento); informação, de natureza técnica e comercial, protegida pelos direitos da propriedade industrial, exemplo maior a patente³⁴, etc.

Para o progresso de uma dada sociedade civil organizada, é fundamental seu adequado desenvolvimento tecnológico. Não há dúvida alguma de que o progresso tecnológico é um dos fatores decisivos para o desenvolvimento, pois sem progresso técnico não há que se falar em competitividade industrial³⁵.

A colaboração entre empresas mediante intercâmbios de técnicas e conhecimentos é uma constante no contexto atual do comércio mundial, sendo elemento essencial para a disseminação dos processos tecnológicos.

Como nota introdutória é importante salientar que algumas premissas devem ser asseguradas para adequada compreensão do fenômeno da transferência de tecnologia.

Assim, etimologicamente, tecnologia é um termo genérico que comprehende diversas características específicas, distintas umas das outras, que normalmente constituem manifestações da propriedade industrial, mesmo quando são tratadas no marco regulatório da propriedade intelectual.

³³ No sentido da dependência econômica dos países da periferia capitalista com relação aos países de economia central, ver: FERRAZ, Daniel Amin. A concentração empresarial no contexto da economia internacional. In: FERRAZ, Daniel Amin (Org.). *Direito Empresarial* – marco jurídico de internacionalização das empresas brasileiras. Curitiba: Ed. CRV, 2012. p. 10 e ss.

³⁴ SANTOS, António Marques dos. *Transferência internacional de tecnologia, economia e direito: alguns problemas gerais*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1984. p. 22 e ss.

³⁵ BONETE PERALES, Rafael. La Cooperación científico-tecnológica. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve (Coord.). *MERCOSUR y Comunidad Europea*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998. p. 135.

Por outro lado, quanto à forma de disponibilização, a tecnologia pode ser transferida definitivamente, mediante compra e venda, contra pagamento de preço, ou; simplesmente, ser objeto de direito de utilização ou exploração temporária, mediante pagamento de *royalty*.

Ademais, pode se dar de forma isolada, ou vinculada a uma operação de compra e venda de determinado bem ou serviço. Há que se falar, neste caso, que o contrato objeto de tal operação será qualificado como negócio jurídico de natureza mercantil, ainda que no âmbito de uma operação obrigacional³⁶.

Diversamente, a tecnologia pode ser transferida através de uma operação societária, na forma de contribuição para a constituição de capital³⁷.

Portanto, a diversidade de formas de transferência de tecnologia dificulta sua definição, ademais de, muitas das vezes, gerar dependência para os agentes (empresários nacionais) que atuam nos países em desenvolvimento.

Já aclarado que a transferência de tecnologia é alternativa viável para aquisição e assimilação, pelos países em desenvolvimento, de tecnologia estrangeira madura e proveniente de países avançados.

Tal modelo possibilita àquele que não possui condições econômicas de assumir os riscos de se dedicar à pesquisa tecnológica e de desenvolvimento, principalmente por falta de recursos para suportar os efeitos do insucesso, de acessar, assimilar e explorar a tecnologia já madura transferida.

Pode ocorrer, por exemplo, através de investimento direto, concessão de licenças estrangeiras, celebração de contratos “fábricas chave na mão”, aquisição de bens de capital com informações técnicas incorporadas, estratégias de venda e apresentação, assistência técnica, etc. Equivale dizer que tal procedimento pode abranger todo o ciclo de determinado produto, desde a concepção e desenvolvimento de processos de produção, até estratégias de colocação no

³⁶ Neste ponto é importante referir que o Direito Obrigacional, como sub-ramo autônomo do direito privado, serviria, supletivamente, a toda a matéria contratual, seja ela civil, mercantil ou trabalhista. Desta forma, estaria o mesmo qualificado como teoria geral de todo o direito contratual, seja ele em que âmbito se apresentar, limitada sua aplicação, tão somente, pela qualificação do direito privado. Veja-se, neste sentido: VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

³⁷ Neste caso, o negócio jurídico praticado será qualificado como negócio societário. Assim, a integralização de capital por meio da incorporação tecnológica será qualificada como negócio jurídico de natureza societária, seja plurilateral (sociedades mercantis em geral) ou estatutária (quando envolva sociedade anônima). Veja-se, quanto à natureza do negócio jurídico societário: BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. 10. ed., reimpressão. Madrid: Editorial Tecnos, 2000. p. 177 e ss.

mercado e abordagem a partir de experiências prévias, pós venda e assistência técnica³⁸.

Portanto, a aquisição de tecnologia já madura é, há tempos, utilizada para aumentar a produtividade e competitividade de sociedades empresárias que estão em constante processo de inovação para diminuir a defasagem tecnológica existente³⁹.

Trata-se de procedimento bilateral, onde o detentor da tecnologia (conhecimentos, métodos, tipos, etc) a disponibiliza contratualmente ao receptor⁴⁰, que absorve o conhecimento gerado previamente e o replica, adaptando-o e aperfeiçoando-o, conforme as particularidades mercadológicas pretendidas, com a finalidade de exploração⁴¹.

Já o transferente espera obter lucro com a disponibilização da tecnologia a terceiros, na tentativa de maximizar a recuperação dos investimentos e incrementar novas pesquisas, além de acessar, indiretamente, novos mercados. O receptor objetiva, principalmente, obter inovação tecnológica para capacitar-se na tentativa de incrementar os lucros sociais, aumentando sua atuação através do aperfeiçoamento de produtos e processos, explorando todas as possibilidades de rentabilização da tecnologia adquirida, e acessar ou majorar sua atuação em novos mercados⁴².

Em suma, trata-se da possibilidade de o receptor, por vezes impossibilitado de investir em pesquisa e desenvolvimento tecnológico, por insuficiências de recursos ou estruturais, explorar economicamente tecnologia repassada por terceiros.

Usualmente, a capacidade de absorção do comprador da tecnologia é que irá influenciar os custos, o modelo e amplitude da negociação para transferência. A variar em maior ou menor grau, itens como capacitação técnica também poderão integrar o processo de transferência com vias a operacionalizar a exploração do pacote adquirido⁴³.

³⁸ GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. *Contratos de colaboración en el comercio internacional*. Barcelona: Bosch Editorial, 1998. p. 167 e ss.

³⁹ FURTADO, Gustavo Guedes. *Transferência de tecnologia no Brasil: uma análise de condições contratuais restritivas*. 2012. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento – PPED, Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

⁴⁰ A natureza jurídica do negócio jurídico de transferência de tecnologia pode ser bilateral ou complexa, sempre que for obrigacional; ou plurilateral ou estatutária, desde que seja societária. Veja nota supra.

⁴¹ SCHOLZE, Simone H. C. *Propriedade intelectual e transferência de tecnologia*. Brasília: SEBRAE, 1996. p. 21.

⁴² PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. *Contrato internacional de transferência de tecnologia: patente e know-how*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p 18-19.

⁴³ Ibidem, p. 32-34.

Noutro viés, há riscos envolvidos na operação de transferência de tecnologia⁴⁴. Cite-se, a título de exemplificação, que, ao dispor da tecnologia a terceiros, o transferente deixa de exercer controle direto sobre o conteúdo transferido, exercendo-o indiretamente. Além disso, não há como se olvidar que o receptor da tecnologia pode passar à condição de potencial concorrente do transferente em alguns mercados.

Em sentido oposto, o negócio jurídico pode criar, a depender do caso concreto, verdadeira relação de dependência entre receptor e transferente. Isso porque, em tese, o receptor não possui condições técnicas de explorar e gerir a nova condição de forma autônoma. Tal fato propicia ao transferente manter, pelo maior lapso temporal possível, o controle do conhecimento técnico, adiando, por exemplo, a formatação de nova concorrência pelo receptor.

Por outro lado, a precificação determinada contratualmente para transferência de tecnologia, por ser elemento subjetivo, pode, a partir da exploração econômica pelo receptor, se mostrar demasiadamente gravosa ou inviável, seja porque houve uma expectativa irreal e não foram considerados outros custos indiretos, como a formatação de plantas industriais, treinamentos e capacitações, etc; seja porque terceiros obtiveram a mesma tecnologia por outras vias, acirrando a concorrência e diminuindo as margens de lucro inicialmente estabelecidas.

As situações acima elencadas, rol exemplificativo, demonstram as várias nuances e problemáticas envolvidas no processo de transferência de tecnologia. Desta forma, à exceção das imposições legais, o tipo contratual e os termos do instrumento jurídico eleito para celebrar o pacto em debate podem influenciar severamente no sucesso ou insucesso do empreendimento.

A seguir, apresentar-se-á o contrato de *joint venture*, suas principais características e aplicações no âmbito da transferência tecnológica. Será apresentado, também, caso concreto onde o referido tipo contratual foi utilizado, com sucesso, para os fins propostos neste estudo.

3. DO CONTRATO DE *JOINT VENTURE*

Historicamente pode-se inferir que *joint venture*, no direito inglês, era a ação conjunta de mercadores, decorrente de um direito de navegação, com vistas ao percebimento de lucro auferido de negócios de exportação e importação ultramarinos. Com efeito, consubstanciava-se no envio de mercadorias

⁴⁴ Ibidem.

ao estrangeiro, sob a responsabilidade de um agente, para comercialização em condições vantajosas, em favor dos proprietários⁴⁵.

No direito norte americano⁴⁶, já na metade do século XIX, fora criada a Terminal Railroad Association of St. Louis, *joint venture* constituída por mais de quinze companhias ferroviárias, todas com o objetivo comum de implementar uma malha ferroviária para ser explorada conjuntamente. Posteriormente, ainda no setor ferroviário, várias *joint ventures* foram criadas para a aquisição conjunta de composições, construção de estações compartilhadas e utilização comum das linhas férreas⁴⁷. No século XX, o instituto jurídico foi largamente difundido nos setores petrolífero⁴⁸ e do aço, ambos com o objetivo de fomentar a pesquisa e desenvolvimento conjunto⁴⁹.

Decorrente da prática comercial, e por isso mesmo carecedor de tipificação legal, até mesmo nos direitos inglês e norte americano, o contrato de *joint venture* é de difícil definição. É possível conceituá-lo, observando-se as divergências existentes, como uma forma de cooperação pela qual as partes executam conjuntamente o contrato, repartindo-se os lucros ou prejuízos de acordo com quotas pré-fixadas⁵⁰.

A despeito das diferentes acepções doutrinárias é, portanto, um acordo de cooperação, sem forma definida, entre duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que podem exercer a administração conjunta, e que tem o dever de buscar o objetivo comum, na expectativa de ganho ou benefício⁵¹. Sendo a característica marcante do instituto a flexibilização de seu conteúdo e de sua forma⁵², necessário demonstrar suas características gerais que servem de convergência entre as diversas conceituações existentes⁵³.

⁴⁵ FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 107.

⁴⁶ Há quem entenda que o contrato de *joint venture* teria sua criação fundamentada no descontentamento dos colonos norte-americanos com a legislação inglesa de direito societário, que seria, já naquela altura, considera excessivamente rígida. Ademais, pretendiam os colonos, nos moldes do direito francês, a criação de sociedades com sócios ocultos, o que não era permitido pela metrópole e que poderia ser adotado por intermédio das *joint ventures*. Veja-se, neste sentido: PIMENTEL, Dinarco. *Contratos Joint Venture*, in Revista Jurídica Portucalense, Porto, vol. 1, número 17, ano 2015, p. 9.

⁴⁷ FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 109.

⁴⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 31

⁴⁹ CHULIÁ VICENT, E; BELTRÁN ALANDETE, T. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Barcelona: Bosch Editor, 1994. v. 1. p. 73 e ss.

⁵⁰ PEREIRA NETO, Mario. *Joint Ventures com a União Europeia*. São Paulo: Aduaneiras, 1995. p. 22.

⁵¹ FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 119-120.

⁵² LE PERA, Sérgio. *Joint venture y sociedad: acuerdos de coparticipación empresaria*. Buenos Aires: Astrea, 1989. p.32 e ss.

⁵³ Interessante notar que as características da *joint venture*, quase sempre, foram derivadas, nos distintos ordenamentos jurídicos onde foi regulada, da prática negocial. Neste sentido, veja-se:

Primeiramente, há que se verificar o caráter transitório do contrato, o que não se confunde com brevidade de duração ou limitação de objeto. Bom exemplo são as *joint ventures* destinadas à realização de projetos industriais conjuntos⁵⁴. Outro ponto é a necessidade de comunhão de interesses e objetivos comuns e, ainda que as partes possuam interesses individuais paralelos, o interesse coletivo deve prevalecer⁵⁵. Nesta senda, o empreendimento comum deve-se lastrear nas contribuições dos co-ventures, sejam elas pecuniárias⁵⁶, laborativas ou até mesmo através de transferência de direitos⁵⁷.

É de se esclarecer que não há a necessidade perene de se auferir lucro direto a partir da contratação de *joint venture*, bastando que haja a busca por benefícios, como é o caso das *joint ventures* celebradas com o fito de atuação no setor de investigações científicas⁵⁸. Neste caso, o lucro será indireto, eis que decorrente da futura exploração comercial do invento ou inovação. Há, ainda, a necessidade de gestão conjunta, ainda que indireta⁵⁹.

Por ser instrumento de cooperação⁶⁰, cristalino é o dever de lealdade⁶¹ entre os co-ventures. Em decorrência, é patente o dever de não concorrência entre os participes ou com a própria *joint venture* no âmbito de atuação geográfica desta. Inclusive, esta é a principal causa de conflitos entre os parceiros signatários do presente contrato⁶².

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid: Eurolex, 1996. p. 263 e ss.

⁵⁴ BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 39.

⁵⁵ FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 123.

⁵⁶ Perfeitamente possível a ocorrência de uma *joint venture* que tenha por objeto, tão somente, o investimento de capital, seja nacional ou estrangeiro, no Brasil. Para aprofundar sobre a utilização da *joint venture* como mecanismo de investimento direto estrangeiro no Brasil, veja-se, de entre outros: ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. *O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 39 e ss.

⁵⁷ BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 39-40.

⁵⁸ FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 123-124.

⁵⁹ BASSO, op. cit. p. 40.

⁶⁰ A cooperação empresarial constitui-se em categoria jurídica distinta da concentração empresarial. Aquela, geralmente, terá natureza de negócio obrigacional, quase sempre, classificado como complexo. A sua vez, a concentração empresarial terá natureza societária, podendo ser plurilateral ou societária. Veja-se, sobre a matéria, dentre muitos: FERRAZ, Daniel Amim. Grupo de sociedades: instrumento jurídico de organização da empresa plurissocietária. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 494-510, 2014.

⁶¹ FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 124.

⁶² BASSO, op. cit. p. 41.

É de se consignar que tal dever de lealdade, inclusive, encontra guarida na legislação pátria. O artigo 113⁶³, da lei 10.406 de 2002, assevera que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os costumes do local de sua celebração.

Nesse sentido, o artigo 422⁶⁴ do mesmo diploma, não só de origem principiológica, mas verdadeira norma de interpretação das disposições contratuais⁶⁵, é cristalino ao estabelecer que os princípios de probidade e boa fé devem ser de observância obrigatória, tanto na celebração do contrato⁶⁶, quanto na execução e conclusão.

Trata-se, portanto, de imperiosa modalidade de conduta a ser observada pelos contratantes, cuja violação merece reparo, inclusive, em seara judicial, como se observa na pacífica jurisprudência dos tribunais pátrios.

Quanto aos tipos, podem ser nacionais ou internacionais, a depender se os co-ventures cooperantes são de mesma nacionalidade ou não⁶⁷. Diferenciam-se, ainda, quanto à forma de participação financeira no empreendimento comum, se através de aporte de capital ou contribuição diversa (*equity* ou *non equity*)^{68/69}.

Em destaque, do ponto de vista da organização e gestão do negócio comum, a doutrina jurídica subdivide o contrato de *joint venture* em duas categorias distintas: *corporated* e *non corporated joint venture*.

Corporated joint venture, *incorporated joint venture* ou ainda *joint venture* societária⁷⁰, é aquela em que os contratantes são empresários que se obrigam a unir esforços e recursos visando exercer conjuntamente função empresarial, executiva ou controladora, em determinado empreendimento econômico, re-

⁶³ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁶⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁶⁵ ASSIS NETO, Sebastião de Marcelo de Jesus, Maria Izabel de Melo. *Manual do Direito Civil*, 7^a edição, São Paulo, Juspodivm, 2018, p. 817.

⁶⁶ ASSIS NETO, Sebastião de Marcelo de Jesus, Maria Izabel de Melo , *Manual do Direito Civil*, 3^a edição, São Paulo, Juspodivm, 2014. p. 826

⁶⁷ Contudo, não há que se falar em divergências quanto às características essências da *joint venture* sejam elas nacionais ou internacionais. Assim, compreenderão um acordo de cooperação entre duas ou mais partes; a autonomia das mesmas será assegurada no âmbito da *joint venture*; deverá haver a constituição de negócio comum, com interesses comuns; há que se falar na agrupação recursos das partes e, finalmente; deverá haver um controle conjunto do negócio comum. Neste sentido, veja-se: NUÑES, Ana Michavila. *La joint venture contractual en el ámbito internacional*, Revista Eletrônica de Estudios Internacionales, Madrid, 2014, p. 8 e ss.

⁶⁸ BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 40.

⁶⁹ PEREIRA NETO, Mario. *Joint Ventures com a União Europeia*. São Paulo: Aduaneiras, 1995. p. 54

⁷⁰ FERRAZ, Daniel Amim. Grupo de sociedades: instrumento jurídico de organização da empresa plurissocietária. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 494-510, 2014.

partindo-se lucros ou prejuízos. Trata-se de relação contendo elementos específicos de contratos societários. Há que se falar, nesta modalidade, na constituição de um novo negócio jurídico entre as partes, com natureza jurídica de negócio societário.

Por outro lado, as *non corporated joint ventures* são instrumentos jurídicos dotados de maior flexibilidade do ponto de vista jurídico, eis que os termos das cooperações internacionais entre os co-ventures são lastreadas no âmbito dos negócios obrigacionais⁷¹.

Neste último caso, não há a formatação de uma nova sociedade empresária conjunta possuidora de personalidade jurídica e dotada de divisão de ações de capital proporcional ao investimento realizado⁷². Vale dizer, em regra, as partes tendem, dentro de cada ramo de atividade exercido, a contrair obrigação de colaborar reciprocamente para o desiderato comum, sem a criação de nova sociedade empresária⁷³.

Conclui-se, neste ponto, em apertada síntese, que as *joint venture* societárias possuem elementos específicos de contratos de sociedade, notadamente aportes de capital para fins de viabilização, repartição de lucros e perdas e controle acionário e de gestão. Já as *uncorporated joint venture* possuem natureza estritamente obrigacional, de conteúdo e forma mais flexíveis, sem a criação de nova sociedade empresária⁷⁴.

⁷¹ PEREIRA NETO, Mario. *Joint Ventures com a União Europeia*. São Paulo: Aduaneiras, 1995. p. 56.

⁷² BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 44.

⁷³ PEREIRA NETO, op. cit. p. 57.

⁷⁴ Ponto já pacífico na doutrina é o de que as *uncorporated joint ventures* no Brasil seriam reguladas pela Lei das SA (Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976), que regula a matéria sob a denominação de consórcio de empresas: "Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: [\(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009\)](#)

I - a designação do consórcio se houver;

II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

III - a duração, endereço e foro;

IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

3.1. Do contrato de *joint venture* e da transferência de tecnologia

Apresentadas as características básicas sobre o tipo contratual em estudo, cumpre verificar a pertinência de sua utilização para fins de transferência internacional de tecnologia. Como visto, o contrato de *joint venture* é instrumento jurídico flexível, apto a atender as demandas empresariais, sempre carecedoras de celeridade e fluidez.

Certo é que o detentor de determinada tecnologia possui em mãos um ativo cobiçado. Também já demonstrado que as contribuições dos co-ventures podem ser pecuniárias, laborativas ou através de transferência de direitos. Cedo, então, que a tecnologia pode vir a ser ponto central na formatação de uma *joint venture*.

Hipoteticamente, há o interesse do estrangeiro detentor da tecnologia em acessar novos mercados. E há o interesse do parceiro nacional em absorver e utilizar economicamente os conhecimentos tecnológicos que não possui. Havia tal convergência de necessidades e anseios comuns, o co-venture estrangeiro utiliza o fornecimento da tecnologia em detrimento de eventual necessidade de investimento em capital. Já o co-venture nacional poderá receber a tecnologia almejada e explorá-la adequadamente.

Tal configuração contratual, inclusive, pode desempenhar papel importante no âmbito das novas formas de investimento estrangeiro⁷⁵. Utilizando-se a via da transferência tecnológica, o investimento estrangeiro de capital, tradicionalmente utilizado no viés das parcerias internacionais e sujeito a um intrincado procedimento burocrático em vários estratos governamentais e legislativos, é relativizado.

Nesse prisma, visando à completa absorção pelo receptor, o contrato de *joint venture*, com o objetivo principal de transferir tecnologia estrangeira poderá, também, conter previsões de repasse de *know how*, licença de patente,

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada." (BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm> Acesso em: 02 set. 2015.

Da leitura do texto legal percebe-se que o consórcio não terá personalidade jurídica, não haverá presunção de solidariedade entre os co-ventures, poderá ser por prazo ou não, e, principalmente, entre SA ou outros tipos societários. Por outro lado, as *corporated joint venture* não estariam, em regra, reguladas no direito pátrio. Contudo, em dois momentos poderá ser qualificada determinadas regulações como tal. Assim, o Estatuto da Terra qualifica a possibilidade de constituição de um Consórcio de Produtores Rurais dotado de personalidade jurídica, ou seja, uma *corporated joint venture*; ademais da SPE (Sociedade de Propósito Específico) poder ser entendida como tal, com a distinção da necessidade de patrimônio de afetação nesta e não naquela.

⁷⁵ BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 63.

assistência técnica, formação e treinamento de colaboradores, além de ativação de processos e procedimentos industriais.

Por possibilitar o acesso a mercados de forma competitiva e eficiente, a formatação de *joint venture* para fins de transferência de tecnologia é um grande facilitador para sociedades estrangeiras que pretendam atuar no país. Igualmente, é um grande facilitador para que empresas nacionais possam se unir a estrangeiros que exerçam atividades convergentes e possuam tecnologias de ponta.

3.2. O caso IMOVALL

Cumpre, agora, apresentar caso concreto onde houve celebração de contrato de *joint venture* entre sociedade empresária de capital integralmente nacional, e sociedade estrangeira sediada na França, com a finalidade específica de transferência tecnológica.

Com efeito, no início dos anos de 1990, Vallée Nordeste S.A., sociedade empresária nacional sediada no Estado de Minas Gerais e atuante na produção de produtos veterinários, notadamente fabricação de vacinas contra febre aftosa, firmou contrato de *joint venture* com o Institut Merieux, empresa francesa desenvolvedora de produtos na área de saúde humana, tais como hemoderivados, imunobiológicos, imunomoduladores, etc.

A partir de observações mercadológicas e buscando diversificar sua atuação industrial, a empresa Vallée optou por também ingressar na área de biológicos destinados ao cuidado da saúde humana, especialmente produção da vacina Tríplice, eis que já possuía, em decorrência de sua experiência em produção de vacinas animais, parte do conhecimento técnico para tanto⁷⁶.

Em busca de parcerias internas, verificou a empresa brasileira que a tecnologia disponível no mercado nacional não era a mais avançada no momento, além de não ser de fácil acesso para o setor privado e não apresentar o necessário grau de modernidade. Igualmente, o investimento direto em pesquisa foi considerado de grande risco, com previsão de eventuais primeiros resultados positivos somente em longo prazo.

Optou, então, por buscar parcerias internacionais para transferência direta de tecnologia, mantendo entendimentos iniciais com grupos empresariais sediados na Inglaterra, Itália e França. Contudo, verificou que a empresa francesa Merieux possuía visão empresarial voltada para a diversificação de produção e expansão de mercados, exatamente os valores que buscava em um parceiro comercial.

⁷⁶ WAACK, Roberto da Silva; VASCONCELLOS, Eduardo. Transferência de tecnologia através de "joint-ventures". *Revista de Administração*, São Paulo, v. 24, n. 2, p. 47-57, abr./jun. 1989.

Ademais, os produtos para a saúde humana, como os oferecidos pela co-venture francesa, apresentavam elevado grau de qualidade, razão pela qual a Vallée buscou associar-se com um dos líderes mundiais do setor. Saliente-se, por oportuno, que o Institut Merieux, no Brasil, era o maior concorrente direto da empresa Vallée no setor de produção de vacinas destinadas ao uso veterinário.

Desta forma, formatou-se *joint venture* entre as duas sociedades empresárias, denominada IMOVAL, buscando, essencialmente, transferir tecnologia já madura desenvolvida pela empresa francesa para a brasileira. Acessoriamente, a empresa brasileira visava obter os direitos de comercialização, no Brasil, da linha de produtos destinados ao consumo humano e produzidos no exterior pela co-venture francesa.

O capital social foi dividido em 52% para a empresa brasileira e 48% para o grupo francês. Determinou-se, nesse aspecto, que, sempre que houvesse o interesse da Vallée em absorver novas tecnologias, o aporte de capital para investimentos e os custos da tecnologia em questão deveriam compor o quadro de participação acionária, com os valores percentuais retrocitados.

E ambas as partes foram amplamente favorecidas pelo acordo firmado. Do lado brasileiro, nos termos do estabelecido, a Vallée adquiriu tecnologia específica, conforme estudos prévios de viabilidade econômica e segundo as características do mercado brasileiro, passando a atuar em um mercado outrora inexistente para ela.

Acessoriamente, a Vallée se tornou representante do Institut Merieux no Brasil e no exterior, podendo oferecer ao mercado, também, vasta gama de produtos para consumo humano que não integravam seu portfólio. Ademais, houve previsão contratual para treinamento técnico da equipe brasileira, além de acesso, decorrente do convívio e observação, às inovações tecnológicas correlatas desenvolvidas pela equipe francesa em outros segmentos⁷⁷.

O acordo permitiu, ainda, que a Vallée participasse, através da IMOVAL, de inúmeras negociações com entidades públicas brasileiras para subsequentes transferências tecnológicas inicialmente não inclusas no contrato de *joint venture* firmado, assim como em processos de implantação de novas unidades produtivas.

Além disso, os conhecimentos tecnológicos transferidos à empresa brasileira para produção da vacina Tríplice impactaram, influenciaram e foram utilizados nos demais processos produtivos da Vallée, inclusive quanto à produção de produtos veterinários.

⁷⁷ WAACK, Roberto da Silva; VASCONCELLOS, Eduardo. Transferência de tecnologia através de "joint-ventures". *Revista de Administração*, São Paulo, v. 24, n. 2, p. 47-57, abr./jun. 1989.

Diga-se, ainda, que a parceria com o Institut Merieux trouxe robustez e confiança mercadológica à Vallée para atuar no novel mercado, já que as correntes, antes do acordo, não viam com bons olhos a participação no mercado de consumo humano de uma empresa outrora atuante na produção de produtos veterinários. A parceira francesa foi determinante para modificar tal quadro fático.

Do lado francês, o Institut Merieux, além dos dividendos diretos decorrentes do negócio comum, se valeu do grande prestígio da empresa brasileira junto ao Poder Executivo Federal para estreitar seus laços políticos no Brasil. Além disso, por força contratual, toda a estrutura técnico-administrativa da Vallée foi utilizada pela parceira francesa, facilitando sobremaneira seus trâmites burocráticos para obter a autorização para operar individualmente no país.

Por outro ângulo, a empresa francesa pôde se utilizar de toda a infraestrutura de produção de biológicos e redes de distribuição da parceira brasileira em sua operação, poupando-lhe vultosos investimentos na formatação de uma planta industrial no Brasil.

Como se pode verificar, há diferenças entre a simples aquisição e transferência de tecnologia e a formatação de *joint venture* com tal desiderato. Na segunda via haverá, obrigatoriamente, o compromisso de empreender esforços de ambos os lados com a efetividade e sucesso do empreendimento, já que as vendas e, consequentemente, os lucros, estão diretamente relacionados ao resultado pretendido por ambos.

Diversamente, a simples aquisição/transferência tecnológica pela via comumente utilizada, não demanda resultados exitosos. Basta que a transferência seja realizada. Pode o receptor, por exemplo, não pretender produzir utilizando-se da tecnologia comprada, o que não caracterizaria, em tese, descumprimento contratual.

No caso concreto apresentado, visível o comprometimento e os esforços das duas partes contratantes para o sucesso do empreendimento comum. E visíveis foram os benefícios de lado a lado. Ademais, presente ainda benefícios para o país, já que mais um concorrente entrou no mercado para a produção da vacina Tríplice, relevante para a saúde pública.

4. CONCLUSÃO

A penetração em novos mercados, visando ao incremento dos negócios mercantis no âmbito global tornou-se, nos dias atuais, condição essencial para suportar a forte concorrência mercadológica. Frente a tais desafios, o processo

de *catching up* possibilita ao adquirente da tecnologia superar o hiato tecnológico existente em relação aos países que histórica e continuamente investem em P&D.

Dentre as possibilidades, a transferência de tecnologia através de investimentos, concessão de licenças estrangeiras, contratos “fábricas chave na mão”, aquisição de bens de capital acompanhados das técnicas incorporadas, assistência técnica, dentre outros, é forma viável para que o receptor possa conhecer todo o ciclo de determinado produto, da concepção e desenvolvimento de processos de produção, até as estratégias de colocação no mercado, permitindo, ainda, abordagem a partir de experiências prévias, pós venda e assistência técnica.

Por outro lado, o contrato de *joint venture*, decorrente da prática comercial, demonstra-se apto a formar parcerias cooperativas lastreadas em esforços e execução conjuntas, com a repartição de lucros ou prejuízos de acordo com quotas fixadas previamente pelas partes.

Em virtude de sua flexibilidade de forma e conteúdo, serve para a prática de transferência tecnológica, já que, em regra, o transferente pode acessar novos mercados e lucrar ao máximo com a tecnologia já madura. Em contrapartida, o receptor consegue ter acesso a tecnologias para cujo desenvolvimento não investiu tempo e dinheiro.

E, de peculiar, no âmbito do presente contrato, muito em virtude do caráter cooperativo e prevalência do interesse comum das partes, todos os envolvidos devem empreender esforços para o sucesso do empreendimento. As partes se comportam, efetivamente, como “sócios”, diferentemente do que ocorre em um contrato de transferência ou cessão comuns, de natureza meramente obrigacional, quase sempre bilateral⁷⁸.

Neste último caso, via de regra, não há a preocupação, pelo transferente, de saber se a tecnologia repassada será efetivamente empregada pelo receptor. Basta que haja o repasse, com observância das demais cláusulas contratuais, para que o devido cumprimento contratual, e a correlata quitação, ocorram.

Utilizando-se o contrato de *joint venture*, até mesmo pelo fato da necessidade de previsão da assunção das perdas e da divisão dos lucros pelas partes, os esforços devem ser repartidos pelos coventures durante toda a vigência contratual. E isso se pode observar no caso concreto apresentado. Ambos os

⁷⁸ Como visto alhures, o negócio de constituição de uma *uncorporated joint venture* será de natureza obrigacional, porém qualificado como negócio jurídico complexo. A seu turno, o negócio de constituição de uma *corporated joint venture* será negócio jurídico societário e não obrigacional, podendo ser plurilateral ou estatutário, a depender do tipo de sociedades envolvidas como co-ventures.

co-ventures, Vallée (brasileira) e Institut Merieux (francesa), a partir da transferência tecnológica, experimentaram, em decorrência dos esforços conjuntos, ganhos em vários espectros de atuação.

Saliente-se, mais uma vez, que as duas sociedades empresárias referidas, que à época da celebração do contrato de *joint venture* eram concorrentes em outros setores de atuação, tornaram-se parceiras em um setor econômico específico, o que demonstra grande maturidade e visão empresarial.

Em conclusão, o negócio jurídico de cooperação em tela, por suas características, é uma importante forma contratual a ser utilizada pelo receptor da tecnologia para atingir o desiderato proposto, eis que o transferente também possui a obrigação contratual de empreender esforços visando o sucesso do empreendimento e suportará eventuais perdas decorrentes da má gestão ne-gocial.

Infere-se, então, que o contrato de *joint venture* é instrumento jurídico eficaz para promover desenvolvimento econômico, ao formar parcerias visando ao ganho conjunto das partes contratuais. Ademais, é propício para alavancar processos de *catching up* tecnológico em países pouco desenvolvidos nesse âmbito.

Por fim, ressalta-se que, no escopo da transferência tecnológica, tal instrumento jurídico vem sendo utilizado em larga escala no Brasil, em inúmeros segmentos econômicos, e não somente por sociedades empresárias de grande porte, mas também através de programas governamentais destinados a incentivar a inovação a partir da celebração de instrumentos privados.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e. Notas sobre os determinantes tecnológicos do *catching up*: uma introdução à discussão sobre o papel dos sistemas nacionais de inovação na periferia. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 27, n. 2.

ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. *O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

ASSIS NETO, Sebastião de Marcelo de Jesus, Maria Izabel de Melo. *Manual do Direito Civil*, 7^a edição, São Paulo, Juspodivm, 2018.

BALASSA, Bela. *El desarrollo económico y la integración*. Ciudad de México: Centro de estudios monetarios latinoamericanos, 1965.

BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BONETE PERALES, Rafael. La Cooperación científico-tecnológica. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve (Coord.). MERCOSUR y Comunidad Europea. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

BRASIL. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>.

BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. 10. ed., reimpressão. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

CARDOSO, Fernando Henrique. La globalización y los desafíos de la democracia en el plano internacional. Foreign Affairs, Ciudad de México, v. 2, n. 1, primavera de 2002.

CARVALHO, Orlando de. Critério e estrutura do estabelecimento comercial: O problema da empresa como objecto de negócios. Coimbra: Coimbra Editora, 1967.

CHANG, Há-Joon. Globalisation, Economic Development and the Role of the State. London: Zed Books, 2003.

CHULIÁ VICENT, E.; BELTRÁN ALANDETE, T. Aspectos jurídicos de los contratos atípicos. Barcelona: Bosch Editor, 1994. v. 1.

COREIA DO SUL: informações comerciais. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1196773036.pdf>. Acesso em: 02/09/2015.

ESTEVES, Luis Eduardo. Capacidade absorptiva e os determinantes do hiato tecnológico: um modelo de catching up. 2009. 77 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, Paraná.

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. Protección internacional de la propiedad industrial e intelectual. In: ESPLUGUES MOTA, Carlos (Dir.). Derecho del Comercio Internacional. 5. ed. València: Tirant lo Blanch, 2012.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Derecho del Comercio Internacional. Madrid: Eurolex, 1996.

FERRAZ, Daniel Amin. A concentração empresarial no contexto da economia internacional. In: FERRAZ, Daniel Amin (Org.). Direito Empresarial – marco jurídico de internacionalização das empresas brasileiras. Curitiba: Ed. CRV, 2012.

FERRAZ, Daniel Amin. Da qualificação jurídica das distintas formas de prestação tecnológica: breve análise do marco regulatório internacional. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

FERRAZ, Daniel Amin. Dos contratos internacionais do comércio: regime geral. In: FERRAZ, Daniel Amin (Org.). *Contratação Internacional: algumas espécies de contratos mercantis*. Curitiba: Ed. CRV, 2015.

FERRAZ, Daniel Amim. Grupo de sociedades: instrumento jurídico de organização da empresa plurissocietária. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2014.

FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

FLORES OLEA, Víctor; MARIÑA FLORES, Abelardo. *Crítica a la globalidade*. México-DF: Fondo de Cultura Económica, 1999.

FURTADO, Gustavo Guedes. *Transferência de tecnologia no Brasil: uma análise de condições contratuais restritivas*. 2012. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento – PPED, Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen Otero: *Las patentes en el comercio internacional*. Madrid: Dykinson, 1997.

GOMES, Marcus Lívio. *Los principios de la fiscalidad internacional y la Tributación de los servicios sin transferencia de Tecnología prestados por no residentes sin Establecimiento permanente en Brasil. Su conformación jurídica por los Tribunales*. Nomos, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 32, n.2 (2012).

GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. *Contratos de colaboración en el comercio internacional*. Barcelona: Bosch Editorial, 1998.

GUERRERO GAITÁN, Manuel. *Hacia el equilibrio contractual en los procesos de transferencia internacional de tecnología en América Latina*, tesis doctorales, Universitat de Alacant, 2017.

KIM, Linsu. *Da imitação à inovação: a dinâmica do aprendizado tecnológico da Coreia*. Campinas: Editora da Unicamp, 2005.

LE PERA, Sérgio. *Joint venture y sociedad: acuerdos de coparticipación empresaria*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

MAcDONALD, Paul K. *Distancia y resistencia: las relaciones entre el centro y la periferia en la política internacional*. In: HIRST, Monica. *Crisis del Estado e Intervención Internacional*. Buenos Aires: Edhsa, 2009.

MASSAGUER FUENTES, José. *El contrato de licencia de Know-how*. Barcelona: José María Bosh Editor, 1999.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 6. ed. Padova: Cedam, 1943.

NUÑES, Ana Michavila. La joint venture contractual en el ambito internacional, *Revista Eletrónica de Estudios Internacionales*, Madrid, 2014.

PEREIRA NETO, Mario. *Joint Ventures com a União Europeia*. São Paulo: Aduaneiras, 1995.

PIMENTEL, Dinarco. *Contratos Joint Venture*, in *Revista Jurídica Portucalense*, Porto, vol. 1, número 17, ano 2015.

PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. *Contrato internacional de transferência de tecnologia: patente e know-how*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes. *Contratos internacionales de transferencia de tecnologia*. In: CALVO CARAVACA, Alfonso Luiz; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Curso de Contratación Internacional*. 2. ed. Madrid: Colex, 2006.

SANTOS, António Marques dos. *Transferência internacional de tecnologia, economia e direito: alguns problemas gerais*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1984.

SCHOLZE, Simone H. C. *Propriedade intelectual e transferência de tecnologia*. Brasília: SEBRAE, 1996.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

UNGER, Roberto Mangabeira: *Democracia Realizada*. São Paulo: Boitempo Editorial, 1998.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

WAACK, Roberto da Silva; VASCONCELLOS, Eduardo. *Transferência de tecnologia através de "joint-ventures"*. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 24, n. 2, abr./jun. 1989.

Submetido em: 1º nov. 2017. Aceito em: 26 jul. 2018.



ANÁLISE DA VEDAÇÃO AO FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS POR PESSOAS JURÍDICAS À LUZ DA SOCIOLOGIA JURÍDICA

*Lorena Lyra**

*Felipe Braga Albuquerque***

Resumo

Em setembro de 2015, foram promovidas alterações no sistema de financiamento de campanhas eleitorais no Brasil, por meio do julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI 4650), e através da Lei nº 13.165/2015, que ficou nacionalmente conhecida como a (mini) reforma política. Em ambas as medidas restaram vedadas as doações de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais, permitidas até então no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar se as referidas alterações no direito eleitoral brasileiro ocorreram como um produto das mudanças sociais ou agirão como agente de mudanças sociais, ou ainda, se nesse caso, o direito foi ambivalente e tanto reagiu como produto quanto agirá como agente de mudança social. Para tanto utilizará a metodologia bibliográfica, bem como realizará um breve estudo de caso sobre os fundamentos jurídicos, políticos e sociais que motivaram tais medidas de produção do direito. Apresentar-se-á ainda um paralelo entre o pensamento sociológico de Sérgio Cavalieri Filho sobre as funções e efeitos do direito e as funções e os efeitos da alteração jurídica ora em debate. Com os resultados auferidos, foi possível observar que a vedação das doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, apesar de ter se desenvolvido como um produto das mudanças sociais, não conseguiu se demonstrar uma norma com plena eficácia, nem conseguiu implementar as transformações sociais almejadas na sua aprovação, posto que ainda resta evidente a influência intensa do poder econômico sobre o processo político das eleições. Ao final, concluiu-se que, até o presente momento, a partir da experiência das eleições de 2016, não se vislumbra qualquer efeito dessa inovação do direito eleitoral como agente de mudanças sociais.

Palavras-chave

Financiamento de campanhas eleitorais. Pessoas jurídicas. Mudanças sociais.

* Mestranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Especialista em Gestão Pública e Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará. Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

** Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Secretário-Geral do Instituto Latino Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia (ILAEDPD). Conselheiro do Instituto Cearense de Direito Administrativo (ICDA).

ANALYSIS OF THE PROHIBITION OF THE FINANCING OF ELECTORAL CAMPAIGNS BY LEGAL PERSONS IN THE LIGHT OF LEGAL SOCIOLOGY

Abstract

In September 2015, changes were made to the system of financing of electoral campaigns in Brazil, through the judgment of a Direct Action of Unconstitutionality in the Supremo Tribunal Federal (ADI 4650), and through Law nº 13.165/2015, which was nationally known as the little political reform. In both measures the donations of legal persons for the electoral campaigns, until then allowed in the Brazilian legal system, have been banned. Thus, the purpose of this study is to analyze whether these changes in Brazilian electoral law occurred as a product of social change or whether they'll act as an agent of social change, or if, in this case, the law was ambivalent and both reacted as a product and it'll act as an agent of social change. Therefore, it will use the bibliographic methodology, as well as a brief case study on the legal, political and social foundations that motivated such measures of production of the law. With the results obtained, it was possible to observe that the prohibition of the donations from legal entities to electoral campaigns, despite having developed as a product of social change, failed to demonstrate a rule with full effectiveness, neither was it able to implement the social transformations aimed at its approval, since the intense influence of economic power on the political process of the elections is still evident. In the end, it was concluded that, up to the present, from the experience of the 2016 elections, no effect of this innovation of electoral law as an agent of social change can be seen.

Keywords

Financing of electoral campaigns. Legal persons. Social changes.

“(...) no sistema de financiamento privado, os detentores do poder econômico podem convertê-lo em poder político. Os financiadores certamente apoiarão, senão exclusivamente, pelo menos em maior intensidade os candidatos dispostos a representar seus interesses, daí resultando uma grave distorção da representatividade.”¹

1. INTRODUÇÃO

Abordar fatos sociais significa, com a expressiva definição de Durkheim², analisar toda maneira de agir, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior. Assim, a fim de avaliar um fenômeno jurídico, há de se perquirir, também, suas características internas (sentido, interação) e externas (exterioridade, correção, generalidade) que permitem conhecê-lo.

No mesmo mês (setembro de 2015), mais precisamente na mesma quinzena (segunda daquele mês), foram promovidas alterações no sistema de financiamento de campanhas eleitorais no Brasil, sendo a primeira, em 17 de

¹ BARROSO, Luís Roberto. A Reforma Política: Uma Proposta de Sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=50>. Acesso em: 25 jun. 2017.

² DURKHEIM, Émile. A divisão do trabalho social. 2.ed Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

setembro, por meio do julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI 4650³), e a segunda, em 29 de setembro de 2015, através da aprovação e publicação da Lei nº 13.165, que ficou nacionalmente conhecida como a (mini) reforma política aprovada pelo Congresso Nacional.

Em ambas as medidas, tanto na jurisprudencial quanto na legislativa, restaram vedadas as doações de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais, permitidas até então no ordenamento jurídico brasileiro. Os dispositivos legais que autorizavam as contribuições de empresas foram considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, em 17 de setembro de 2015, e logo em seguida, em 29 de setembro de 2015, foi publicada a Lei nº 13.165, que dentre outras alterações normativas, revogou diversos dispositivos legais que previam tais doações.

Desta feita, observa-se que os poderes legislativo e executivo (por meio da sanção presidencial) ratificaram o entendimento do poder judiciário no tocante ao financiamento de campanhas eleitorais, convergindo, portanto, as alterações jurisprudenciais e legislativas sobre o tema.

No presente trabalho, serão discutidas as motivações e as consequências sociológicas das mencionadas mudanças jurisprudenciais e legislativas, posto que além da proximidade no tempo de ambas, é público e notório que as mesmas ocorreram em um período de uma forte bipolarização da sociedade brasileira, cujos polos, desde as manifestações de 2013 e também naquelas de 2015, pareciam discordar em quase todos os assuntos, entretanto, eram uníssonos contra a presença forte de uma característica na política brasileira: a corrupção.

Para tanto será utilizada a metodologia bibliográfica, bem como será realizado um breve estudo de caso sobre os fundamentos jurídicos, políticos e sociais que motivaram tais medidas de produção do direito. Destacando os aspectos da sociologia jurídica, analisar-se-á a importância do direito como fator de mudança social (Ramón Soriano). Ainda, abordar-se-á, enfatizando o pensamento sociológico de Sérgio Cavalieri Filho, o potencial agente de mudanças sociais que se trouxe com a vedação ao financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas.

Assim, o artigo objetiva analisar se as alterações do direito brasileiro (legislativas e jurisprudenciais) quanto à vedação de financiamento de campanhas eleitorais por parte de pessoas jurídicas ocorreram como um produto das

³ Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, julgou procedente em parte o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, (...), a decisão aplica-se às eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão. (...). Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.09.2015.

mudanças sociais ou agirão como agente de mudanças sociais, ou ainda, se nesse caso, o direito foi ambivalente e tanto reagiu como produto quanto agirá como agente de mudança social.

2. DIREITO COMO PRODUTO E/OU AGENTE DE MUDANÇA SOCIAL

As demandas mais atrativas do estudo do direito como fator de mudança social abordam em geral a intensidade da mudança, as zonas ou esferas de atuação da mudança e o ritmo da mudança. Ramón Soriano⁴ comentando tais aspectos expõe que um direito flexível em matéria de fontes jurídicas e métodos interpretativos favorece a mudança. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado o direito com uma pretensa finalidade emancipadora, em favor da sociedade, aproveitando formulações gerais e ambíguas da constituição.

A reflexão sobre o direito como causa ou efeito da mudança social também é trazida por Agerson Tabosa Pinto, em sua obra intitulada “Sociologia Geral e Jurídica”⁵. A princípio, o autor define mudança social como toda alteração que afeta as pessoas e os grupos, no exercício de seus papéis sociais. Afirma que as pessoas pautam seu comportamento através de normas e valores, sendo esse comportamento submetido ao controle social. Assim, toda alteração que afete um papel, uma norma ou um valor social, afeta esse comportamento, sendo, portanto, mudança social. Por fim, entende como natural que o direito siga os fatos e acompanhe as mudanças sociais, citando inclusive o provérbio em latim *ex factis óritur jus* como prova dessa natureza do direito, considerando como sabedoria popular o mencionado provérbio, cuja tradução diz que o direito emerge dos fatos.

Sergio Cavalieri Filho⁶ também destaca que o direito é uma ciência essencialmente social, e que do ponto de vista sociológico, o direito é um fato social, e como tal, tem sua origem na própria sociedade, nas interrelações sociais, portanto, é um produto das influências sociais. Além disso, afirma que as regras do direito não são permanentes e inalteráveis, estando sujeitas a constantes modificações exatamente porque se originam do grupo social, grupo este que está em permanente transformação.

Nesse sentido, Heráclito⁷, filósofo pré-socrático, há mais de 2.500 anos atrás, já afirmava que “*Ninguém se banha duas vezes no mesmo rio*”, pois aquelas águas já terão passado e a própria pessoa também já não será mais a mesma.

⁴ SORIANO, Ramón. Sociología del derecho. Barcelona: Ariel, 1997, pp. 313-315.

⁵ PINTO, Agerson Tabosa. Sociologia Geral e Jurídica. Fortaleza: Qualygraf Editora e Gráfica, 2005, pp. 524 ss.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Sociología Jurídica. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 29 e 49 ss.

⁷ BUCKINGHAM, Will; et al. O LIVRO DA FILOSOFIA. Título original: The philosophy book. O Livro da Filosofia/Tradução: Douglas Kim. São Paulo: Globo, 2011, p. 40.

Assim, para o mencionado filósofo, a única coisa que não poderia mudar era o próprio movimento, por isso a possibilidade da mudança seria de fato a sua única certeza e a força que rege o universo.

Ainda no mesmo sentido, o jurista austríaco, principal representante da escola sociológica do direito, Eugen Ehrlich, no prefácio de sua obra “Fundamentos da Sociologia do Direito”, ao tentar resumir o sentido do seu livro em uma única frase, arremata: “também em nossa época, como em todos os tempos, o fundamental no desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade.”⁸

E ao tratar das transformações do direito no Estado e na sociedade, Ehrlich ratifica tal entendimento ao afirmar que “o direito muda, porque mudam as pessoas e as coisas”, concluindo mais a frente que “toda evolução legal repousa na evolução social e toda evolução social consiste no fato de que os homens e suas relações se modificam no decorrer do tempo”. Além disso, afirma que “as grandes transformações do direito não ocorrem nas prescrições jurídicas, mas nas relações sociais”.

Assim, observa-se que a análise do direito como produto ou efeito das mudanças sociais é demasiadamente comum, entretanto, cumpre frisar que não podemos olvidar que o direito também exerce sua função social, contribuindo para a evolução da sociedade que a ele se subordina, agindo também como causa ou fator de mudança social.

Nesse aspecto, vale destacar alguns dos exemplos trazidos por Adelino Brandão⁹, onde na sociedade brasileira, o direito teria contribuído para a modificação da sociedade, através de mudanças na consciência coletiva, em condições de promover mudanças sociais: a) Lei de 1831, que aboliu o tráfico negreiro, tratou do direito de propriedade escrava, dos direitos humanos dos negros e, que foi aprovada contra as expectativas de direito dos senhores proprietários de escravos, deixando-os se sentindo prejudicados em seu patrimônio pela abolição sem indenização; e b) Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada no governo de Getúlio Vargas e vigente até os dias atuais.

Complementando o pensamento de Brandão, podemos citar como exemplo atual de mudança social a partir de alterações no direito, aquela advinda da publicação da Lei nº 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que ao criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, mesmo que não seja considerada por muitos como efetiva no combate à violência em si contra a mulher, posto que a violência continua, Ana

⁸ EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do direito. Trad. de René Ernani Gertz. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986, prefácio e pp. 300, 303 e 306.

⁹ BRANDÃO, Adelino. Iniciação à Sociologia do Direito. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003, p. 209-210.

Paula Alves Barros¹⁰ e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Ministério da Justiça e Cidadania¹¹ destacam que no grupo social por ela protegido (mulheres vítimas de violência doméstica), houve mudança substancial de comportamento, passando a denunciar tais agressões com maior frequência por se considerarem mais protegidas pelos instrumentos estabelecidos em tal norma.

Observa-se, portanto, que a sociedade moderna em que vivemos, complexa e instável, está em constante e incessante transformação, e o reconhecimento dessa inevitável mutabilidade demanda a compreensão dos operadores do direito acerca da necessidade de constantes e também incessantes mudanças no direito, que sejam capazes de conformar as normas e jurisprudências às novas exigências sociais.

Além disso, os operadores do direito têm ainda a missão de compreender a função do direito de também modificar, educar e conformar a sociedade a determinadas mudanças do ordenamento jurídico aplicado àquela sociedade.

Fazendo um recorte epistemológico, tendo em vista a impossibilidade de abordar todos os clássicos que tratam do fenômeno da mudança social e o direito, abordar-se-á que, sobretudo no entendimento de Ramón Soriano¹², o uso alternativo do direito (possibilidade de mudanças sociais a partir do direito) no Brasil é questionável, ante o geral indeterminismo que as decisões em matéria eleitoral ou política produzem no âmbito social.

Ramón Soriano¹³ destaca zonas que atualmente manifestam a capacidade de mudança a partir do direito: aculturação jurídica e promoção dos direitos sociais. A aculturação, destaca o autor, é um processo voluntário e assumido e não imposto – como ocorreu no fato objeto do presente artigo. A promoção de justiça social, por outro lado, não é o objeto da temática analisada no instituto ora em debate.

¹⁰ BARROS, Ana Paula Alves. O aumento de denúncias de crime contra as mulheres: A necessidade de um novo olhar. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 130, nov. 2014. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15518>. Acesso em: 25 jun. 2017.

¹¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. SPM divulga balanço da Central de Atendimento à Mulher: Dados do Ligue 180 revelam que, de abril de 2006 a outubro de 2009, foram registrados 791.407 atendimentos. Em quatro anos, aumento no número de registros foi de 1.704%. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/area-imprensa/ultimas_noticias/2009/11/not_divulga_180_atendimento>. Acesso em: 25 jun. 2017.

¹² SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. Barcelona: Ariel, 1997, p. 313-315.

¹³ SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. Barcelona: Ariel, 1997, p. 313-315.

Do ponto de vista da sociologia jurídica brasileira, a decisão do Supremo Tribunal Federal se aproxima daquilo que Oliveira Vianna¹⁴ apontava como idealismo utópico das elites.

Vianna¹⁵, analisando o processo histórico do império e início da república no Brasil, expõe que algumas realidades sociais podem ser eliminadas ou abolidas num repente (como uma lei, por exemplo), sendo um traço comum que ignora profundamente o povo brasileiro. O sociólogo aduz que nossos técnicos de direito público (o que no caso poderia ser estendido ao ministro do STF), constroem sistemas políticos e doutrinas constitucionalistas para o Brasil baseados em cidadão-tipo (modelo ideal), se comportando como idealistas utópicos.

Assim, passa-se a analisar as motivações e as consequências de ambas as medidas (judiciária e legislativa) de vedação às doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Em fim, busca-se entender se tais mudanças ocorreram na tentativa de aproximar o direito das demandas sociais, e ainda se terão a capacidade de funcionarem como agentes de mudança social.

3. VEDAÇÃO AO FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS POR PESSOAS JURÍDICAS COMO PRODUTO DAS MUDANÇAS SOCIAIS

É cediço que no Brasil há muito se faz necessária uma profunda e eficiente reforma política e que tal necessidade sempre foi olvidada pela classe política, sendo essa omissão, de uma forma geral, aceita pela sociedade que se mantinha silente, pelo menos desde as famosas manifestações da década de 1980, conhecidas como *Diretas Já*.

No entanto, nos anos de 2013 e 2015, as ruas foram palco de diversas manifestações populares, as quais não possuíam lideranças nem propostas muito claras, mas eram sempre uníssonas no combate à corrupção, e restou evidenciada a insatisfação da população com a classe política, o que pode ser observado pelo resultado de duas pesquisas realizadas em 2015 pelo Datafolha Instituto de Pesquisas¹⁶ e¹⁷ (destaca-se que as pesquisas aqui citadas são apenas

¹⁴ VIANNA, Oliveira. Instituições políticas brasileiras. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1987, p. 15-20.

¹⁵ VIANNA, Oliveira. Instituições políticas brasileiras. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1987, p. 15-20.

¹⁶ DATAFOLHA INSTITUTO DE PESQUISAS. 47% foram à Avenida Paulista em 15 de março protestar contra a corrupção. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/03/1604284-47-foram-a-avenida-paulista-em-15-de-marco-protestar-contra-a-corrupcao.shtml>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

¹⁷ DATAFOLHA INSTITUTO DE PESQUISAS. Cresce percepção de que maioria dos políticos está envolvida em corrupção. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/12/1722269-cresce-percepcao-de-que-maioria-dos-politicos-esta-envolvida-em-corrupcao.shtml>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

sintomáticas e não diagnosticam com profundidade o fenômeno da corrupção e sua percepção em todo o território nacional).

Dessa forma, após as manifestações, verificou-se que parte da classe política tentava responder ao que denominaram de "a voz das ruas", apresentando propostas legislativas em diversas áreas, inclusive, quanto à reforma política.

Cita-se, nesse sentido, trecho do posfácio à edição brasileira do livro *Redes de Indignação e Esperança* do sociólogo espanhol Manuel Castells, tratando da reação da classe política às manifestações brasileiras de 2013:

É nesse contexto que a reação da presidente Dilma Rousseff adquire todo seu significado. Pela primeira vez, desde que, em 2010, se iniciaram esses movimentos em rede em noventa países diferentes, a mais alta autoridade institucional declarou que "tinha a obrigação de escutar a voz das ruas". E fez com que seu gesto de legitimação do movimento fosse acompanhado da recomendação, seguida pelas autoridades locais, de se anularem os aumentos das tarifas de transporte.

Também prometeu uma série de medidas (até o momento, apenas promessas) relativas a um grande investimento público em educação, saúde e transporte. O mais relevante, porém, é que ressuscitou um tema perene no Brasil, a reforma política, profundo elaborar leis que investiguem e castiguem mais duramente a corrupção, um sistema eleitoral mais representativo e fórmulas de participação cidadã que limitem a partidocracia. Acima de tudo, propôs aprovar a reforma por plebiscito, para superar o bloqueio sistemático do Congresso, especializado em liquidar qualquer tentativa de reformar a si mesmo.¹⁸ (grifos nossos)

E inserido no tema reforma política, especificamente quanto à opinião pública a respeito do financiamento de campanhas eleitorais por empresas privadas, por encomenda da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, o Datafolha Instituto de Pesquisas, realizou, em junho 2015, uma pesquisa¹⁹ a qual apontou que 74% dos brasileiros eram contrários ao financiamento empresarial a campanhas eleitorais, enquanto apenas 16% deles se declaravam favoráveis.

A percepção popular exprimia que as doações feitas por empresas poderiam favorecer a corrupção, como mostravam as investigações da Operação Lava Jato.

¹⁸ CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 184-185

¹⁹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Reforma Política. Disponível em: <<http://www.reformapoliticademocratica.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Pesquisa-reforma-est.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

A imprensa insistiu em publicar levantamento de dados referentes à corrupção no financiamento empresarial das campanhas. Em março de 2015, por exemplo, publicou-se levantamento²⁰ que apontando que o conjunto das empreiteiras investigadas pela Operação Lava Jato foi responsável pela doação de aproximadamente 40% dos recursos privados canalizados para os cofres dos três principais/maiores partidos políticos do País – PT, PMDB e PSDB, entre 2007 e 2013. Nesse período, as legendas, somadas, receberam pelo menos R\$ 557 milhões de 21 empresas envolvidas no escândalo.

Foi nesse contexto social-midiático que passou a ser vedado o financiamento de campanhas eleitorais por empresas, tanto pela declaração de inconstitucionalidade de tais doações, no Supremo Tribunal Federal - STF, por meio da ADI 4650, quanto pela aprovação da Lei nº 13.165 de 2015, que revogou/alterou os diversos dispositivos legais que autorizavam tais doações.

3.1. Declaração de inconstitucionalidade das doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais – ADI 4650

Considerando a ordem cronológica dos eventos aqui estudados, será iniciada análise dos argumentos que fundamentaram a vedação de doações de empresas a campanhas eleitorais levados a efeito pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4650, ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, com o objetivo de entender se a declaração da inconstitucionalidade de tais doações foi um produto das mudanças sociais.

A princípio, cumpre esclarecer que se poderia questionar se o poder judiciário deveria se imiscuir no atendimento das demandas sociais ou se deveria limitar-se a analisar os aspectos jurídicos das demandas a ele impostas. Tal questionamento encontra amplo debate na doutrina (que não é o foco do presente estudo), mormente no tocante à existência ou não de uma função política a ser exercida pelo poder judiciário.

No entanto, a função política e a consequente e necessária coesão das decisões do Supremo Tribunal Federal com as demandas sociais, principalmente no que tange ao controle de constitucionalidade, têm sido reconhecidas não apenas nas decisões da própria Corte Suprema, como também por parte da doutrina.

²⁰ BRAMATTI, Daniel e HUPSEL FILHO, Valmar. Alvos da Lava Jato bancam 40% das doações privadas a PT, PMDB e PSDB . Estadão, São Paulo, 29 mar. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,alvos-da-lava-jato-bancam-40-das-doacoes-privadas-a-pt-pmdb-e-psdb,1659827>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

O poder judiciário, assim, alcançou uma intensa função política ao exercer o controle de constitucionalidade, que surgiu num período de extrema tensão política nos Estados Unidos, quando a justiça constitucional passa a ser o instrumento de proteção da constituição, no modelo de supremacia constitucional americano que teve forte influência aqui no Brasil²¹.

Frisa-se ainda o entendimento de Leonardo Paixão²² sobre o controle de constitucionalidade: "por mais que a interpretação da Constituição seja um ato de técnica jurídica, e não de escolha política, dentre várias interpretações possíveis, a opção deve recair na que melhor expresse o ponto de vista da sociedade."

Portanto, a busca de sintonia com o pensamento social tem feito parte da função jurídico-política de interpretar a Constituição inerente aos Tribunais Constitucionais.

Analizando os argumentos apresentados na ADI 4650, inicialmente da leitura da ementa do Acórdão²³, observa-se que os argumentos apontados pelo Relator, e aceitos pela maioria dos demais ministros, como suficientes para declarar a inconstitucionalidade da autorização legal de doações de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais foram, em suma, os princípios democrático e da igualdade política, bem como o reconhecimento de que tal financiamento gera ou potencializa a captura do processo político pelo poder econômico, o que o Ministro Relator denominou de "plutocratização" da disputa eleitoral.

Um outro trecho da decisão em debate destaca que a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, não reflete eventuais preferências políticas, mas significa "um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano."²⁴

A preocupação com a dominação do poder político pelo poder econômico encontra-se presente na ADI em análise não apenas no julgamento da

²¹ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Direito e Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, pp. 74-76.

²² PAIXÃO, Leonardo André. A função política do Supremo Tribunal Federal. USP, 2007. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, 2007, p. 107.

²³ EMENTA: (...) DOAÇÃO POR PESSOAS JURÍDICAS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO (2% DO FATURAMENTO BRUTO DO ANO ANTERIOR A ELEIÇÃO). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CAPTURA DO PROCESSO POLÍTICO PELO PODER ECONÔMICO. "PLUTOCRATIZAÇÃO" DO PRÉLIO ELEITORAL. (...) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (...)

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4650. Relator: Ministro Luiz Fux. DJE, 24 set. 2015.

mesma, mas desde os fundamentos apresentados na petição inicial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, resumidos pelo Ministro Relator Luiz Fux, nos seguintes termos:

Em amparo de sua pretensão, noticia o Conselho Federal, em erudita e alentada peça vestibular, que **a atual disciplina normativa de financiamento das campanhas eleitorais maximiza os vícios da dinâmica do processo eleitoral, máxime porque gera uma intolerável dependência da política em relação ao poder econômico**. Tal modelo criaria também uma assimetria entre seus participantes, de vez que *exclui ipso facto* cidadãos que não dispõem de recursos para disputar em igualdade de condições com aqueles que injetem em suas campanhas vultosas quantias financeiras, seja por conta própria, seja por captação de doadores.²⁵ (grifos nossos)

O processo de dominação do poder político pelo poder econômico também é discutido pelo Professor Marcelo Neves²⁶, o qual afirma que em situações de constitucionalismo simbólico, um problema típico do Estado que ele denomina de periférico (como o Brasil), constata-se claramente a fraqueza do sistema político, em grande parte por conta das imposições do poder econômico (código ter/não ter da economia) sobre o poder político.

Nesse sentido, Neves²⁷ chega a indagar se a expansão hipertrófica e destrutiva do código econômico, o que ele denomina de "globalização econômica", em detrimento da autonomia dos sistemas político e jurídico, poderia ser controlada ou se estaria em processo de consolidação, inclusive nos países por ele chamados de centrais, ou seja, naqueles países cujo processo democrático está mais consolidado que nos países que ele denomina de periféricos.

E ao tratar da constitucionalização simbólica como uma sobreposição do sistema político ao direito, Marcelo Neves²⁸ destaca que a subordinação do direito ao poder político não deve levar à ilusão de que o sistema político tenha sua autonomia ilesa, posto que o poder político também sofre diversas imposições particularistas, principalmente advindas de interesses econômicos, o que gera mecanismos instáveis de apoio, compensatórios da falta de legitimação geral.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4650. Relator: Ministro Luiz Fux. DJE, 24 set. 2015.

²⁶ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 152.

²⁷ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 192.

²⁸ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 151.

Os interesses econômicos interferindo no poder político e seus consequentes mecanismos de apoio compensatórios, destacados por Marcelo Neves²⁹, podem ser exemplificados pelo financiamento de campanhas eleitorais pelas pessoas jurídicas, mormente aquelas de patrimônio vultoso, o que, no entendimento da Suprema Corte, gera a captura do processo político pelo poder econômico (em consonância com a abordagem de Neves), sendo um dos motivos pelo qual foi declarada a inconstitucionalidade da autorização das doações por empresas às campanhas eleitorais.

Tal captura (do poder político pelo poder econômico), denominada pelo Ministro Relator da ADI 4650 de “plutocratização” do processo político, representa uma das variadas formas como se dá a corrupção dos políticos no Brasil, e por este motivo, o debate sobre a constitucionalidade ou não das formas de financiamento de campanhas eleitorais diz respeito, ainda que indiretamente, ao combate à corrupção, destaque das reivindicações das manifestações populares de 2013 e 2015, sendo, portanto, assunto pautado pela mídia e pela Corte de grande relevância social.

A relevância social da matéria em debate na referida ADI pode ainda ser observada pela convocação de uma audiência pública e pela fundamentação de tal procedimento pelo Relator, no sentido de entender o sentimento de parte da sociedade civil organizada sobre o tema ali em discussão. O Acórdão faz referência à audiência pública:

Prossigo no relato para informar que, tendo em vista **o caráter interdisciplinar da temática versada nesta ação direta, que ultrapassa os limites dos subsistemas político, econômicos e social, convoquei Audiência Pública**, na forma do art. 9º, §1º, da Lei no 9.868/99, colhendo opinião de especialistas (e.g., cientistas políticos, juristas, membros da classe política) e de entidades representativas da sociedade civil no afã de subsidiar a Corte ao melhor deslinde da controvérsia.

A referida Audiência Pública foi realizada nos dias 17 e 24 de julho do corrente ano, contando com a participação de 30 expositores, de onde se extraíram valiosas informações empíricas que permitiram identificar, com maior nitidez, as consequências concretas da incidência do modelo vigente de financiamento de campanhas sobre a democracia brasileira, além de **auscultar o sentimento de parte da sociedade civil organizada sobre a temática**.³⁰ (grifos nossos)

Por todo o exposto, demonstra-se a fundamentação da Suprema Corte no contexto de um pensamento social sobre a matéria em debate, no sentido

²⁹ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 151-152.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4650. Relator: Ministro Luiz Fux. DJE, 24 set. 2015.

de evitar a continuidade do processo de “plutocratização” do processo político. A fundamentação é no sentido de evitar que o poder econômico continue capturando o poder político através das vultosas doações de grandes empresas a campanhas eleitorais.

3.2 Vedações das doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais na Lei nº 13.165 de 2015

A vedações legislativas às doações de empresas a campanhas eleitorais foi efetivada por meio da aprovação da Lei nº 13.165 de 2015, a qual iniciou sua tramitação na Câmara dos Deputados através do Projeto de Lei nº 5.735 de 2013, de autoria do Deputado Federal Ilário Marques, cujas alterações legislativas iniciais não incluíam a vedações às doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, conforme consta do inteiro teor do mencionado projeto inicial, no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados³¹.

Nos termos do relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania - CCJ da Câmara dos Deputados, acerca do Projeto nº 5.735 de 2013, o objetivo principal da proposição seria tão somente simplificar o processo eleitoral e evitar a judicialização excessiva das eleições.

Ainda segundo o Relator da CCJ, Deputado Federal Paes Landim, os objetivos do referido projeto de lei se restringiam ao aperfeiçoamento de regras procedimentais da legislação eleitoral, não interferindo na correlação de forças políticas, tema este que deveria, segundo ele, ser tratado no âmbito de uma Reforma Política.

Sendo assim, com o objetivo de apenas aperfeiçoar as regras procedimentais da legislação eleitoral, o primeiro substitutivo do Projeto nº 5.735 de 2013, ofertado pela CCJ da Câmara, cuja assinatura data de 24 de março de 2014, mas sua apresentação foi efetivada apenas em 26 de março de 2015, ainda nada tratava sobre qualquer vedações de doações de pessoas jurídicas.

E então, após análise e votação de mais de 90 (noventa) emendas apresentadas em plenário pelos parlamentares, no Parecer às Emendas de Plenário³² com segundo substitutivo ao mencionado projeto, desta vez de relatoria do Deputado Rodrigo Maia, há menção a uma vedações parcial às doações de pessoas jurídicas, destinada tão somente àquelas empresas que possuíssem vínculos com a administração pública.

³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.735 de 2013. Projeto Original. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=580148>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

³² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.735 de 2013. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Parecer às Emendas de Plenário. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1570623>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

Ainda no mencionado Parecer às Emendas de Plenário e seu segundo substitutivo ao Projeto de Lei nº 5.735 de 2013, foram inseridos os artigos 24-A e 24-B ao mesmo diploma legal (Lei nº 9.504/1997), os quais previam uma outra vedação, também parcial, posto que no art. 24-A estava prevista a vedação ao candidato de receber doação procedente de pessoa jurídica, enquanto no art. 24-B estava prevista a possibilidade de as doações de pessoas jurídicas serem feitas para os partidos políticos.

Assim, nos termos da proposta apresentada no supracitado substitutivo, as pessoas jurídicas ainda poderiam continuar fazendo suas doações destinadas às campanhas eleitorais, desde que apenas para os partidos políticos e não mais aos candidatos diretamente.

E nesses termos, com vedações apenas parciais às doações de pessoas jurídicas, a Câmara dos Deputados encaminhou, em 15 de julho de 2015, o Projeto de Lei nº 5.735/2013 ao Senado Federal, tendo o mencionado projeto recebido o nº 75/2015, nesta Casa Legislativa.

Assim, no Senado, com função revisora, o projeto de lei em apreço (75/2015 – Senado e 5.735/2013 – Câmara) também recebeu dezenas de emendas (mais de cem), e aqui se destaca, inicialmente, a Emenda de nº 07³³, apresentada em 11 de agosto de 2015, pela senadora Lídice da Mata, posto que foi a primeira emenda parlamentar, considerando ambas as casas legislativas, que propôs a proibição ampla e genérica de doações a campanhas eleitorais por parte de quaisquer pessoas jurídicas.

Conforme a nova redação do art. 24 da Lei nº 9.504/1997 proposta em tal emenda, seu inciso XII, inserido pela Câmara dos Deputados com vedação de doações de pessoas jurídicas com vínculos com a administração pública, passaria a ter como redação “XII – pessoas jurídicas”, generalizando assim a vedação a todas as empresas, e não somente aquelas que possuíam vínculo contratual com a administração pública, como proposto na Câmara.

Além disso, a senadora propôs também a supressão dos artigos 24-A e 24-B que propunham vedação a doações de pessoas jurídicas a candidatos (no art. 24-A), mas permitiam a doação das empresas aos partidos políticos (no art. 24-B).

Também merece destaque a justificação apresentada pela senadora Lídice da Mata na mencionada emenda, que de forma clara e direta propôs vedação a doações de todas as pessoas jurídicas para campanhas eleitorais, seja a candidato ou a partido político, nos seguintes termos:

³³ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 75/2015. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3628139&disposition=inline>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

A atual legislação eleitoral admite a doação de pessoas jurídicas, seja para partidos, seja para candidatos.

Os escândalos que vêm sendo denunciados com mais ênfase nos últimos tempos, mas que remontam há décadas – basta que se recorde as conclusões da “CPI dos Anões do Orçamento” do início da década de 90 do século passado –, **demonstram a relação espúria entre as doações de pessoas jurídicas e as fraudes e crimes cometidos contra a administração pública.**

É chegada a hora de romper esse círculo vicioso, de forma direta, efetiva, sem subterfúgios e sem tergiversações.

Além de caracterizar abuso do poder econômico que distorce o processo eleitoral, rompe sua normalidade e legitimidade, e frauda a soberania popular, as vultosas doações de pessoas jurídicas geram, no momento seguinte, toda a sorte de crimes contra a administração pública, especialmente no que concerne à realização de processos licitatórios viciados e contratações de obras e serviços com preços superfaturados, para que as pessoas jurídicas doadoras possam ser “ressarcidas” pelas doações eleitorais feitas.

Há que se cortar o mal pela raiz. Nesse sentido, **estamos apresentando emenda que veda pura e simplesmente a doação de pessoa jurídica, seja a candidato, seja a partido, tudo com vistas à preservação da legitimidade do processo eleitoral contra o abuso do poder econômico.** (grifos nossos)

Dentre os argumentos apresentados na justificação da senadora, salta-se, em princípio, o combate ao abuso do poder econômico e a busca pela preservação da legitimidade do processo eleitoral, os quais estão em plena consonância com aqueles que, como vimos no subitem anterior, serviram de fundamentação ao Supremo Tribunal Federal para a declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

A redação aprovada pelo Senado e encaminhada como substitutivo à Câmara foi gerada de uma combinação de diversas outras emendas. Destaca-se adiante outra emenda que também sugeriu a vedação genérica de doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, cuja redação foi parcialmente aprovada pela maioria dos senadores, qual seja a Emenda nº 36³⁴, de autoria do senador Jorge Viana, na qual o *caput* do artigo 24 da Lei nº 9.504/1997 passaria a ter a seguinte redação:

Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive

³⁴ BRASIL. Senado Federal. Emenda nº 36 ao Projeto de Lei nº 75/2015. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3628328&disposition=inline>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de pessoa jurídica de direito público, interno ou externo, ou de direito privado.

Da leitura do dispositivo legal acima transcrito, observa-se que a sugestão do senador Jorge Viana estabelecia uma vedação também genérica a quaisquer pessoas jurídicas, seja de natureza de direito público ou privado, ampliando a vedação e incluindo indiretamente no *caput* todas as vedações previstas na redação original dos incisos (I a XI) do mencionado dispositivo legal.

Na justificação da Emenda nº 36, o senador se referiu à ADI 4650, naquela data ainda em tramitação no STF, afirmando que apesar de ainda não estar decidido de forma definitiva, seis dos onze ministros já haviam se manifestado pela inconstitucionalidade de doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais e destacou diversos pontos da petição inicial do CFOAB naquela ADI, bem como do voto do Ministro Relator Luiz Fux.

Enfatiza-se ainda os seguintes trechos de sua justificação:

(...) temos observado o **aumento da influência do poder econômico no financiamento das campanhas e das eleições. Poder econômico concentrado nas corporações empresariais**, que fazem crescentes doações aos partidos e candidatos sob a forma de doações de pessoas jurídicas.

Em razão desses fatos, tem aumentado a consciência no sentido de que, **para evitar o açambarcamento das instituições políticas pelos interesses corporativos das grandes empresas, deve ser proibido o financiamento de campanhas eleitorais por pessoa jurídica.**

Assim, constata-se que, os fundamentos apresentados pelo senador Jorge Viana são semelhantes aos apresentados pela senadora Lídice da Mata, quais sejam: evitar o abuso do poder econômico e preservar a legitimidade do processo eleitoral.

Portanto, com base em tais fundamentos, a maioria dos senadores aprovou uma nova redação, semelhante àquela proposta pelo senador Jorge Viana, para o artigo 24 da Lei nº 9.504/1997, no qual era estabelecida uma vedação genérica a doações de quaisquer pessoas jurídicas para campanhas eleitorais, e assim foi encaminhado o substitutivo do projeto de lei em apreço à Câmara dos Deputados, por ser esta a casa legislativa de origem do mesmo.

Entretanto, segundo as informações constantes do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, na Sessão Deliberativa Extraordinária³⁵, de 09 de setembro de 2015, os deputados rejeitaram os dispositivos do Substitutivo do

³⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=580148>>. Acesso em 30 jun. 2017.

Senado Federal, e restabeleceram a vedação apenas parcial de doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, permitindo tais doações aos partidos políticos, como constava do Projeto de Lei enviado ao Senado anteriormente.

Assim, nos termos do Projeto nº 5.735/2013³⁶ aprovado em definitivo pela Câmara dos Deputados, foram restabelecidos os artigos 24 (inciso XII), 24-A e 24-B à Lei das Eleições (nº 9.504/1997), portanto, restaram permitidas as doações de pessoas jurídicas a partidos políticos, e vedadas tão somente as doações diretas aos candidatos e as doações de pessoas jurídicas com vínculo com a administração pública. E desta forma, o Projeto de Lei nº 5.735/2013 foi então, no dia 10 de setembro de 2015, encaminhado para sanção presidencial.

Ocorre que uma semana depois da aprovação do projeto de lei em apreço na Câmara dos Deputados e envio para sanção presidencial, o Supremo Tribunal Federal, em 17 de setembro daquele ano, julgou inconstitucional a doação das pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, como visto no subitem anterior.

E, em consonância com a decisão do STF, a Presidente da República à época, Dilma Rousseff, em 29 de setembro do mesmo ano, aprovou o mencionado projeto de lei, o convertendo na Lei nº 13.165, publicada no Diário Oficial da União – DOU de 29/09/2015 (Edição Extra da Seção 1)³⁷, mas vetou os dispositivos do projeto de lei que tratavam da vedação parcial às doações de pessoas jurídicas (inciso XII do art. 24, art. 24-A e art. 24-B da Lei das Eleições), que tinham sido inseridos pelo art. 2º do novo diploma legal.

Destaca-se que na Mensagem nº 358³⁸, de 29 de setembro de 2015, também publicada no DOU de 29/09/2015 (Edição Extra da Seção 1), dirigida ao Presidente do Senado Federal, a Presidente da República apresenta as razões do veto, o que faz nos seguintes termos:

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, **decidi vetar parcialmente, por inconstitucionalidade e por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 5.735, de 2013 (nº 75/15 no Senado Federal), (...)**

³⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra;jsessionid=FA1F9FBFBCBA0DD6055AEE11D4DA56B3;proposicoesWebExterno2?codteor=1384481&filename=Tramitacao-PL+5735/2013>. Acesso em 30 jun. 2017.

³⁷ BRASIL. Imprensa Nacional. Lei nº 13.165/2015. Diário Oficial da União – DOU de 29/09/2015 - Edição Extra da Seção 1. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=29/09/2015&jornal=1000&pagina=1&totalArquivos=32>>. Acesso em 1º jul. 2017.

³⁸ BRASIL. Imprensa Nacional. Mensagem nº 358, de 29 de setembro de 2015. DOU de 29/09/2015 - Edição Extra da Seção 1. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=29/09/2015&jornal=1000&pagina=30&totalArquivos=32>>. Acesso em 1º jul. 2017.

A possibilidade de doações e contribuições por pessoas jurídicas a partidos políticos e campanhas eleitorais, que seriam regulamentadas por esses dispositivos, confrontaria a igualdade política e os princípios republicano e democrático, como decidiu o Supremo Tribunal Federal - STF em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI 4650/DF), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. O STF determinou, inclusive, que a execução dessa decisão 'aplica-se as eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão', conforme ata da 29º sessão extraordinária de 17 de setembro de 2015. (grifos nossos)

Assim, restou a proibição genérica de quaisquer doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, posto que os demais artigos da Lei nº 9.504/1997, que originalmente previam a possibilidade de doações de pessoas jurídicas, foram efetivamente alterados pela Lei nº 13.165/2015, como o art. 20³⁹ da Lei das Eleições que teve sua redação alterada apenas para retirar a expressão "jurídicas", e o art. 81⁴⁰ também da Lei das Eleições, que permitia originalmente tais doações, mas foi efetivamente revogado pela Lei nº 13.165/2015.

Cumpre frisar que alterações no mesmo sentido, vedando doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, também foram providenciadas na Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096 de 1995), pelo mesmo diploma alterador, Lei nº 13.165/2015.

Em seguida, o Congresso Nacional resolveu manter o voto da Presidência da República quanto às doações de pessoas jurídicas, tendo rejeitado o voto apenas quanto à impressão do registro do voto, nos termos da publicação de partes da Lei nº 13.165 no DOU de 26/11/2015⁴¹, e por consequência, o Congresso Nacional e a Presidência da República decidiram, por meio da aprovação da Lei nº 13.165/2015, proibir a contribuição de pessoas jurídicas, de forma genérica, às campanhas eleitorais.

³⁹ Redação original: Art. 20. O candidato a cargo eletivo fará, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a administração financeira de sua campanha, usando recursos repassados pelo comitê, inclusive os relativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas ou jurídicas, na forma estabelecida nesta Lei.

Nova Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015: Art. 20. O candidato a cargo eletivo fará, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a administração financeira de sua campanha usando recursos repassados pelo partido, inclusive os relativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas, na forma estabelecida nesta Lei.

⁴⁰ Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações. § 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição. (...)

⁴¹ BRASIL. Imprensa Nacional. Lei nº 13.165/2015 (partes) - DOU de 26/11/2015. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=26/11/2015>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

A respeito dessa decisão legislativa de proibir as doações empresariais às campanhas eleitorais, destacam-se trechos de entrevistas de dois senadores que se manifestaram favoravelmente a tal proibição, as quais foram publicadas no sítio eletrônico do Senado Federal⁴².

O senador Jorge Viana defendeu o fim das doações de empresas, afirmando que: “Nós temos uma bela oportunidade de pôr fim a essa presença ilegal, inconstitucional e imoral, que é o envolvimento de empresários no financiamento de campanha. Empresa visa lucro e a política não pode ser uma atividade do lucro”.

Nesse mesmo sentido, o senador Randolfe Rodrigues argumentou que a prática de financiar campanhas eleitorais com recursos de empresas faz mal à democracia, e disse que: “É tapar o sol com a peneira não compreender que os escândalos de corrupção ocorridos de 1988 até hoje tiveram relação direta com financiamento de campanha pelas empresas”.

Desta feita, observa-se que os argumentos combate à corrupção e ao abuso do poder econômico, bem como a busca pela proteção e legitimação do processo eleitoral motivaram a alteração legislativa em análise, o que nos conduz ao entendimento de que a vedação de doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, também no parlamento (principalmente no Senado – com proposta de vedação mais ampla) e no poder executivo (através do veto às vedações parciais propostas pela Câmara dos Deputados), derivou de uma tentativa de resposta às mudanças sociais consubstanciadas na maior insatisfação da população com a corrupção e com a crise de representatividade dos políticos.

4. VEDAÇÃO AO FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS POR PESSOAS JURÍDICAS: POTENCIAL AGENTE DE MUDANÇAS SOCIAIS? UM OLHAR SOB A PERSPECTIVA DE SÉRGIO CAVALIERI FILHO.

Diferentemente do item anterior, onde as medidas judicial (declaração de inconstitucionalidade) e legislativa (aprovação da Lei nº 13.165 de 2015) foram analisadas separadamente, pois ali se analisavam os argumentos e fundamentos que as motivaram, neste item, ambas serão analisadas em conjunto, posto que a consequência é uma só: a vedação ao financiamento de campanhas eleitorais por empresas.

Neste momento, far-se-á uma análise das consequências para a sociedade desta alteração do direito, isto é, se tal adaptação do direito, por meio da

⁴² BRASIL. Senado Federal. Fim das doações de empresas é o destaque da reforma política aprovada pelo Senado. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/12/29/fim-das-doacoes-de-empresas-e-o-destaque-da-reforma-politica-aprovada-pelo-senado>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

vedação ao financiamento de campanhas eleitorais por parte de pessoas jurídicas, será um agente de efetivas mudanças sociais.

As investigações sobre as agências judiciais de resolução de conflitos localizam-se naquilo que Bourdieu⁴³ nomeou de campo judicial, ou seja, no espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transformação de um conflito direto entre partes. Porém, em sociologia jurídica interessa analisar o processo de seleção de conflitos justificáveis e a lógica em uso dos profissionais do direito.

Esclarece-se que a análise da mencionada alteração do direito será realizada por meio de um paralelo entre a perspectiva de Sérgio Cavalieri Filho, quanto às funções e aos efeitos sociais do direito, ante a pertinente e detalhada análise sobre o tema realizada por este sociólogo, e a função e os potenciais efeitos da alteração do direito que vedou as doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais.

4.1. Funções sociais do direito: preventiva e repressiva

A princípio, quanto às funções sociais do direito, Cavalieri Filho⁴⁴ afirma que apesar de muitos acreditarem que o direito tem um caráter essencialmente repressivo, na realidade não é assim, pois para ele o direito existe muito mais para prevenir do que para corrigir; muito mais para evitar que os conflitos ocorram do que para compô-los ou reprimi-los.

Isto ocorre, no entendimento do referido autor, porque enquanto a sociedade necessita de ordem, tranquilidade e equilíbrio em suas relações, fazendo tudo para evitar ou prevenir conflito, o direito previne conflitos através de um conveniente disciplinamento social, estabelecendo regras de conduta na sociedade. E à medida que cada um respeitar o disciplinamento estabelecido pelo Direito, evitará entrar em conflito com outrem na sociedade, gerando assim a almejada paz social.

Trazendo essa discussão de Cavalieri sobre as funções sociais do direito para a análise sobre a vedação de doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, vê-se que, em consonância com o que afirma o autor aqui em destaque, tal alteração normativa também exerce mais fortemente uma tentativa de função preventiva, no sentido de evitar que o poder econômico continue dominando o poder político e distorcendo o processo eleitoral.

Quanto à função repressiva dessa alteração normativa, destaca-se que apesar de serem estabelecidas penas, principalmente na forma de multas, aos

⁴³ BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: O Poder Simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p.229.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Sociologia Jurídica. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 33 ss.

infratores de outros dispositivos legais, tais como o limite de doação de pessoas físicas ou as regras para publicidade das campanhas, não foi determinada nenhuma penalidade, direta e especificamente⁴⁵, para o descumprimento da vedação de doações de pessoas jurídicas.

Assim, o entendimento de Cavalieri sobre o direito exercer mais função preventiva que repressiva parece se adequar perfeitamente à alteração normativa aqui discutida, posto que a função repressiva dessa nova vedação legal parece ter sido esquecida, destacando-se apenas a função preventiva de tal norma.

4.2. Efeitos sociais das normas – Eficácia

No tocante aos efeitos sociais das normas, Cavalieri⁴⁶ afirma que efeitos são todos e quaisquer resultados produzidos pela norma, ou seja, a influência condicionante do Direito constituído sobre a sociedade, e que o principal efeito da norma é a sua eficácia, sendo esta uma espécie do gênero efeito. Logo, eficácia é o efeito típico da norma, efeito condizente com suas finalidades.

Nesse sentido, o autor afirma que a lei só é eficaz quando tem força para realizar os efeitos sociais para os quais ela foi elaborada, e que só possui essa força quando está adequada às realidades sociais, logo, ajustada às necessidades daquele grupo social, pois só assim, a norma consegue penetrar no mundo dos fatos e dominá-los.

Portanto, a norma é dita eficaz quando consegue realizar o fim para a qual foi elaborada e aprovada. Noutras palavras, para ser eficaz os fundamentos que inspiraram a norma devem coincidir com as consequências de sua aprovação, isto é, no caso da alteração normativa em apreço, a mesma poderá ser dita eficaz se conseguir ser agente daquelas transformações sociais almejadas, em suma: redução da influência do poder econômico sobre as eleições e consequentemente sobre o poder político.

Considerando tal finalidade, e que a vedação de doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais entrou em vigor em setembro de 2015, e só foi aplicada, até o presente momento, nas eleições de 2016 (restritas aos municí-

⁴⁵ Não foi estipulada, direta e especificamente, qualquer penalidade ao descumprimento da vedação a doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, entretanto, na nova redação dada pela Lei nº 13.165/2015 ao *caput* do art. 37 da Lei 9.096/1995, está previsto que a desaprovação das contas do partido implicará exclusivamente a sanção de devolução da importância aportada como irregular, acrescida de multa de até 20% (vinte por cento), o que pode atingir indiretamente o infrator da vedação ora analisada.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Sociologia Jurídica. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 105 ss.

pios), destaca-se a seguir algumas observações sobre tais eleições, com o objetivo de verificar a eficácia ou não da mencionada alteração do direito eleitoral brasileiro.

A Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Dapp)⁴⁷, a pedido do Jornal O Globo, realizou uma pesquisa sobre as doações efetivadas para campanhas à prefeitura da cidade do Rio de Janeiro em 2016, cruzando os dados do Cadastro de Pessoas Físicas – CPF dos doadores com os números ativos do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ.

A pesquisa demonstrou que do conjunto de doadores dos candidatos a prefeito do Rio de Janeiro, 59 deles doaram, cada um, mais de R\$ 30 mil. E apenas um desses 59 maiores doadores não era ligado a nenhuma empresa. Para os outros 58 maiores doadores, a pesquisa revelou a existência de 643 vínculos ativos com empresas, pois tais doadores possuíam altos cargos nessas pessoas jurídicas, tais como sócio, diretor, administrador ou presidente.

Foram analisados ainda os setores econômicos dessas empresas vinculadas aos maiores doadores, e conforme divulgado no sítio eletrônico⁴⁸ da entidade que encomendou a pesquisa, observou-se que aproximadamente 40% delas eram do ramo de construção e engenharia, e 20% pertenciam ao setor imobiliário, sendo os demais 40% diluídos em diversos outros setores da economia, tais como advocacia, saúde, restaurantes, cultura, etc..

Assim, essa pesquisa da FGV, quanto às doações às campanhas eleitorais de 2016 para prefeitura do Rio de Janeiro, concluiu o seguinte: apesar das doações empresariais estarem proibidas, a influência de empresas em campanhas continua, por meio das doações de pessoas físicas dos sócios, administradores, presidentes ou diretores dessas empresas, e com o mesmo predomínio de grandes construtoras que se via nas eleições anteriores.

Já no tocante às eleições à prefeitura de Fortaleza, capital do estado do Ceará, a partir da consulta aos dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral no seu Sistema “Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais”⁴⁹, verificou-se que os cinco maiores doadores da campanha do prefeito eleito em 2016, Roberto Cláudio, 2 (dois) eram partidos políticos⁵⁰, e 3 (três) eram pessoas

⁴⁷ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Diretoria de Análise de Políticas Públicas. O perfil das doações: Os recursos dos candidatos do Rio. Disponível em: <<http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/o-perfil-das-doacoes.html>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

⁴⁸ DUARTE, Alessandra. Empresas driblam lei para doar a campanhas eleitorais: Proibidas de contribuir com políticos, elas se valem de seus dirigentes. O Globo, Rio de Janeiro, 18 set. 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/empresas-driblam-lei-para-doar-campanhas-eleitorais-20132632>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

⁴⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais. Disponível em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2016/2/13897/60000001319>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

⁵⁰ Os dois partidos políticos que aparecem no ranking de doadores do prefeito eleito são: Partido Democrático Trabalhista – PDT (ao qual o candidato é filiado), em primeiro lugar, tendo doado

físicas, cada uma destas pessoas naturais doando o valor de R\$ 600.000,00⁵¹, todos vinculados a pessoas jurídicas, sendo sócio, administrador ou presidente das respectivas empresas.

Consultando as atividades econômicas de tais pessoas jurídicas, por meio das informações constantes dos endereços eletrônicos da Secretaria da Receita Federal do Brasil⁵² e do ConsultaSocio.com⁵³ (uma ferramenta que facilita a busca de empresas nacionais por nome de pessoa física a elas associada), verificou-se que essas 3 (três) pessoas naturais doadoras possuíam vínculos com 28 pessoas jurídicas⁵⁴, sendo 9 Holdings (sociedade de participação em outras empresas); 7 do ramo da educação; 2 do setor imobiliário, e as outras 10 de diversos outros setores da economia.

Assim, constata-se que essas 28 empresas, vinculadas aos maiores doadores da campanha eleitoral do prefeito eleito, não estão fortemente concentradas em um único setor econômico⁵⁵.

Entretanto, vê-se que a situação de Fortaleza é um pouco diferente daquela verificada no Rio de Janeiro, mas não tão diferente assim, posto que em ambas as capitais, seus maiores doadores (pessoas naturais) também possuíam fortes vínculos (sócio, administrador ou presidente) com grandes empresas.

Desta feita, observa-se que a nova regra eleitoral vedando doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais não conseguiu concretizar seu objetivo de reduzir a influência do poder econômico nas campanhas eleitorais, pelo menos quanto às eleições de 2016, nos municípios aqui analisados (Rio de Janeiro e Fortaleza).

Isto porque as doações de empresas não ocorrem mais diretamente, no entanto, os interesses dessas empresas podem indiretamente ainda influenciar

R\$ 684.550,00; e o Partido Progressista – PP (de sua coligação), em quinto lugar, tendo doado R\$ 575.000,00.

⁵¹ O valor doado pelas pessoas físicas (R\$ 600.000,00, cada uma), corresponde a 87,65% do valor doado ao candidato pelo seu próprio partido político. E o valor dos três maiores doadores (pessoas físicas) juntos corresponde a quase três vezes o valor doado pelo partido ao qual o candidato é filiado, o que mostra a relevância dessas doações.

⁵² BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Disponível em: <https://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/cnpj/cnpjreva/cnpjreva_solicitação2.asp>. Acesso em: 04 jul. 2017.

⁵³ CONSULTASOCIO.COM. Sobre o site ConsultaSocio.com. Disponível em: <<http://www.consultasocio.com/static/sobre.html>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

⁵⁴ Destaca-se que dos três doadores, dois possuíam vínculos com as mesmas empresas (7 do ramo da educação e 1 do setor imobiliário), e por possuírem mesmos sobrenomes, subentende-se que sejam irmãos.

⁵⁵ Considera-se que as empresas vinculadas aos doadores não estavam fortemente concentradas em um único setor da economia porque o maior número de empresas com atividade econômica em comum eram as Holdings, e sabe-se que isso não representa um setor econômico em si, mas apenas uma empresa criada para participar de outras sociedades.

o processo político através das doações de grande vulto de pessoas físicas a elas fortemente relacionadas.

Além dessa análise quanto às doações realizadas às campanhas para as duas prefeituras acima mencionadas, cabe destacar ainda que, em geral, foram divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE⁵⁶ diversos indícios de irregularidades nas prestações de contas parciais das campanhas eleitorais de 2016, quando as mesmas ainda estavam ocorrendo.

O levantamento parcial do trabalho de cruzamento de dados feito por meio de parceria firmada entre o TSE e diversos órgãos públicos, como o Tribunal de Contas da União, mostrou, por exemplo, que mais de 49 mil pessoas físicas inscritas no Bolsa Família doaram mais de R\$ 45 milhões para as campanhas; doadores de campanha sem emprego formal declarado (desempregados) deram R\$ 146 milhões; doadores cujas rendas conhecidas são incompatíveis com o valor doado desembolsaram o total de R\$ 453 milhões; e 292 doadores eram pessoas falecidas.

Tais indícios de irregularidades podem indicar que os CPF's desses doadores foram usados indevidamente, com fraude ao processo eleitoral, o que reforça o entendimento de que a inovação normativa de vedação de doações de pessoas jurídicas pode não ter alcançado seu objetivo maior de evitar o abuso do poder econômico.

Logo, por enquanto, não se vislumbra a eficácia de tal alteração do direito eleitoral, considerando que o abuso do poder econômico ainda está presente nas campanhas eleitorais, por meio das significativas doações de pessoas físicas vinculadas a grandes empresas, o que pode caracterizar influência indireta destas nas eleições, bem como pelas diversas irregularidades encontradas no pleito eleitoral de 2016, envolvendo as doações de pessoas físicas.

4.3. Demais efeitos sociais positivos das normas

Além da eficácia, Cavalieri⁵⁷ apresenta outros quatro efeitos positivos das normas, que podem ser assim resumidos:

- a) Controle social: Com o objetivo de adaptar a conduta das pessoas (naturais e jurídicas) aos padrões de comportamentos dominantes, o controle social do Direito é exercido, em princípio, pela prevenção geral, aquela coação exercida sobre todos mediante a

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Eleições 2016: TCU e TSE realizam oitavo batimento nas prestações de contas de candidatos. **Tribunal Superior Eleitoral**. Brasília, 28 out. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Outubro/eleicoes-2016-tcu-e-tse-realizam-oitavo-batimento-nas-prestacoes-de-contas-de-candidatos>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Sociologia Jurídica. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 106 ss.

ameaça de uma pena para o transgressor da norma, mas também pela aplicação de uma pena a quem infringiu a lei.

- b) Educativo: A lei educa e esclarece a opinião pública, posto que antes de se tornar obrigatória ela tem que ser divulgada, publicada, e assim vai sendo conhecida pelo grupo social e o assunto por ela disciplinado torna-se melhor compreendido pela população. O autor cita como exemplo os direitos trabalhistas hoje conhecidos inclusive pelos trabalhadores analfabetos.
- c) Conservador: A função conservadora do Direito relaciona-se com o caráter estático que ela representa ao garantir a manutenção da ordem social existente. Entretanto, o autor informa que esse efeito só é essencial às normas naqueles países plenamente desenvolvidos, estabilizados e organizados, pois nos países em desenvolvimento e que ainda necessitam de transformações profundas, reduzir o direito a uma força conservadora seria perpetuar o subdesenvolvimento e o atraso.
- d) Transformador: Em razão das necessidades observadas, as normas estabelecem novas diretrizes a serem seguidas, fixam novos princípios a serem observados em determinadas questões, determina a realização de certas modificações. Assim, para dar cumprimento à nova norma, a sociedade tem que se estruturar, equipar-se, aparelhar-se, logo, paulatinamente vai operando sensíveis transformações em seu meio.

Destaca-se que o autor afirma que é nesse último, no efeito transformador da lei, que se percebe mais diretamente o efeito condicionante do direito sobre a sociedade, motivo pelo qual será, principalmente, na perspectiva desse efeito transformador que se avaliará os potenciais efeitos sociais da alteração do direito aqui estudada: a vedação de doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

Quanto ao efeito do controle social, remete-se ao que foi relatado no subitem 4.1 sobre o fato de o legislador não ter estabelecido direta e especificamente quaisquer penalidades ao descumprimento da vedação ora em análise, permanecendo essa norma tão somente com seu caráter preventivo, sem exercer, assim, sua função repressiva, pelo menos não diretamente.

Desta feita, o controle social que deveria ser exercido preventiva e repressivamente pela norma proibitiva em questão, com o objetivo de adaptar a conduta das pessoas aos padrões determinados pelo legislador, nesse caso, a conduta omissiva de não doação de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais está sendo exercido praticamente apenas com seu caráter preventivo.

Esse controle social parcial pode ser um dos motivos para que, como abordou-se no subitem 4.2, a vedação em apreço não ter ainda conseguido alcançar seu objetivo maior de redução da influência do poder econômico sobre as eleições, posto que, embora as doações não sejam mais realizadas diretamente pelas pessoas jurídicas, estas ainda podem exercer forte influência sobre as eleições e os políticos eleitos pelo fato de as maiores doações feitas nas eleições de 2016 (nos municípios estudados) terem sido feitas por pessoas físicas fortemente vinculadas a grandes empresas.

No tocante ao efeito educativo da vedação de doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, considerando que tal alteração normativa foi amplamente divulgada na imprensa oficial e privada, bem como nas redes sociais, quando da sua aprovação e no período das eleições de 2016, pode-se afirmar que ela, a princípio, tem cumprido seu papel educativo.

E por se tratar de uma alteração normativa muito recente, deve-se manter a divulgação da mesma e de sua importância, para que a população passe efetivamente pelo processo de compreensão da matéria.

Cumpre frisar ainda que, inclusive o grupo social dos políticos, diretamente afetados por tal vedação também precisam ainda passar pelo processo de compreensão dessa matéria, visto que parte da classe política parece ainda não ter se conformado com tal medida, pois foi noticiado, tanto pela imprensa privada⁵⁸ e⁵⁹ quanto pelo sítio eletrônico do Senado Federal⁶⁰, que um grande grupo de deputados e senadores está se articulando para aprovar uma Proposta de Emenda à Constituição prevendo a possibilidade de doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, somente a partidos políticos, como pretendia a Câmara dos Deputados. Se tal proposta for aprovada, ela provavelmente irá esvaziar mais ainda a fiscalização, pois os critérios de divisão interna dos recursos do fundo partidário ainda são em grande medida discricionários, o que pode fazer com que um político consiga o recurso de uma empresa, esta repassa ao partido e o mesmo o repassa ao referido político, ou seja, uma lavagem de dinheiro.

Segundo as notícias citadas anteriormente, as Propostas de Emenda à Constituição que retomariam a discussão sobre a possibilidade de doações de

⁵⁸ GADELHA, Igor. Parlamentares articulam volta de doação de empresa. Estadão, São Paulo, 19 set. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,parlamentares-articulam-volta-de-doacao-de-empresa,10000076824>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

⁵⁹ REFORMA Política. Câmara volta atrás, faz manobra e aprova financiamento empresarial: Com articulação de Eduardo Cunha, parlamentares aprovam proposta que permite que os partidos recebem doações privadas. Carta Capital. São Paulo, 27 mai. 2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/parlatorio/camara-volta-atras-faz-manobra-e-aprova-financiamento-empresarial-5490.html>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

⁶⁰ BRASIL. Senado Federal. PEC retoma polêmica das doações empresariais para campanhas. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/18/pec-retoma-polemica-das-doacoes-empresariais-para-campanhas>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

pessoas jurídicas a partidos políticos seriam as de nº 182/2007⁶¹ e 113/2015⁶², entretanto, conforme se verificou nos endereços eletrônicos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, apesar de tais PEC's tentarem, inicialmente (113/2015) ou durante a tramitação (182/2007), inserir na Constituição Federal tais doações, ambas foram unidas e convertidas na Emenda Constitucional nº 91/2016, publicada no D.O.U. de 19 de fevereiro de 2016, sem tratar do tema doações, mas tão somente da desfiliação partidária de detentores de mandato eleitoral.

De qualquer forma, essa movimentação dos parlamentares, na tentativa de restabelecer as doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, ainda que somente a partidos políticos, inclusive, por meio de inserção de tais doações na Constituição Federal, mostra que o tema ainda está em discussão pelo grupo social mais afetado por tal vedação e demonstra que a matéria ainda carece de compreensão e/ou aceitação da classe política.

A respeito do efeito conservador das normas, destaca-se que a vedação ora analisada busca exatamente o oposto, pois deseja não conservar o sistema de financiamento de campanhas eleitorais vigente até então, buscando transformar tal sistema com o objetivo de reduzir o poder econômico sobre o processo político.

E quanto ao efeito transformador dessa alteração do direito eleitoral, a princípio, remete-se à discussão do subitem 4.2 deste artigo sobre a eficácia da vedação em apreço, onde se concluiu que, por enquanto, não se vislumbra a eficácia de tal alteração, visto que embora as doações de empresas não ocorram mais diretamente, os interesses dessas empresas podem indiretamente ainda influenciar o processo político através das doações de grande vulto de pessoas físicas a elas fortemente relacionadas. Ainda, o uso do caixa 2 (dois) é uma realidade difícil de se combater (pela incapacidade operacional e técnica dos órgãos de fiscalização), de modo que, em grande medida o financiamento de campanhas eleitorais será sustentado por uma rede de financiamento que escapa ao controle do Estado.

Ademais, ressalta-se que por ser uma norma ainda muito recente no ordenamento jurídico brasileiro, que tenta alterar substancialmente o financiamento das campanhas eleitorais, vedando as doações de pessoas jurídicas, uma prática permitida desde 1994⁶³, resta evidente que a transformação social

⁶¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 182/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373327>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

⁶² BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 113/2015. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122759>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

⁶³ Essa permissão de doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais entrou no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 35 da Lei nº 8.713/1993, nos seguintes termos: "Art. 35. O candidato a cargo eletivo fará, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a

por ela almejada necessitará de tempo e de mais eleições aplicando tal vedação para que tanto a sociedade de uma forma geral, quanto os grupos sociais mais afetados (políticos e empresários doadores), compreendam e absorvam a ideia presente na aprovação de tal norma eleitoral.

Entretanto, ainda não foi possível constatar qualquer efeito transformador da vedação em apreço, pois na primeira e única (até o momento) experiência de aplicação dessa nova norma, eleições municipais de 2016, constatou-se que não houve mudanças substanciais no financiamento das campanhas eleitorais (deduzindo da análise dos pleitos das cidades do Rio de Janeiro e Fortaleza).

Assim, considerando a ausência do efeito transformador dessa alteração do direito eleitoral, a seguir, na tentativa de entender os motivos pelos quais a vedação em apreço não foi ainda capaz de agir como agente de mudanças sociais, passa-se a discutir os efeitos negativos das normas, conforme tratados por Cavalieri.

4.4. Efeitos sociais negativos das normas

Embora toda norma surja para produzir efeitos positivos, Cavalieri⁶⁴ lembra que ela também pode produzir efeitos negativos, portanto, contrários aos interesses sociais. E o autor destaca três hipóteses nas quais uma lei pode produzir tais efeitos negativos: quando a lei é ineficaz; quando há omissão da autoridade em aplicá-la; e quando inexistir estrutura adequada à aplicação da lei.

Quanto à lei ineficaz, se a sociedade se recusa a reconhecer, aceitar e aderir à norma, esta se torna ineficaz, o que pode acontecer, segundo Cavalieri, por três motivos: 1. Desatualização da lei, porque mesmo que em perfeita adequação à realidade social quando de sua aprovação, com a dinâmica e evolução dos fatos sociais, a lei, que é estática, pode ser ultrapassada e se tornar desatualizada; 2. Misoneísmo, ou seja, a aversão sistemática às inovações ou transformações do *status quo*, quando velhos hábitos ou privilégios de grupos impedem que a lei seja aplicada, e por vezes porque há grandes interesses políticos ou econômicos em jogo; e 3. Antecipação da lei à realidade social, o que ocorre quando o legislador se inspira em algo que deu certo em outro país e tenta implantar no nosso sem suporte social, gerando uma lei sem qualquer correspondência com a realidade social.

⁶⁴ administração financeira de sua própria campanha, utilizando recursos que lhe sejam repassados pelo comitê, inclusive os relativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas ou jurídicas, na forma estabelecida nesta lei.”

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Sociologia Jurídica. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 112 ss.

Sobre a omissão da autoridade em aplicar a lei, Cavalieri afirma que se por desídia, incompetência ou irresponsabilidade da autoridade responsável, a sanção não é aplicada quando a lei é transgredida, isso vai enfraquecendo a disciplina estabelecida naquela norma e vai diluindo sua função preventiva, e consequentemente, a impunidade vai estimulando outras transgressões. Por esse motivo, o autor afirma que pior do que não ter leis, é tê-las e não aplicá-las.

No tocante à inexistência de estrutura adequada à aplicação da lei, em sua obra de sociologia jurídica, Sergio Cavalieri⁶⁵ afirma que a norma não atingirá seus objetivos sociais se faltar estrutura suficiente para uma eficiente aplicação da mesma, tal como pessoal, material, instalações, equipamentos, dentre outros.

Desta forma, tanto a segunda quanto a terceira hipótese, na realidade, são mais causas da primeira hipótese (ineficácia da lei), pois nos três casos, a consequência é a mesma: a norma não atingirá seus objetivos sociais, os fundamentos para os quais ela foi aprovada, sendo, portanto, ineficaz.

Assim, considerando que todos os efeitos negativos da norma apresentados por Cavalieri geram a ineficácia da lei, passa-se a analisar individualmente cada um desses efeitos negativos e quais deles estão presentes na inovação normativa da vedação ao financiamento brasileiro de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas.

A princípio, daquelas causas apresentadas por Cavalieri como ensejadoras diretas da ineficácia, verifica-se que não há que se falar em desatualização dessa vedação, posto que foi recentemente incluída ao direito eleitoral no País, mas por outro lado, poderia se cogitar da antecipação dessa norma à realidade social, considerando inclusive as tentativas legislativas no sentido de retorno à regra anterior de permissão dessas doações de pessoas jurídicas, ainda que somente aos partidos políticos.

No entanto, discorda-se da hipótese de antecipação da norma em apreço à realidade social, pois como visto no item 3 do presente artigo, onde foram analisados os fundamentos e motivações dessa inovação normativa (combate à corrupção e ao abuso do poder econômico), ambas as formas de incluir essa vedação ao ordenamento jurídico (judicial, por meio da declaração de inconstitucionalidade de tais doações; e legislativa, por meio da aprovação da Lei nº 13.165/2015) derivaram em seus discursos de uma reação às mudanças sociais consubstanciadas na maior insatisfação da população com a corrup-

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Sociologia Jurídica. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 112 ss.

ção e com a crise de representatividade dos políticos. Logo, tal mudança normativa apresenta-se em, *a priori*, consonância com a realidade social, com os anseios da sociedade.

Portanto, das três causas apresentadas por Cavalieri como ensejadoras diretas da ineficácia legal, resta analisar o misoneísmo, ou seja, a aversão às transformações trazidas pela inovação normativa, e verifica-se que tal efeito negativo encontra-se demasiadamente presente no caso em apreço, o que se demonstra pela recusa em aceitar e aderir à norma de vedação às doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais por ambos os grupos diretamente atingidos: políticos e empresários doadores.

Tal recusa é constatada no grupo social dos políticos pela tentativa legislativa de retorno à regra anterior (de permissão das doações de pessoas jurídicas), e no grupo de empresários doadores, pela insistência destes em continuar doando de forma significativa às campanhas eleitorais, de forma indireta, por meio de doações como pessoas físicas, a fim de continuarem influenciando o jogo político.

Quanto às outras duas hipóteses apresentadas por Cavalieri como ensejadoras de efeitos negativos, quais sejam, a omissão da autoridade em aplicar a lei e a inexistência de estrutura adequada à aplicação da lei, entende-se que ambas não estão presentes no caso em análise, posto que a alteração do direito eleitoral em apreço trata-se de uma obrigação negativa, um deixar de fazer, uma vedação a uma conduta anteriormente permitida, logo, não se entende como necessária qualquer estrutura à aplicação da lei, mas tão somente a aceitação e aderência dos grupos sociais diretamente afetados (políticos e empresários).

Entretanto, também pode ser plausível cogitar-se da vantagem de existir um sistema orgânico de controle, uma estrutura que envolveria os Tribunais de Contas e a Justiça Eleitoral, ou uma terceira estrutura (entre ambos) com objetivo específico de exercer esse controle das doações às campanhas eleitorais.

Ademais, considerando que toda norma precisa de uma mínima estrutura para fiscalizar seu cumprimento, entende-se que tal estrutura já está presente no caso em apreço, posto que o Tribunal Superior Eleitoral, que inclusive fez parceria com diversos outros órgãos públicos como Tribunal de Contas da União para analisar as contas das campanhas de 2016, já possui estrutura para a fiscalização do cumprimento não apenas desta norma eleitoral, mas também de todas as demais regras que regem o processo eleitoral, por meio do julgamento das prestações de contas das campanhas eleitorais, embora haja sempre melhorias possíveis e necessárias na forma de execução da fiscalização, bem como da estrutura de tais órgãos.

Dessa forma, verifica-se que dentre todos os efeitos negativos da norma apresentados por Cavalieri, o misoneísmo de ambos os grupos sociais (políticos e empresários) diretamente envolvidos com a vedação em análise parece ser o principal (juntamente com a possível melhoria na estrutura de fiscalização da norma) que se destaca como ensejador da ineficácia dessa inovação do direito eleitoral.

Ademais, ressalta-se ainda que por todo o exposto na presente pesquisa, evidencia-se que a inovação do direito eleitoral aqui em debate foi aprovada sem muita preocupação, por parte de quem a elaborou (poderes legislativo e executivo – sanção presidencial), com a real eficácia de tal norma, o que nos remete ao conceito de legislação-álibi trazida por Marcelo Neves⁶⁶, nos seguintes termos:

O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão “legislação-álibi”. Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. (grifos nossos)

Em sua crítica à confirmação de valores sociais sem a preocupação real com a eficácia das normas, Marcelo Neves⁶⁷ afirma ainda que os grupos que se encontram envolvidos nos debates pela prevalência de determinados valores sociais interpretam a aprovação da lei que regulamenta em conformidade com tais valores como uma forma de superioridade ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes, no entanto, secundária a eficácia normativa da respectiva lei.

Cavalieri Filho⁶⁸ também chama atenção para o fato de o Brasil ser conhecido por tentar resolver problemas elaborando leis, sem, todavia, executá-las. Como afirma o autor, edita-se a lei, faz-se grande propaganda, divulga que o problema está resolvido, e nada é feito no sentido de executá-la. Confunde-se o projeto com a realização, a intenção de resolver o problema com a solução em si. E quando a lei é aprovada e nada faz acontecer, em vez de se discutir o que fazer para dar-lhe execução, os legisladores se reúnem e aprovam outra lei.

⁶⁶ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. pp. 36 ss.

⁶⁷ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 33.

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Sociologia Jurídica. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 119.

E como salientado por Marcelo Neves⁶⁹, a legislação-álibi não só não ajuda na solução dos problemas sociais como pode inclusive atrapalhar, posto que à medida que a legislação-álibi decorre da tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso, obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos.

Desta forma, ressalta-se que outro motivo para a evidente ineficácia (até o momento, considerando a experiência das eleições de 2016) pode ser o uso de tal norma como legislação-álibi por parte dos seus elaboradores.

5. CONCLUSÃO

A vedação das doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, apesar de ter se desenvolvido como um produto das mudanças sociais, não conseguiu se demonstrar uma norma com plena eficácia, nem conseguiu implementar as transformações sociais almejadas na sua aprovação, posto que ainda resta evidente a influência intensa do poder econômico sobre o processo político das eleições. Apesar do Supremo Tribunal Federal se mostrar, em sua própria visão, atento aos fatos sociais, o mesmo não pode mudar as estruturas sociais, como destaca Ramón Soriano, sendo difícil conceber que uma reforma eleitoral possa advir de uma decisão, mesmo que da mais alta corte do País.

Dessa forma, até o presente momento, a partir da experiência das eleições de 2016, não se vislumbra qualquer efeito dessa inovação do direito eleitoral como agente de mudanças sociais. E tendo como base os ensinamentos de Cavalieri destacados na presente pesquisa, verifica-se que dentre todos os efeitos negativos da norma apresentados por Cavalieri, o misoneísmo de ambos os grupos sociais (políticos e empresários) diretamente envolvidos com a vedação em análise parece ser o principal (juntamente com a possível melhoria na estrutura de fiscalização da norma) que se destaca como ensejador da ineficácia dessa inovação do direito eleitoral.

Cumpre frisar, que o tema do financiamento de campanhas eleitorais está inserido em uma discussão muito mais ampla que se refere às urgentes e ainda necessárias reformas política e eleitoral, entretanto, no presente estudo, fez-se um recorte temático para analisar tão somente a vedação de doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, mas sabe-se que essa reforma político-eleitoral ainda carece de muitas outras urgentes e profundas alterações,

⁶⁹ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 39.

como aquelas sugeridas pelo Ministro Luís Roberto Barroso⁷⁰: redução dos custos das campanhas eleitorais e da influência do poder econômico; adoção do sistema distrital misto; vedação à reeleição; implantação do sistema de financiamento público das campanhas eleitorais, dentre outras.

Os problemas do Brasil relativos à economia, à sociologia e à civilização, são tão novos, peculiares e dispostos de modo tão indistinto, em consequência da vastidão do país, que cada um deles exigiria um grupo de especialistas para esclarecê-los⁷¹.

Como forma de demonstrar a ampla dimensão da discussão a ser ainda posta sob o tema da reforma política, vale destacar ainda outras propostas apresentadas por Silva e Silva⁷², ao analisarem e sugerirem uma reforma da estrutura partidária do Brasil com base no que denominaram de dever fundamental de participação política: proibição de coligações temporárias e permissão de federações partidárias (coligações que permaneçam como tais para além do período eleitoral); adoção do sistema de lista fechada; e uma espécie de eleição prévia dos candidatos lançados pelos partidos políticos, de forma que o eleitor também se sinta corresponsável em conjunto com os partidos políticos por tais escolhas.

Esclarece-se que com a apresentação das diversas propostas acima elencadas, não se está afirmando que esta ou aquela seja suficiente ou melhor que outras aqui não enunciadas para solucionar a carência de uma reforma política no Brasil, no entanto, tais propostas são apresentadas tão somente com o intuito de evidenciar a imensa dimensão da discussão ainda a ser travada sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

BARROS, Ana Paula Alves. O aumento de denúncias de crime contra as mulheres: A necessidade de um novo olhar. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 130, nov. 2014. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15518>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. A Reforma Política: Uma Proposta de Sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=50>. Acesso em: 25.06.2017.

⁷¹ FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Sociologia jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Setemares Editora, 1991, p.57-61

⁷² SILVA, Alice Rocha da; e SILVA, Matheus Passos. Uma proposta de reforma da estrutura partidária do Brasil com base no dever fundamental de participação política. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. V. 36.2, jul./dez. 2016, p.61.

BARROSO, Luís Roberto. A Reforma Política: Uma Proposta de Sistema de Governo, Eleitoral e Partidário para o Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=50>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRAMATTI, Daniel e HUPSEL FILHO, Valmar. Alvos da Lava Jato bancam 40% das doações privadas a PT, PMDB e PSDB . **Estadão**, São Paulo, 29 mar. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,alvos-da-lava-jato-bancam-40-das-doacoes-privadas-a-pt-pmdb-e-psdb,1659827>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

BRANDÃO, Adelino. Iniciação à Sociologia do Direito. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.735 de 2013. Projeto Original. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=580148>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.735 de 2013. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Parecer às Emendas de Plenário. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1570623>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 182/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373327>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BRASIL. Imprensa Nacional. Lei nº 13.165/2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 nov. 2015 - Edição Extra da Seção 1. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=29/09/2015&jornal=1000&pagina=1&totalArquivos=32>>. Acesso em 1º jul. 2017.

BRASIL. Imprensa Nacional. Lei nº 13.165/2015 (partes) - **Diário Oficial da União** de 26/11/2015. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=26/11/2015>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

BRASIL. Imprensa Nacional. Mensagem nº 358, de 29 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União** de 29/09/2015 - Edição Extra da Seção 1. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=29/09/2015&jornal=1000&pagina=30&totalArquivos=32>>. Acesso em 1º jul. 2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Disponível em: <https://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/cnpj/cnpjreva/cnpjreva_solicitacao2.asp>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. SPM divulga balanço da Central de Atendimento à Mulher: Dados do Ligue 180 revelam que, de abril de 2006 a outubro de 2009, foram registrados 791.407 atendimentos. Em quatro anos, aumento no número de registros foi de 1.704%. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/area-imprensa/ultimas_noticias/2009/11/not_divulga_180_atendimento>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Emenda nº 36 ao Projeto de Lei nº 75/2015. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3628328&disposition=inline>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Fim das doações de empresas é o destaque da reforma política aprovada pelo Senado. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/12/29/fim-das-doacoes-de-empresas-e-o-destaque-da-reforma-politica-aprovada-pelo-senado>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

BRASIL. Senado Federal. PEC retoma polêmica das doações empresariais para campanhas. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/18/pec-retoma-polemica-das-doacoes-empresariais-para-campanhas>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 75/2015. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3628139&disposition=inline>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 113/2015. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122759>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4650. Relator: Ministro Luiz Fux. **DJE**, 24 set. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais. Disponível em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2016/2/13897/60000001319>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Eleições 2016: TCU e TSE realizam oitavo batimento nas prestações de contas de candidatos. Tribunal Superior Eleitoral. Brasília, 28 out. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Outubro/eleicoes-2016-tcu-e-tse-realizam-oitavo-batimento-nas-prestacoes-de-contas-de-candidatos>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.463/2015. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições de 2016. Disponível em: <<http://>

www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234632015.html. Acesso em: 07 jul. 2017.

BUCKINGHAM, Will; et al. **O Livro da Filosofia**. Título original: The philosophy book. O Livro da Filosofia/Tradução: Douglas Kim. São Paulo: Globo, 2011.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CONSULTASOCIO.COM. Sobre o site ConsultaSocio.com. Disponível em: <<http://www.consultasocio.com/static/sobre.html>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

DATAFOLHA INSTITUTO DE PESQUISAS. 47% foram à Avenida Paulista em 15 de março protestar contra a corrupção. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/03/1604284-47-foram-a-avenida-paulista-em-15-de-marco-protestar-contra-a-corrupcao.shtml>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

DATAFOLHA INSTITUTO DE PESQUISAS. Cresce percepção de que maioria dos políticos está envolvida em corrupção. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/12/1722269-cresce-percepcao-de-que-maioria-dos-politicos-esta-envolvida-em-corrupcao.shtml>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

DUARTE, Alessandra. Empresas driblam lei para doar a campanhas eleitorais: Proibidas de contribuir com políticos, elas se valem de seus dirigentes. **O Globo**, Rio de Janeiro, 18 set. 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/empresas-driblam-lei-para-doar-campanhas-eleitorais-20132632>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

DURKHEIN, Émile. **A divisão do trabalho social**. 2.ed Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do direito**. Trad. de René Ernani Gertz. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Sociologia jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Setemares Editora, 1991.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Diretoria de Análise de Políticas Públicas. O perfil das doações: Os recursos dos candidatos do Rio. Disponível em: <<http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/o-perfil-das-doacoes.html>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

GADELHA, Igor. Parlamentares articulam volta de doação de empresa. **Estadão**, São Paulo, 19 set. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,parlamentares-articulam-volta-de-doacao-de-empresa,10000076824>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Reforma Política. Disponível em: <<http://www.reformapoliticademocratica.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Pesquisa-reforma-est.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. USP, 2007. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, 2007.

PINTO, Agerson Tabosa. **Sociologia Geral e Jurídica**. Fortaleza: Qualygraf Editora e Gráfica, 2005.

REFORMA Política. Câmara volta atrás, faz manobra e aprova financiamento empresarial: Com articulação de Eduardo Cunha, parlamentares aprovam proposta que permite que os partidos recebem doações privadas. **Carta Capital**. São Paulo, 27 mai. 2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/parlatorio/camara-volta-atras-faz-manobra-e-aprova-financiamento-empresarial-5490.html>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

SILVA, Alice Rocha da; e SILVA, Matheus Passos. Uma proposta de reforma da estrutura partidária do Brasil com base no dever fundamental de participação política. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. V. 36.2, jul./dez. 2016.

SORIANO, Ramón. **Sociología del derecho**. Barcelona: Ariel, 1997.

VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1987.

Submetido em: 4 jan. 2018. Aceito em: 10 jun. 2018.



REGULAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DAS BANDEIRAS TARIFÁRIAS

*Sérgio Guerra**
*Melina Rocha Lukic***

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a natureza jurídica e a regulação das bandeiras tarifárias instituídas na conta de energia elétrica do consumidor cativo. A partir do estudo da justificativa empírica para a criação das bandeiras tarifárias - necessidade de custear as despesas decorrentes do acionamento de termelétricas em um contexto de falta de recursos hídricos – e da sua função de diminuir a demanda de energia elétrica; desenvolvemos a hipótese segundo a qual a exação representada pelas bandeiras tarifárias não possui natureza jurídica tributária, mas de adicional tarifário. Tal constatação pode ser confirmada por precedente do STF no qual afastou a natureza jurídica tributária de cobranças similares, sob a justificativa de não possuírem o critério da compulsoriedade. Quanto ao aspecto regulatório, demonstramos a juridicidade do papel central da ANEEL na criação e regulação destas bandeiras, dentro de um contexto de “deslegalização” que complementa o marco regulatório do subsistema de energia elétrica.

Palavras-chave

Bandeiras tarifárias. Natureza tributária. Regulação. ANEEL.

Abstract

The aim of this paper is to analyze the legal nature and the regulation of the “tariff flags” established in the electric energy bill of the captive consumers. From the study of the empirical justification for the creation of “tariff flags” - the need to finance the costs resulting from the activation of thermoelectric plants in a context of lack in water resources - and their function of reducing the demand for electricity; we developed the hypothesis according to which the “tariff flags” does not have a tax legal nature, but an additional tariff legal nature. This finding can be

* Pós-Doutor (*Visiting Researcher, Yale Law School*), Doutor e Mestre em Direito. Pós-Doutor em Administração Pública. Diretor e Professor Titular de Direito Administrativo do Programa de Mestrado em Direito da Regulação da Escola de Direito da FGV Rio. Editor da Revista de Direito Administrativo — RDA. Coordenador Geral do Curso Internacional Business Law da University of California - Irvine. Embaixador da Yale University no Brasil. Vogal da Comissão de Arbitragem e Arbitro da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem. Árbitro da Câmara de Arbitragem da Federação da Indústria do Paraná e do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem - CBMA. Consultor jurídico da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ.

** Doutora e Mestre pela Université Paris III – Sorbonne Nouvelle em cotutela com a Universidade Federal de Santa Catarina. Foi professora de Direito Tributário da Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito e pesquisadora do Centro de Pesquisas em Direito e Economia da FGV-Direito Rio. Professora visitante da Universidade de Toronto.

confirmed by a precedent of the STF in which the tax legal nature related to similar charges was not confirmed, under the justification of not having the criterion of compulsory. Regarding the regulatory aspect, we demonstrate the legality of the central role of ANEEL in the creation and regulation of these flags, within a context of "delegitimation" that complements the regulatory framework of the electrical energy subsystem.

Keywords

Tariff flags, tax legal nature, regulation, ANEEL

1. INTRODUÇÃO

A energia elétrica no Brasil é predominantemente gerada por usinas hidrelétricas, que depende de condições climáticas. O país passou, nos últimos tempos, por prolongadas estiagens, causando fortes repercussões ao setor elétrico. Esse fato impactou os níveis dos reservatórios, o que fez aumentar o uso de termelétricas e trazer custos variáveis às distribuidoras de energia elétrica.

Com essas características, o mercado de energia no Brasil é um sistema complexo, que exige regulação setorial, atualmente exercida pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Está dividido em dois ambientes: o ACR (Ambiente de Contratação Regulada), no qual os consumidores são cativos, e o ACL (Ambiente de Contratação Livre), em que os consumidores são livres.

Para se remunerar pelo consumo, a tarifa de energia é um agregado complexo de custos, os quais envolvem geração, transmissão e distribuição, além de perdas de energia (técnicas e não-técnicas), impostos, tributos e encargos.

No Ambiente de Contratação Regulada, os consumidores cativos são aqueles que compram a energia das concessionárias de distribuição às quais as suas unidades estão ligadas. Cada unidade consumidora paga apenas uma fatura de energia por mês, incluindo o serviço de distribuição e a geração da energia.¹

¹ Os consumidores livres, ao contrário, são aqueles que, atendidos em qualquer tensão, tenham exercido a opção de compra de energia elétrica conforme as condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Diferentemente dos cativos, os consumidores livres podem comprar energia elétrica diretamente dos geradores ou dos comercializadores. Essa compra e venda de energia elétrica ocorre mediante contratos bilaterais, sob condições livremente negociadas; isto é, há liberdade na fixação do preço da energia, definição do prazo de contratação, volume etc. Os consumidores livres não se confundem com os consumidores potencialmente livres. Estes, a despeito de cumprir as condições previstas no art. 15 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, compram parte de suas necessidades de energia elétrica no mercado livre e outra parte da distribuidora local, nas mesmas condições reguladas aplicáveis a consumidores cativos, inclusive tarifas e prazo. A Resolução Normativa ANEEL nº 376/2009 determinou que essa espécie de consumidor firme o CCEAL (Contrato de Compra de Energia no Ambiente de Contratação Livre) e o CCER (Contrato de Compra de Energia Regulada), além do Contrato de Conexão às Instalações de Distribuição – CCD ou de Transmissão – CCT e o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição - CUSD ou de Transmissão – CUST.

Nesse ambiente, as tarifas são disciplinadas pela ANEEL que instituiu, por meio de norma regulatória, um acréscimo denominado de Bandeiras Tarifárias². A proposta de instituição de bandeiras tarifárias abrangia duas medidas: (i) atualizar o sinal de longo prazo, ou seja, utilizar a precificação dos contratos; e (ii) colocar um sinal de curto prazo, a fim de repassar um incentivo tarifário ao consumidor que reflita os custos presentes de geração de energia, adequando os sinais tarifários seco e úmido, oriundos da década de 1980, à realidade do setor. A bandeira tarifária Verde indica condições favoráveis de geração de energia, não implicando acréscimo tarifário. As bandeiras tarifárias Amarela e Vermelha indicam condições menos favoráveis e críticas de geração de energia, resultando em adicionais tarifários.

Vale destacar a seguinte explicação dada pela Superintendência de Regulação Econômica da ANEEL – SRE/ANEEL, na Nota Técnica nº 363/2010, para a implantação das bandeiras tarifárias:

O que se busca com essa proposta é dar um sinal para que a carga também se esforce na busca do equilíbrio entre oferta e demanda de energia, porém a um menor custo global. Quando se olha apenas pelo lado da oferta, o uso de insumo com custo mais elevado se justifica dado o maior custo do não atendimento da demanda. Por sua vez, espera-se que a demanda tenha oportunidade de resposta e assim contribua para um ponto de equilíbrio que terá menor custo global de geração³.

A adequação dos sinais tarifários teria por objetivo permitir que os consumidores cátivos gerenciassem suas cargas, de modo que refletissem os custos presentes de geração. De acordo com aquela Superintendência, as bandeiras tarifárias seriam acionadas em caso de variação do PLD ou do ESS_SE (ESS por Segurança Energética) e, portanto, do custo da geração de energia elétrica. Sem as bandeiras tarifárias tal variação só seria percebida pelo consumidor no próximo processo tarifário.

Diante deste contexto, em que as bandeiras tarifárias se tornaram importante instrumento para a precificação da geração de energia elétrica, uma das questões cruciais a ser investigada é quanto a natureza jurídica⁴ e forma de regulação deste instituto. Assim, a hipótese, a ser desenvolvida neste artigo,

² As bandeiras tarifárias incidentes nas contas de consumo de energia elétrica dos consumidores cátivos surgiram, no Brasil, com as Notas Técnicas nº 360/2010-SRE-SRD/ANEEL (proposta geral do projeto) e nº 363/2010-SRE/ANEEL (sinal econômico na tarifa de energia), ambas de 06/12/2010. Nesta, a Superintendência de Regulação Econômica - SRE procurou demonstrar a necessidade de aprimoramento da sinalização da tarifa de energia para o consumidor final.

³ Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Nota Técnica nº 363/2010-SRE/ANEEL, 2010, p. 24.

⁴ O sentido que se quer dar à natureza jurídica pode ser encontrado em MACHADO, Hugo de Brito. Natureza jurídica do empréstimo compulsório. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito - UFC*, v. 31, n. 1, jan./jun. 2017., p. 119 – 134.

é de que as bandeiras tarifárias constituem adicionais de tarifas de serviços públicos, não possuindo natureza tributária. Tendo em vista que o impacto sobre algumas contas mensais dos consumidores cativos gerou um problema prático a ser investigado, se busca neste estudo a construção do conhecimento científico necessário à solução desta dúvida. O objetivo, portanto, da presente pesquisa, após trazer uma visão geral do tema para que o leitor possa se situar no assunto, é analisar, sob a ótica jurídica, o modo em que se operou a regulação e a natureza jurídica das bandeiras tarifárias.

Para isso, descreveremos, em um primeiro momento, como e por que (competência normativa e motivação) essas bandeiras tarifárias foram criadas. Em seguida, analisaremos a competência da ANEEL para dispor sobre o assunto e a aplicação das bandeiras tarifárias à luz do equilíbrio econômico e financeiros dos contratos. Por fim, examinaremos a natureza jurídica das bandeiras tarifárias de acordo com precedente do Supremo Tribunal Federal sobre cobrança de exação semelhante.

A presente pesquisa, sob temática inovadora e original, foi realizada com opção metodológica a partir de uma abordagem multimétodo, o que nos permitiu analisar a questão de maneira ampla e não limitada a uma discussão puramente teórica. Para o desenvolvimento do objeto, adotamos não só uma revisão bibliográfica referente ao tema, com o levantamento de alguns poucos argumentos centrais já existentes na doutrina; mas também uma análise empírica documental (estudo de atas, audiências e consultas públicas), interpretação da legislação e análise jurisprudencial – abordagem esta que nos permitiu a comparação da questão com casos semelhantes submetidos ao Judiciário.

2. DISCUSSÃO PRÉVIA E MOTIVAÇÃO TÉCNICA PARA A CRIAÇÃO DAS BANDEIRAS TARIFÁRIAS

O desenvolvimento do processo de criação das bandeiras tarifárias, na estrutura tarifária das distribuidoras de energia elétrica, foi submetido à Audiência Pública nº 120/2010, perante a ANEEL, em 17 de dezembro de 2010. Na sequência, em 17 de dezembro de 2012 foi produzida a Nota Técnica nº 043/2012-SRC-SRE/ANEEL, visando apresentar uma análise das contribuições resultantes da Audiência Pública nº 095/2012, referentes à proposta de resolução para estabelecer os procedimentos comerciais para a aplicação do sistema de bandeiras tarifárias.

Nesse posicionamento, a ANEEL, com as devidas justificativas, apresentou manifestações referentes às contribuições para o aprimoramento da minuta de resolução que estabeleceria os procedimentos comerciais para a aplicação do sistema de bandeiras tarifárias previstas no Submódulo 7.1 dos Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORET e a respectiva informação aos consumidores de energia elétrica durante o ano de testes.

A referida Audiência Pública foi aberta em 8 de novembro de 2012, tendo por objetivo apresentar à sociedade e entes regulados a proposta de resolução normativa com os procedimentos comerciais para aplicação das bandeiras tarifárias. O prazo para o envio de contribuições encerrou-se em 10 de dezembro de 2012, tendo a ANEEL recebido 11 contribuições durante o período da Audiência Pública nº 095/2012, três destas oriundas de Entidades de Defesa do Consumidor e as demais de Distribuidoras de Energia Elétrica, individualmente ou por meio de sua associação.

Na referida Nota Técnica nº 043/2012-SRC-SRE/ANEEL⁵, merecem ser destacadas as seguintes conclusões que, de forma resumida, fazem referência a três pontos da proposta de resolução, a saber: (i) o prazo para a entrada em vigor da resolução; (ii) a mensagem a ser veiculada nas faturas de energia elétrica; e (iii) a legalidade do sistema de bandeiras tarifárias:

10. Com relação ao prazo para o início do “Ano Teste”, propõe-se que as concessionárias tenham como prazo limite a data limite de 1º de fevereiro de 2013 para iniciar a inclusão da mensagem nas faturas dos consumidores, sendo este considerado um prazo exequível para adequação dos sistemas comerciais para as exigências necessárias ao atendimento do estabelecido para o “Ano Teste”.

11. Com relação à mensagem na fatura de energia elétrica dos consumidores, propõe-se uma alteração na mesma, que passará a ter a seguinte forma: “A partir de 2014 vigorará o sistema de bandeiras tarifárias. A bandeira verde não implicará cobrança adicional. As bandeiras amarela e vermelha, quando acionadas, implicarão tarifas de maior valor, devido ao maior custo de geração. No mês de [informar mês] vigoraria a bandeira [informar bandeira], a qual implicaria [informar o adicional de R\$ 0,015/ kWh ou R\$ 0,030/kWh] de acréscimo ao valor da tarifa, líquido de impostos. Mais informações em www.aneel.gov.br”

12. Adicionalmente, sugere-se que a Resolução Normativa estabeleça que a aplicação do Ano Teste a partir de fevereiro 2013 dar-se-á para todas as concessionárias de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional - SIN. A inclusão de tal comando se faz necessária para evitar o entendimento de que o Ano Teste aplica-se somente às distribuidoras no 3º Ciclo de Revisões.

13. Por fim, esclarecemos que toda a receita obtida pela concessionária com a aplicação dos adicionais das bandeiras amarela e vermelha serão revertidas em prol dos consumidores no reajuste tarifário seguinte.

As bandeiras tarifárias seriam aplicadas a partir do dia 1º de janeiro de 2014; contudo, somente entraram em vigor em 1º de janeiro de 2015. Com

⁵ http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2012/095/resultado/nt-043-ap_95_2012-src-sre-bandeiras_tarifarias_analise_contribuicoes.pdf

efeto, a Resolução Normativa nº 464, de 22 de novembro de 2011, da ANEEL, determinou a vigência a partir de 1º de janeiro de 2014 e o ano de 2013 como ano-teste. Já a Resolução Normativa nº 547, de 16 de abril de 2013, da ANEEL, estabeleceu os procedimentos comerciais para a aplicação do sistema de bandeiras tarifárias. Por fim, a Resolução Normativa nº 593, de 17 de dezembro de 2013, da ANEEL, retardou a vigência para 1º de janeiro de 2015, fixando 2014 também como ano-teste.

Conforme exposto, a origem e a implementação das bandeiras tarifárias foram realizadas por meio de Audiências Públicas, Notas Técnicas e Resoluções Normativas da ANEEL. Esta agência, portanto, claramente teve um papel relevante na estruturação e na regulação desta questão; deste modo passa-se a examinar a competência da ANEEL, como agência reguladora, para estruturar e disciplinar a aplicação das bandeiras tarifárias.

3. FUNÇÃO NORMATIVA DA ANEEL E SUA COMPETÊNCIA PARA DISPOR SOBRE BANDEIRA TARIFÁRIA

A competência da ANEEL para o disciplinamento regulatório das bandeiras tarifárias, conforme mencionado na referida Resolução nº 547, de 16 de abril de 2013, foi estabelecida pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996⁶. Posteriormente, as bandeiras tarifárias foram contempladas em texto legal⁷, com objetivo específico de excluir os consumidores atendidos nos sistemas isolados⁸.

Cabe ressaltar que as normas legais e regulamentares que atribuem competências normativas à ANEEL para definir as bandeiras tarifárias são

⁶ Art. 1º. É instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado. Art. 2º. A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Art. 3º. Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: [...] XIV - aprovar as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, contratada de formas regulada e livre; [...] XVI - homologar as receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios referidos no inciso XV do caput deste artigo; [...] XVIII - definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição, sendo que as de transmissão devem ser baseadas nas seguintes diretrizes: [...] XIX - regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação. [...].

⁷ LEI Nº 13.182, DE 3 DE NOVEMBRO DE 2015.

⁸ Art. 14. O art. 4º da Lei nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 3º e 4º: "Art. 4º. [...] §3º. As bandeiras tarifárias homologadas pela Aneel não são aplicadas aos consumidores finais atendidos nos Sistemas Isolados por serviço público de distribuição de energia elétrica.

abertas, fluidas, conformadas por aspectos reflexivos⁹ (incluindo-se, aí, os conceitos jurídicos indeterminados), dentro da denominada *deslegalização* ou *destipização*. Essa característica é destacada por Ana Raquel Gonçalves Muniz, Professora da Universidade de Coimbra, reportando-se ao fenômeno pós-moderno da “destipização” dos atos administrativos:

Na Alemanha, a expressão ‘discricionariedade regulatória’ (Regulierungsermessen) foi utilizada, pela primeira vez, numa decisão do Bundesverwaltungsgericht de 2007, que, a propósito dos poderes do regulador das telecomunicações (o Bundesnetzagentur) em matéria de acesso à rede, entendeu que o legislador confere um amplo espaço de escolha e de conformação àquela entidade, onde predomina a realização de ponderações complexas entre os interesses públicos e privados em presença – o que configura o reconhecimento de uma ‘discricionariedade regulatória’. O conceito pretende, por conseguinte, reportar-se às decisões das entidades reguladoras, que, nos termos da lei (*rectius*, mercê da abertura proposta da habilitação legal), são dotadas de uma liberdade de conformação e de prerrogativas de avaliação, em contextos de risco, caracterizados pela necessidade de realização de juízos técnicos, de prognose e de racionalização de recursos, polarizados em decisões estratégicas (*hoc sensu*, decisões que corporizam uma estratégia regulatória), cuja repetição se revela impossível em sede de controlo jurisdicional, o qual assumirá, por consequência, uma feição muito atenuada. A discricionariedade regulatória manifesta-se quer na prática de atos administrativos, quer na emanação de regulamentos. A relação entre a discricionariedade regulatória e a prática de atos administrativos pelas entidades reguladoras projeta-se, simultaneamente, na forma como o legislador lhe confere poder decisório e no tipo de juízo àquelas exigido aquando da tomada de decisões. No que tange à primeira observação, reportamo-nos ao fenómeno da destipização dos atos administrativos. Nestas hipóteses, e afastando-se precisamente do princípio da tipicidade dos atos – o qual pressupõe a fixação, pelo legislador, dos respetivos efeitos em função do interesse público que se destinam a prosseguir –, a lei limita-se a fixar os objetivos ou os fins a atingir (ou, para alguns, os resultados a alcançar), assumindo-se como uma simples habilitação formal, remetendo a modelação dos efeitos dos atos para a Administração¹⁰.

⁹ Sobre a reflexividade na regulação, ver GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre a escolhas administrativas*. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹⁰ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa. In. *A crise e o direito público: VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público*. Pedro Gonçalves e Carla Amado Gomes (Coord.). Edição de Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Outubro de 2013.

Ao atribuir ao regulador tarefas públicas de regulação, o Legislador está legitimado para conferir a essa função um âmbito de responsabilidade própria, sobretudo na avaliação de questões técnicas, na ponderação de interesses contraditórios e na apreciação das evoluções futuras¹¹. As modificações na prestação dos serviços públicos de energia elétrica se realizam em conformidade com a dinâmica da competência mercadológica. O Estado, dessa forma, tem que ponderar sua capacidade de resposta com o objetivo de alcançar os fins impostos pelo interesse público¹².

A título ilustrativo, recente decisão do Tribunal Regional Federal da 4^a Região apresentou caso típico de deslegalização no setor de energia elétrica, nos autos do AG 5045834-30.2016.404.0000, que tramitou perante a Terceira Turma, em que foi Relator o Desembargador Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Destacou-se no julgado a descentralização normativa de aspectos técnicos que constitui fundamento da ação regulatória:

(...) A despeito dos fundamentos expostos pela parte autora, a Lei 10.848/2004 (resultante da conversão da MP 144/2003), a qual dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, modificou os marcos institucional e regulatório do setor elétrico. Neste novo modelo do setor elétrico, que enfatizou a observância da modicidade tarifária para os consumidores, da continuidade e qualidade na prestação do serviço, da justa remuneração aos investidores e da universalização do acesso aos serviços de energia elétrica e do seu uso, o papel atribuído ao CNPE ganhou destaque. - Razoável, pois, o entendimento de que ao editar as Resoluções combatidas na ação de origem, o Conselho Nacional de Política Energética limitou-se a dispor sobre questões atinentes aos mecanismos de aversão ao risco, mediante rateio entre os agentes, na busca do racional aproveitamento dos recursos energéticos, a bem inclusive da sanidade do Sistema Interligado Nacional-SIN, o qual, a despeito de centrado na matriz hidrelétrica, contempla também, notadamente em períodos de crise no ciclo hidrológico, a matriz térmica. - O regime de contratação de energia, tanto entre os agentes, como entre esses e os consumidores, tem suas balizas, inclusive as atinentes à política tarifária, determinadas por lei em sentido formal, mas não prescinde da ação normativa da Administração, a qual, em certa medida, pode sobre o tema dispor, inclusive no que toca ao suprimento de energia, sempre levando em conta a segurança do sistema e modicidade de tarifas. E nesse

¹¹ Cf. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 31.

¹² Cf. MEILÁN GIL, José Luis. *Progreso tecnológico y servicios públicos*. Madrid: Civitas, 2006. p. 127.

particular, em princípio, avulta a atuação do CNPE, mesmo porque no campo das variáveis técnicas, mormente se relacionadas a circunstâncias conjunturais, a atuação legislativa nem sempre é factível. - Assim, em perfunctória análise, a edição das Resoluções questionadas está inserida no processo de *deslegalização* que ganhou força com o advento da Lei 10.848/2004 e do Decreto 5.163/2004, alterando os marcos institucional e regulatório do setor. Deste modo, em princípio, sem ofensa à Constituição Federal, em especial ao seu artigo 175, parágrafo único, III, foi conferido ine-gável protagonismo ao CNPE. - Enfatizado o papel das entidades e órgãos encarregados da regulação do setor, os novos marcos certamente pressupõem necessária descentralização normativa, que, quanto a aspectos técnicos, em rigor, constitui inclusive fundamento da ação regulatória. Regulação, de fato, implica, ao menos em certa medida, poder normativo. Nessa linha, ponderável admitir-se que a Lei 10.848/2004 e o Decreto 5.163/2004 (ao contemplarem o pagamento de um encargo destinado à cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive aqueles decorrentes da geração despachada independentemente da ordem de mérito, por restrições de transmissão dentro de cada submercado), conferiram poder normativo ao CNPE no que toca a critérios técnicos que influenciam na política tarifária, sem com isso violar o inciso III do parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal. - Desprovimento do agravo de instrumento no qual postulado o deferimento de tutela de urgência.

A competência da ANEEL para regular questões envolvendo as bandeiras tarifárias decorre, portanto, deste fenômeno de deslegalização, destipicização e de descentralização normativa de aspectos técnicos da decisão administrativa. Esta atribuição de competência à Agência Reguladora pode indicar pistas para a natureza jurídica das bandeiras tarifárias, conforme examinaremos abaixo. Além disso, cumpre analisar a sua função normativa no disciplinamento dos adicionais das bandeiras tarifárias especificamente no contexto do reequilíbrio econômico e financeiro dos contratos, conforme desenvolveremos a seguir.

4. OS ADICIONAIS DAS BANDEIRAS TARIFÁRIAS AMARELA E VERMELHA À LUZ DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DOS CONTRATOS¹³

Um dos fundamentos para a instituição das bandeiras tarifárias, de acordo com os normas que as regulam, parece estar ligado à necessidade de se

¹³ Sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, nos baseamos no texto desenvolvido no artigo de autoria do primeiro autor deste artigo: GUERRA, Sérgio. *Concessões de serviços públicos: aspectos relevantes sobre o equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno (TIR)*. In *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. (Egon Bockmann Moreira – Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2016.

atender ao equilíbrio econômico-financeiro no fornecimento de energia elétrica por parte das concessionárias. O equilíbrio econômico-financeiro da concessão constitui princípio constitucionalmente assegurado, podendo ser inferido do art. 37, XXI, da Constituição Federal, quando se refere à exigência de “manutenção das condições efetivas da proposta” nos pagamentos relativos aos serviços contratados em regra mediante licitação¹⁴, igualmente positivado no art. 9º, §4º, da Lei nº 8.987/95.¹⁵

O reequilíbrio pode ser feito por meio de revisão ordinária e extraordinária¹⁶. A lei de concessões confere ao concessionário o direito à revisão da tarifa quando houver alterações nos tributos incidentes sobre a atividade (à exceção daqueles relativos à renda)¹⁷. Contudo, em alguns casos, também legislações setoriais, editais e contratos de concessão preveem o direito à revisão na hipótese de determinados eventos que não são passíveis de ingerência pela concessionária, como a majoração do custo de insumos essenciais à execução da atividade concedida. Adicionalmente, os editais e os contratos de concessão aludem à revisão periódica da tarifa, relativamente a fatores que tenham ocasionado perdas ou ganhos imprevisíveis para qualquer das partes e que tenham, nesse sentido, alterado o equilíbrio econômico-financeiro.

A revisão tarifária contratual e legalmente prevista impõe-se como adequado mecanismo para a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, destinando-se a estabelecer novos níveis tarifários para a concessionária, de acordo com as alterações nos custos de serviço. Com efeito, a estabilidade financeira da concessão não deve atender, apenas e limitadamente, ao interesse do concessionário, mas, principalmente, à conveniência da administração, interessada na regularidade do serviço público e, finalmente, ao interesse dos consumidores, destinatários finais da atividade concedida.

Até a implementação do sistema de bandeiras tarifárias as distribuidoras de energia elétrica, em caso de impactos em suas receitas tarifárias, deveriam

¹⁴ Art. 37. (...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹⁵ §4º. Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

¹⁶ Sobre a diferença entre os institutos, Marçal Justen Filho observa que “o reajuste corresponde à modificação do valor da tarifa para enfrentar elevações normais de custos, relacionadas ao fenômeno inflacionário”. Já a revisão “envolve a possibilidade de modificações imprevisíveis na formação dos custos necessários à prestação dos serviços”. JUSTEN FILHO. Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 263

¹⁷ Nos termos do art. 9º, §3º, da Lei nº 8.987/1995: §3º. Ressalvados os impostos sobre a renda a criação, a alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

aguardar o reequilíbrio econômico e financeiro por meio de reajuste tarifário anual e/ou revisão¹⁸. Esse cenário foi, como dito, alterado com a instituição, pela ANEEL, do regime das bandeiras tarifárias por meio da Resolução nº 547, de 16 de abril de 2013, com as modificações introduzidas pela Resolução Normativa nº 593, de 17 de dezembro de 2013.¹⁹ As bandeiras tarifárias passaram a funcionar como mecanismos de gerenciamento pelo lado da demanda visando reduzir o risco sistêmico do setor elétrico em situações de aumento dos custos de energia²⁰.

¹⁸ Essa sistemática é esclarecida por Rutelly Silva: “A fim de entender o funcionamento das bandeiras tarifárias, é pertinente esclarecer primeiramente como ocorre a definição das tarifas de distribuição de energia elétrica pagas pelos consumidores regulados, ou seja, aqueles que não podem escolher o fornecedor de energia elétrica. Em virtude da legislação do Plano Real e dos contratos de concessão, as tarifas de energia elétrica são fixadas anualmente, por meio de processos de reajuste ou revisão. Dessa forma, na data do reajuste ou da revisão tarifária de cada distribuidora, a Aneel estipula a tarifa para os 12 meses seguintes tendo como base, fundamentalmente: i) os custos não gerenciáveis (ou Parcada A), correspondentes aos gastos das distribuidoras de energia elétrica com a compra de energia elétrica, o serviço de transmissão de energia elétrica, os encargos setoriais e os tributos; ii) os custos gerenciáveis (ou Parcada B), correspondentes aos custos com prestação eficiente do serviço de distribuição de energia elétrica; e iii) a Conta de Compensação de Variação de Valores de Itens da Parcada A (CVA), que representa desvios positivos ou negativos entre os custos não gerenciáveis estimados pela Aneel na data do reajuste ou da revisão e os valores efetivamente desembolsados pela distribuidora para cobrir esses custos ao longo dos 12 meses do período tarifário. De forma simplificada, no processo tarifário anual, a Aneel: – estima os custos não gerenciáveis (a Parcada A) da distribuidora para os 12 meses seguintes; – estipula os custos gerenciáveis (a Parcada B) para os 12 meses seguintes, já deduzidos de um fator de produtividade (o Fator X); – apura o saldo da CVA e o corrige pela Taxa do Serviço Especial de Liquidação e Custódia (SELIC); e – soma os três componentes acima e define o percentual médio de variação da tarifa. A sistemática apresentada é aplicada de forma semelhante nos processos tarifários de reajuste e de revisão. A diferença reside na definição da Parcada B. Na revisão, a Aneel reavalia esse componente a partir da simulação do que seria o custo de uma empresa eficiente. Já no reajuste, a Aneel corrige a Parcada B fixada no processo de revisão por um índice de preço: Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M) ou Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA)”. SILVA, R. M. *Bandeiras Tarifárias: benefício ou prejuízo ao consumidor?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2016 (Texto para Discussão nº 191). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos.

¹⁹ O DIRETOR-GERAL INTERINO DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL, conforme Decreto sem número de 12 de março de 2013, no uso das suas atribuições regimentais, de acordo com deliberação da Diretoria, tendo em vista o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, na Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, na Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, na Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, o que consta do Processo nº 48500.003987/2012-51, e considerando as contribuições recebidas na Audiência Pública nº 95/2012, realizada no período de 8 de novembro de 2012 a 10 de dezembro de 2012, resolve: Art. 1º. Estabelecer os procedimentos comerciais para a aplicação das bandeiras tarifárias, observadas as disposições constantes na seção 10 do Submódulo 7.1 dos Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORET.

²⁰ Tal aspecto também é destacado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no levantamento promovido nas seguintes unidades: Agência Nacional de Energia Elétrica; Centrais Elétricas Brasileiras S.A.; Empresa de Pesquisa Energética; Ministério de Minas e Energia; e Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, no âmbito do TC 003.025/2015-2 que visou examinar as medidas emergenciais e estruturantes no âmbito do setor elétrico, com a identificação de possí-

Para melhor compreensão do tema é assinalável que as tarifas de energia elétrica contêm, além dos custos de transmissão e distribuição, previsíveis e independentes de condições climáticas, os custos da geração. O regime de bandeiras tarifárias é o sistema que, de um lado, sinaliza aos consumidores os custos reais da geração de energia elétrica e, de outro, cobra desses mesmos consumidores as variações do custo²¹ de geração de energia elétrica necessárias para promover o reequilíbrio econômico e financeiro devido às distribuidoras.

O sistema de bandeiras tarifárias permite que o consumidor do mercado regulado perceba o aumento de variáveis no mesmo momento em que ocorrer.

veis aperfeiçoamentos e recomendações, sendo Relator o Ministro José Múcio Monteiro, Acórdão nº 2519/2015 – TCU – Plenário, em julgamento realizado em 14/10/2015: “4.2.2. Bandeiras Tarifárias. 200. Uma das medidas regulatórias indutoras de uso racional da energia foi a aplicação do Sistema de Bandeiras Tarifárias. Essa medida, que foi adotada este ano em consonância com o Realismo Tarifário, para sinalizar as condições de geração de energia elétrica no país, tem impacto direto na vida do consumidor. Por meio dela, o preço da energia é ajustado mensalmente em conformidade com a elevação ou redução de gastos do setor, trazendo realismo para o preço da eletricidade. 201. O sistema considera o rateio compartilhado entre todas as distribuidoras do SIN, dos gastos extraordinários com o uso das térmicas, bem como os adicionais das distribuidoras, a exemplo da compra extra de energia. 202. O sistema prevê a classificação dos custos da geração, com base no maior valor do Custo Variável Unitário – CVU – da última usina a ser despachada por ordem de mérito ou por segurança energética, em três níveis: (i) bandeira verde significa condições favoráveis de geração e tarifa normal, sem acréscimo; (ii) bandeira amarela indica que os custos de geração estão aumentando, e por conseguinte ocorre acréscimo na tarifa (R\$ 2,50 para cada 100 quilowatt-hora (kWh) consumidos; e (iii) bandeira vermelha sinaliza maiores custos (o acionamento de grande quantidade de termelétricas, por exemplo), implicando acréscimo ainda maior na tarifa (R\$ 5,50 para cada 100 quilowatt-hora (kWh) consumidos. [...] 204. Dessa forma, tal medida atende a duas razões: (i) aumentar a tarifa no momento em que se verifica problemas hidrológicos, de forma a induzir diminuição de consumo e; (ii) diminuir a necessidade de aumento expressivo no capital de giro das distribuidoras, que pagam a compra de energia mensalmente, mas só teriam o repasse necessário para a cobertura dos maiores custos de compra no reajuste anual seguinte. 205. A medida tem previsão legal/normativa - Decreto 8.401/2015 e Resolução Normativa 547 (Aneel), de 16/4/2013, que estabelece os procedimentos comerciais para aplicação do sistema de bandeiras tarifárias. Note-se que embora a Resolução Normativa da Aneel datada de 2013, ela somente foi implementada em 2015. Essa demora para a elevação dos valores das tarifas, que pode ter relação com a promessa de redução tarifária em 20% e o momento político eleitoral do Brasil, agravou a crise energética, aumentou os valores da energia no mercado de curto prazo, gerando consequências graves para todo o sistema elétrico”.

²¹ Esses custos incidem nos seguintes casos: a) Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente de Contratação Regulada na Modalidade por Disponibilidade – CCEAR D; b) Exposição Involuntária ao mercado de curto prazo por insuficiência de lastro contratual em relação à carga realizada; c) Encargo de Serviços do Sistema – ESS decorrentes das usinas despatchadas fora da ordem de mérito e por ordem de mérito com Custo Variável Unitário – CVU acima do Preço de Liquidação de Diferenças – PLD máximo; d) Ressarcimento da Conta de Energia de Reserva – CONER; e) Exposição ao mercado de curto prazo decorrente de insuficiência de geração alocada no âmbito do Mecanismo de Relocação de Energia – MRE – das usinas hidrelétricas contratadas em regime de cotas, de que trata o art. 1º da Lei nº 12.783, de 2013 (Risco Hidrológico das Cotas); e f) Exposição ao mercado de curto prazo decorrente de insuficiência de geração alocada no âmbito do MRE de Itaipu Binacional (Risco Hidrológico de Itaipu).

Sendo assim, o consumidor poderá optar ou não pelo consumo de energia sabendo *a priori* o quanto lhe custará. Esta característica é de aguda importância para a determinação da natureza jurídica das bandeiras tarifárias. Conforme veremos a seguir, o STF já decidiu que, se determinada exação não tiver o caráter de compulsoriedade, tal cobrança deve ser considerada uma tarifa ou preço público e não um tributo.

Nota-se, então, que as bandeiras tarifárias são mecanismos dinâmicos de gerenciamento pelo lado da demanda,²² com o fim de incentivar a economia do uso de energia e assim diminuir o risco sistêmico do setor elétrico em situações de aumento dos custos de energia, como se constata no atual cenário elétrico brasileiro²³:

As bandeiras tarifárias foram criadas para aperfeiçoar esse processo tarifário, de modo a reduzir o saldo da CVA. Quando as estimativas da Aneel para o custo da distribuidora de energia elétrica com itens da Parcela A divergem do custo real enfrentado pela empresa, há um descompasso entre as receitas a que as distribuidoras têm direito e a recebida junto a seus consumidores. Se a estimativa da Aneel na data do processo tarifário é inferior ao custo real, a distribuidora registra essa diferença na CVA para ser cobrada do consumidor de energia elétrica no processo tarifário seguinte, com correção pela Selic, ou seja, a empresa assume temporariamente esse custo no lugar do consumidor; quando a estimativa é superior, a distribuidora devolve a diferença para o consumidor, também corrigida pela Selic, no processo tarifário seguinte. Dessa forma, o consumidor pode se tornar um devedor ou credor compulsório da distribuidora, sem saber e sem ter mecanismos para se defender quando a estimativa da Aneel é inferior aos custos reais. [...] as bandeiras tarifárias amenizaram os impactos financeiros ao consumidor e às distribuidoras de energia elétrica.²³

No caso do Brasil, predominantemente um sistema elétrico de matriz hidrotérmica, sustenta-se, tecnicamente, que as bandeiras tarifárias são essenciais na diminuição da demanda e, portanto, do despacho de usinas termelétricas, cujo preço da energia é mais caro. Assim, diminui-se o risco sistêmico num contexto de alta escassez de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica.

²² Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica – ABRADEE. Bandeiras Tarifárias, 2014, p. 6. Disponível na internet: www.abradee01.org/uploaded/BandeirasTarifarias_7371.pdf.

²³ SILVA, R. M. *Bandeiras Tarifárias: benefício ou prejuízo ao consumidor?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2016 (Texto para Discussão nº 191). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos.

As bandeiras tarifárias, como adicional tarifário, são devidas pelos custos decorrentes do acionamento das termelétricas em cenário hidrológico adverso e à exposição aos preços de liquidação no mercado de curto prazo (spot) que afetem os agentes de distribuição de energia elétrica conectados ao Sistema Interligado Nacional - SIN²⁴. Para operacionalizar os recursos, o citado Decreto nº 8.401, de 4 de fevereiro de 2015, criou a Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias (CCRTB).

A criação da CCRTB é explicada em detalhes pelo estudo de autoria de Rutelly Silva:²⁵

A CCRTB é destinada a administrar os recursos decorrentes da aplicação das bandeiras tarifárias. Por isso, os valores provenientes das bandeiras tarifárias arrecadados pelas distribuidoras de energia elétrica devem ser recolhidos à CCRTB. A Aneel identifica as necessidades de cada uma das empresas para honrar seus compromissos com a geração por fonte termelétrica e com a liquidação no mercado de curto prazo e autoriza a transferência do montante correspondente. Na prática, as distribuidoras, quando arrecadam mais do que deveriam receber, recolhem à CCRTB apenas a diferença; quando arrecadam menos, recebem da CCRTB a diferença. Portanto, algumas empresas são credoras e outras devedoras da CCRTB.

Nos termos da Nota Técnica nº 28/2015-SGT/ANEEL²⁶, com a edição do Decreto nº 8401/2015, os recursos provenientes da aplicação das bandeiras tarifárias, pelos agentes de distribuição, passaram a ser revertidos à CCRTB. Estes recursos são repassados aos agentes de distribuição considerando a diferença entre os valores realizados dos custos de geração por fonte termelétrica e da exposição aos preços de liquidação no mercado de curto prazo, que afetam os agentes de distribuição de energia elétrica conectados ao SIN, e a cobertura tarifária vigente.

Os recursos obtidos a partir das bandeiras tarifárias (amarela e vermelha) ficam disponíveis na “Conta Bandeiras” e são repassados, mensalmente, às distribuidoras que possuírem direito ao crédito, no processo de liquidação financeira do mercado de curto prazo. Nesse contexto, diferentemente do modelo anterior, em que os custos com compra de energia pelas distribuidoras

²⁴ Nesse sentido, dispõe o Decreto nº 8.401, de 4 de fevereiro de 2015: Art. 2º As bandeiras tarifárias serão homologadas pela ANEEL, a cada ano civil, considerada a previsão das variações relativas aos custos de geração por fonte termelétrica e à exposição aos preços de liquidação no mercado de curto prazo que afetem os agentes de distribuição de energia elétrica conectados ao Sistema Interligado Nacional - SIN.

²⁵ SILVA, R. M. *Bandeiras Tarifárias: benefício ou prejuízo ao consumidor?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2016 (Texto para Discussão nº 191). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos.

²⁶ http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/006/documento/nota_tecnica_28_sgt.pdf

eram incluídos no cálculo de reajuste das tarifas dessas distribuidoras e repassados aos consumidores anualmente - quando a tarifa reajustada passava a valer para os mesmos - com as bandeiras tarifárias parte do reajuste anual concedido às distribuidoras é diluído. Nesse caso, são considerados os custos realizados da geração de energia por fonte termelétrica e das exposições ao mercado de curto prazo, apurados pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE conforme Regras de Comercialização e Mecanismo Auxiliar de Cálculo – MAC.

É importante destacar que a CCRBT não descharacterizará o processo de reajuste e revisão tarifária das distribuidoras, conforme Nota Técnica nº28/2015-SGT/ANEEL²⁷, de modo que os valores recebidos das bandeiras tarifárias integrarão os cálculos daqueles procedimentos:

Com a aplicação do sistema de bandeiras e a criação da Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias, recomenda-se que nos processos tarifários (ordinários ou extraordinários) sejam realizados os seguintes procedimentos: a) Os CCEARs por disponibilidade sejam valorados pela previsão mensal de CMO informado pelo ONS, cujo valor será limitado a R\$ 200/MWh; b) Não seja concedida previsão para o custo de Encargo de Serviços do Sistema por Segurança Energética – ESS_SE, c) Não seja concedido repasse do custo estimado do montante de sobrecontratação ou exposição ao mercado de curto relativo ao ano civil corrente de aplicação do processo tarifário. Para este item, deve-se revogar o inciso II do art. 6º da REN 255/2007. d) Na apuração da CVA do ano posterior devem ser consideradas as receitas líquidas de bandeiras tarifárias, isto é, Receita Faturada menos aporte realizado à Conta mais repasse recebido da Conta.

Em resumo, de acordo com a ANEEL, a tarifa de energia elétrica não se confunde com os valores indicados nas bandeiras tarifárias. Enquanto “as tarifas representam a maior parte da conta de energia dos consumidores e dão cobertura para os custos envolvidos na geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, além dos encargos setoriais”, as bandeiras tarifárias “refletem os custos variáveis da geração de energia elétrica”²⁸, de acordo com a utilização das usinas. Antes da existência do sistema de bandeiras, os custos com a geração de energia elétrica em condições desfavoráveis só eram repassados no preço da tarifa para o contribuinte em momento posterior, quando do eventual reajuste. Por essa razão, a ANEEL preconiza que as bandeiras tarifárias não implicam em custo adicional para os consumidores; trata-se de uma forma

²⁷ http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/006/documento/nota_tecnica_28_sgt.pdf

²⁸ Disponível em <http://www.aneel.gov.br/bandeiras-tarifarias> consultado em 10 de dezembro de 2017.

transparente de informar aos mesmos, mês a mês, o custo da geração de energia elétrica que será cobrada²⁹.

Esta diferenciação entre a tarifa e os adicionais correspondentes às bandeiras tarifárias levanta a questão quanto à natureza jurídica destas, assunto que será tratado a seguir.

5. NATUREZA JURÍDICA DAS BANDEIRAS TARIFÁRIAS

Conforme acima explicado, o regime de bandeiras tarifárias, estruturado no âmbito de um arranjo regulatório da ANEEL, sob o ponto de vista do equilíbrio sistêmico, foi implantado para cobrir os custos variáveis de geração da energia elétrica do momento em que estão sendo incorridos pelas distribuidoras, para posterior consideração nos processos de reajuste/revisão tarifária, enquadrando-se no disposto na Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993.³⁰

Neste contexto, ganha relevo a determinação da natureza jurídica das bandeiras tarifárias: podem ser consideradas como adicionais tarifários ou se revestem de outra natureza – como tributária, por exemplo. A natureza jurídica tributária poderia ser apontada caso as bandeiras tarifárias se enquadrarem no conceito legal de tributo previsto no artigo 3º do Código Tributário Nacional. Este dispõe que “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Caso se verifique a natureza tributária das bandeiras tarifárias, o regime jurídico aplicável seria o tributário, devendo neste caso observar todos os princípios dele decorrente, tais como princípio da legalidade, anterioridade e tipicidade.

Para examinar esta questão faz-se pertinente analisar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 576.189/RS, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu, em Repercussão Geral, que os encargos de capacidade emergencial, de aquisição de energia elétrica emergencial e de energia livre adquirida no MAE (conhecidos como “seguro-apagão”), instituídos pela Lei nº 10.438 de 2002, eram constitucionais e tinham a natureza jurídica de tarifa ou preço público e não de tributo³¹.

²⁹ Disponível em <http://www.aneel.gov.br/bandeiras-tarifarias> consultado em 10 de dezembro de 2017.

³⁰ Art. 1º Os níveis das tarifas de fornecimento de energia elétrica a serem cobradas de consumidores finais serão propostos pelo concessionário, ao Poder Concedente, que os homologará, observado o disposto nesta Lei. [...] § 2º Os níveis das tarifas a que se refere o "caput" deste artigo corresponderão aos valores necessários para a cobertura do custo do serviço de cada concessionário distribuidor, segundo suas características específicas, de modo a garantir a prestação dos serviços adequados.

³¹ STF, Recurso Extraordinário nº 576.189, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009. EMENTA: TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ENCARGOS

A decisão do STF neste caso é relevante para a determinação da natureza jurídica das bandeiras tarifárias haja vista que estas possuem características semelhantes, em seus aspectos essenciais, aos encargos emergenciais criados pela Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002 (“seguro-apagão”). De maneira análoga a esses, nas bandeiras tarifárias o custo do serviço de geração passa a ser repassado gradualmente, via tarifa, conforme a variação do uso da energia gerada pelas termelétricas e compra no mercado spot, sinalizando aos consumidores quando há escassez na oferta de energia e, por consequência, aumento do preço na sua aquisição.

No julgamento do referido recurso, o relator Ministro Ricardo Lewandowski sustentou que os encargos emergenciais não teriam a natureza jurídica de tributos porque a eles faltaria o elemento da compulsoriedade, previsto no artigo 3º do Código Tributário Nacional. Segundo o ministro: “a obrigação de pagar os encargos em questão estava diretamente jungida à hipótese de tratar-se ou não o obrigado de consumidor de energia elétrica provinda do Sistema Interligado Nacional. Isso significa que os encargos definidos na Lei 10.438/02 não eram de pagamento compulsório, porquanto os consumidores poderiam valer-se de outros meios para a obtenção de energia elétrica que não a proveniente do Sistema Interligado Nacional, mediante geradores próprios, por exemplo”³².

A ausência de compulsoriedade, fator determinante para a descaracterização da natureza jurídica tributária, também foi apontada por outros ministros. O Ministro Eros Grau corroborou com esta perspectiva ao afirmar que “[o] serviço de que se cuida é facultativo e quem dele quiser fazer uso há de

criados pela Lei 10.438/02. NATUREZA JURÍDICA CORRESPONDENTE A PREÇO PÚBLICO OU TARIFA. INAPLICABILIDADE DO REGIME TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPULSORIEDADE NA FRUIÇÃO DOS SERVIÇOS. RECEITA ORIGINÁRIA E PRIVADA DESTINADA A REMUNERAR CONCESSIONÁRIAS, PERMISSIONÁRIAS E AUTORIZADAS INTEGRANTES DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL. RE IMPROVIDO. I - Os encargos de capacidade emergencial e de aquisição de energia elétrica emergencial, instituídos pela Lei 10.438/02, não possuem natureza tributária. II - Encargos destinados de compulsoriedade, razão pela qual correspondem a tarifas ou preços públicos. III - Verbas que constituem receita originária e privada, destinada a remunerar concessionárias, permissionárias e autorizadas pelos custos do serviço, incluindo sua manutenção, melhora e expansão, e medidas para prevenir momentos de escassez. IV - O art. 175, III, da CF autoriza a subordinação dos referidos encargos à política tarifária governamental. V - Inocorrência de afronta aos princípios da legalidade, da não-afetação, da moralidade, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade. VI - Recurso extraordinário conhecido, ao qual se nega provimento.

(RE 576189, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO Dje-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-07 PP-01424 RIP v. 11, n. 56, 2009, p. 291-304 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 249-268)

³² STF, Recurso Extraordinário nº 576.189, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009, p. 14.

suportar esse ônus. Aí não há obrigação; há uma adesão, para que se remova um obstáculo”³³.

Exatamente por esta razão, apesar de os encargos emergenciais apresentarem o caráter de prestações pecuniárias pela contraprestação à utilização de um serviço público, assemelhando-se às taxas, esses seriam, na realidade, preços públicos ou tarifas. Os ministros do Supremo Tribunal Federal também decidiram que o fato da parcela, ou mesmo integralidade, do valor da tarifa ter como destinatário terceiro responsável pelo custeio, manutenção, melhora e expansão do serviço de prestação de energia, não descharacterizaria a natureza jurídica dos encargos.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 576.189/RS deve ser, portanto, considerada como um precedente importante para a configuração da natureza jurídica das bandeiras tarifárias. As mesmas razões utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal para decidir acerca da natureza jurídica dos encargos emergenciais também são aqui aplicáveis, isto é, de que não há compulsoriedade na cobrança de bandeiras tarifárias.

Com efeito, o STF entendeu que não havia compulsoriedade porque o fornecimento de energia elétrica decorre de uma relação contratual e porque os consumidores ainda podem valer-se de outros meios para a obtenção de energia elétrica (tais como geradores próprios, por exemplo). Ou seja, o consumidor tem liberdade para aderir ou não ao serviço oferecido pela concessionária, pagando valor mais elevado na conta em razão da aplicação das bandeiras tarifárias quando há condições desfavoráveis à geração de energia. Só haveria o critério da compulsoriedade, apto a ensejar a natureza tributária, caso este elemento de escolha não estivesse presente e o consumidor fosse obrigado a usufruir do serviço. Dessa forma, prevalecendo o entendimento do STF ao caso em exame, as bandeiras tarifárias teriam natureza jurídica de preço público ou tarifa, assim como os encargos emergenciais pagos no “seguro-apagão”.

Nas bandeiras tarifárias há ainda um outro caráter volitivo a se considerar e que pode ser decisivo para a determinação da sua natureza jurídica. Tendo em vista que as bandeiras amarela e vermelha correspondem a uma cobrança adicional proporcional ao consumo os consumidores têm a faculdade de ajustar o seu consumo para pagarem um valor menor a título de adicional correspondente à respectiva bandeira tarifária aplicável.

Ademais, vale destacar que o arranjo regulatório em comento sempre estará sujeito aos devidos ajustamentos tarifários nos processos de revisão tarifária. Esse arranjo instituído para fazer frente à variação dos custos de geração por fonte termelétrica e à exposição aos preços de liquidação do mercado

³³ STF, Recurso Extraordinário nº 576.189, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2009, p. 28.

spot, estaria em consonância com os termos do art. 175 da Constituição Federal, integrando uma "política tarifária". Sobre esse aspecto, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 9, decidiu que a "implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal" é constitucional³⁴. Este entendimento pode ser aplicado às bandeiras tarifárias, mesmo que estas tenham sido implementadas por meio de resoluções da ANEEL, já que, conforme vimos, esta agência teria competência deslegalizada para a regulação desta questão.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo examinar a natureza jurídica e a regulação das bandeiras tarifárias instituídas na conta de energia elétrica do consumidor cativo.

A forma e os motivos pelos quais as bandeiras tarifárias foram criadas pela ANEEL nos traz importantes definições quanto à natureza jurídica destas. Conforme constatamos, o fundamento para a instituição das bandeiras tarifárias encontra-se ligado à necessidade de custear as despesas decorrentes do acionamento de termelétricas em um contexto de falta de recursos hídricos. Além disso, verificamos que os adicionais correspondentes às bandeiras tarifárias cumprem uma importante função de diminuir a demanda, fazendo com que o risco sistêmico também diminua.

Destaque-se, ainda, que a ausência de compulsoriedade da exação representada pelas bandeiras tarifárias igualmente descarta a possibilidade destas se revestirem de natureza jurídica tributária, o que confirma a hipótese da pesquisa. Tendo em vista

³⁴ AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DÉ 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadões, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descharacteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente." (STF, Ação Direta de Constitucionalidade nº 9, Relator Ministro Néri da Silveira, Relatora para acórdão Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2001).

que as bandeiras tarifárias correspondem a um adicional a ser cobrado conforme o consumo de energia, os consumidores têm a opção de diminuir o seu consumo para pagar um valor menor a título deste adicional. A natureza jurídica de tarifa das bandeiras tarifárias ainda pode ser confirmada à luz de precedente do STF que reafirmou a natureza jurídica de tarifa das cobranças relativas ao “seguro apagão”.

Quanto ao aspecto regulatório, demonstramos a juridicidade do papel central da ANEEL na criação e regulação destas bandeiras. As funções das ANEEL envolvem o desempenho de uma função normativa que se subsume ao desenvolvimento tecnológico e deve ser conjugada com o atendimento das necessidades e finalidades das políticas públicas setoriais a que essas entidades estão vinculadas. Esse caráter técnico da atuação da ANEEL se revela por meio dos requisitos de formação técnica que a lei impõe a seus dirigentes e, principalmente, pelo fato dos seus atos e normas demandarem conhecimento técnico e científico especializado para que possam ser emanados, aplicados e fiscalizados.

Esta é o caso da bandeira tarifária, cujo arranjo regulatório visa sinalizar aos consumidores cativos os custos reais da geração de energia elétrica e cobrar desses mesmos consumidores as variações do custo de geração de energia elétrica necessárias para promover o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão, devido às distribuidoras.

Vale dizer, a regulação exercida pela ANEEL para adotar medidas como essa se orienta por critérios preponderantemente técnicos, de modo a permanecer equidistante dos interesses do Poder Concedente, dos concessionários de distribuição de energia elétrica e dos consumidores cativos impactados com a medida. A ANEEL, ao criar as bandeiras tarifárias com base em norma deslegalizada e amplo debate por meio de consultas e audiências públicas examinadas, atuou dentro de suas competências definidas e conferidas por lei. Daí vem sua legitimidade para emitir atos normativos dessa natureza e de caráter secundário, com vistas ao detalhamento técnico das normas legais superiores diante do célebre progresso científico e tecnológico (a denominada “técnica-dade”).

Por meio da deslegalização, e dentro do standard previsto em lei, complementa-se o marco regulatório do subsistema especializado de energia elétrica, significando, sob essa forma de atuação, que não estão completamente indicados na lei setorial os meios necessários para se alcançar os fins na atuação dos agentes estatais responsáveis pelo equilíbrio sistêmico.

REFERÊNCIAS

ABRADEE - Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica. Bandeiras Tarifárias, 2014, p. 6. Disponível na internet: www.abradee01.org/uploader/BandeirasTarifarias_7371.pdf.

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. <http://www.aneel.gov.br/bandeiras-tarifarias>

GUERRA, Sérgio. Concessões de serviços públicos: aspectos relevantes sobre o equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno (TIR). In **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas.** (Egon Bockmann Moreira – Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade:** uma nova teoria sobre a escolhas administrativas. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos.** São Paulo: Dialética, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. Natureza jurídica do empréstimo compulsório. **Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito - UFC**, v. 31, n. 1, jan./jun 2017, p. 119-134.

MEILÁN GIL, José Luis. **Progreso tecnológico y servicios públicos.** Madrid: Civitas, 2006.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa. In. **A crise e o direito público:** VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público. Pedro Gonçalves e Carla Amado Gomes (Coord.). Edição de Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Outubro de 2013.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Administrar y juzgar:** dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Madrid: Tecnos, 1993.

SILVA, R. M. **Bandeiras Tarifárias:** benefício ou prejuízo ao consumidor? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/2016 (Texto para Discussão nº 191).

Submetido em: 7 fev. 2018. Aceito em: 28 mar. 2018.



REFLEXÕES SOBRE A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO STF EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

*Denise Lucena Cavalcante**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo refletir sobre as consequências econômicas advindas da modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade em matéria tributária, considerando os elevados valores envolvidos e o risco de desequilíbrio da concorrência de mercado. O atual contexto brasileiro comprova a insegurança jurídica advinda da ausência de parâmetros para aplicação modulação dos efeitos. Não obstante a relevância do art. 27, da Lei n. 9.868/99, o mesmo necessita ser melhor fundamentado e com parâmetros mais claros para garantir a segurança jurídica.

Palavras-chave

Segurança jurídica. Eficácia das decisões judiciais. Modulação dos efeitos.

Abstract

This paper intends to reflect on the economic consequences of the modulation of effects in tax matters argued in decisions rendered by the Supreme Court in Direct Actions of Unconstitutionality, considering the high values involved and the risk of imbalance of market competition. The current Brazilian context proves the legal uncertainty arising from the absence of parameters for the modulation of effects application. Notwithstanding the relevance of art. 27, of Law no. 9.868/1999, its application needs to be better substantiated and made with clearer parameters in order to ensure legal certainty.

Keywords

Legal certainty. Effectiveness of Judicial Decisions. Effects modulation of Supreme Courts' decisions.

* Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutora pela PUC / SP. Professora de Direito Tributário e Financeiro da graduação e pós-graduação (UFC-FA7). Procuradora da Fazenda Nacional — Ministério da Fazenda / Brasil. E-mail: deniluc@fortalnet.com.br.

1. SOBRE A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO ÂMBITO DO STF: EFICÁCIA TEMPORAL DAS DECISÕES E SEGURANÇA JURÍDICA

As reflexões aqui propostas versam sobre a possibilidade excepcional de o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos das decisões proferidas no âmbito das Ações de Declaração de Inconstitucionalidade¹, atribuindo-lhe efeitos *ex-nunc* ou *pro futuro*, estabelecendo, por conseguinte, o marco temporal para a suspensão da eficácia da norma.

No Brasil, prevalece a regra da teoria da nulidade da lei inconstitucional, ou seja, a lei declarada inconstitucional é nula desde a sua origem e com eficácia *ex tunc*. Daí a importância do art. 27, da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que permite flexibilizar a rigidez da estrutura lógica quando devidamente justificada e com fundamento nas condições materiais expressas na lei, adotando, assim, a técnica alternativa da modulação dos efeitos da decisão.

A questão do marco temporal das decisões judiciais sempre foi tema recorrente na doutrina e na jurisprudência e, por se tratar de exceção à regra, sem definição de parâmetros suficientes para evitar a subjetividade, ainda hoje sua aplicabilidade gera conflitos com o princípio maior da segurança jurídica, sendo este invocado tanto quando modulado os efeitos como quando não modulado.

Em relação à possibilidade da modulação anteriormente à Lei n. 9.868/99, Octavio Fischer chega a mencionar que não deveria haver restrição ao STF para manipular os efeitos da sua decisão (segurança jurídica e excepcional interesse nacional), motivo pelo qual entende inconstitucional o art. 27, da lei em questão². O autor acentua que, se o STF já assim o fazia nas questões que ensejavam tal modulação, o fato de restringi-lo nas duas condições legais não

¹ Como bem esclarece Ana Carolina Vasques, já está sedimentado no STF a tese de que a modulação dos efeitos é possível também nos casos de controle difuso da norma, como foi no caso do RE 197.917/SP. (VASQUES, Ana Carolina Barros. Segurança jurídica e modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade: especificidades em matéria tributária. *Revista da PGFN*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-iii-numero-5-2013/d5.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017). No mesmo sentido, ver: ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição** do artigo 27 da Lei n. 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 60.

² “[...] Com efeito, é nosso entendimento que a modulação insere-se “nas prerrogativas do Tribunal, sendo desnecessária previsão constitucional expressa. Se a Constituição omitiu-se em matéria dessa relevância, há se se considerar que relegou a questão à prudente discricionariedade do Tribunal. Não se alegue que a legislação em comento tem natureza jurídica de ‘lei interpretativa’, porque não se afigura como algo admissível uma lei infraconstitucional interpretar uma Constituição. Aliás, se bem pensarmos, o art. 27, da Lei n. 9.868/99 não teria apenas interpretado o texto constitucional. Em nossa compreensão, tal dispositivo operou uma indevida restrição nos poderes do Supremo Tribunal Federal. Note-se que a restrição deu-se no sentido de que, antes dessa norma, o Supremo Tribunal Federal poderia, em tese, manipular os efeitos, fundando-se em qualquer valor constitucional que fosse necessário e adequado para tal

garante maior controle ou segurança jurídica. Embora não partilhemos do entendimento de que é inconstitucional essa restrição, concordamos com a conclusão do autor, quando assinala que o “fiel da balança” na manipulação dos efeitos é o princípio da proporcionalidade, que garantirá a estabilidade do sistema.³

Antes de analisarmos o contexto jurídico e as atuais consequências da aplicação da modulação dos efeitos no contexto brasileiro, interessante se faz proceder a um brevíssimo apontamento histórico desta prática.

A doutrina menciona que a técnica da modulação começou a se desenvolver na segunda metade do século XX, citando o primeiro caso em 1951, na Alemanha, em julgamento do Tribunal Constitucional Federal. Posteriormente, são averiguados casos na Espanha e em Portugal, constatando-se, com efeito, a existência desta prática também em outros países⁴.

No Brasil, a prática da técnica modulação dos efeitos pelo STF vem bem antes da previsão normativa em 1999. Corroborando esta afirmação, Carlos Marcílio⁵ inventaria os seguintes casos em que o STF admitiu exceção à nulidade com eficácia *ex tunc*: 1) manutenção da penhora realizada por oficial de justiça nomeado com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional (RE 78.533); 2) no caso do aumento inconstitucional da remuneração dos magistrados, decidiu-se que os proventos recebidos antes da declaração de inconstitucionalidade não deveriam ser devolvidos (RE 122.202); 3) admitiu-se que a lei que concede prazo em dobro para a Defensoria Pública é constitucional até este órgão estar devidamente aparelhado e estruturado (HC 70.514/RS); 4) considerou-se o art. 68, do Código de Processo Penal, que confere legitimidade ao Ministério Público para promover, se o requerente for pobre, ação de reparação de danos decorrente de crime no juízo cível, ainda constitucional (RE 147.776/SP).

Em detalhado estudo sobre o tema, Mantovanni Colares⁶ afirma que a primeira tentativa de utilização dessa técnica foi no RE 78.594, também de junho de 1974, de relatoria do ministro Bilac Pinto. No caso, foi declarada a inconstitucionalidade da lei paulista de 03.12.71, ao permitir que agentes do Poder Executivo estadual praticassem atos próprios de oficiais de justiça, tais

“fim.” (FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 216).

³ Ibidem, p. 251.

⁴ Sobre o tema ver: CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **A modulação de eficácia tributária em controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal**. Tese de doutorado. PUC/SP, 2016, p. 118.

⁵ MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: repercussão para os contribuintes**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010, p. 119.

⁶ Ibidem, p. 116-117.

como citação e penhora em processos de execução fiscal. A decisão do STF declarou inconstitucional a lei, porém, validando todos os atos praticados anteriormente.

Formalmente, a técnica da modulação surge no Direito brasileiro com a promulgação da Lei n. 9.868/99, destacamos, contudo, que o tema havia sido discutido anteriormente durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e na Revisão Constitucional de 1994⁷.

A questão da eficácia da declaração de inconstitucionalidade não tem previsão constitucional, sendo tema sempre polêmico na doutrina e na jurisprudência. Mesmo com a previsão legal⁸, ainda assim remanescem divergências interpretativas ante os casos concretos, considerando a falta de parâmetros para a sua utilização. Em matéria tributária, isto se torna ainda mais grave, considerando os altos valores envolvidos e os vários efeitos econômicos favoráveis ou desfavoráveis ao Fisco e ao contribuinte.

Destaca-se, ainda, a previsão do Código de Processo Civil de 2015, no art. 927, parágrafo 3º, determinando que na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. Há quem entenda que este artigo seria uma limitação a aplicação da modulação dos efeitos⁹.

Na prática, esta ausência de parâmetros mais precisos para a modulação dos efeitos gera mais insegurança jurídica e incerteza quanto ao futuro das decisões, considerando que a modulação tem sido aplicada em momentos bem posteriores à decisão. A demora na publicação do acórdão pelo STF agrava ainda mais esta questão.

A Resolução STF n. 536, de 16.10.2014 determinou o prazo máximo de 60 (sessenta) dias para publicação do acórdão, a partir da sessão em que tenha sido proclamado o resultado do julgamento. Ocorre que este procedimento não é obedecido, gerando um acúmulo ainda maior de processos decorrentes da indefinição da decisão final, como são os casos polêmicos do RE 718.874,

⁷ ANDRADE, Fábio Martins. **Modulação em matéria tributária:** o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 217.

⁸ Ressalta-se que este dispositivo legal também é questionado pelas ADIn's n. 2154 e n. 2258. A ADIn n. 2154, da Confederação Nacional dos Profissionais Liberais, argui a inconstitucionalidade do art. 27, da Lei n. 9.868/99 que autoriza ao STF a manipulação da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade. A ADIn n. 2258, da Ordem dos Advogados do Brasil, impugna a validade desse mesmo art. 27. Ambas estão apensadas e aguardando julgamento. Essas ações foram julgadas em 07/12/2017 e ainda disponibilizado os respectivos acórdãos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 30 maio 2018.

⁹ Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/ministros-stf-modulacao-tributarios-23052018>>. Acesso em: 30 maio 2018.

que julgou constitucional a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei n. 10.256/2001, sendo o julgamento em 30/03/2017 e o acórdão publicado quase seis meses depois, em 03/10/2017.

Da mesma forma, também com grande demora, a decisão do RE 574.706, julgado em 15/03/2017, foi publicado somente em 02/10/2017, tendo a PGFN apresentado Embargos de Declaração em 19/10/2017. Os autos estão conclusos ao relator desde 08/05/2018, ou seja, há mais de um ano do julgamento ainda não se tem a aplicação do mesmo. Neste caso, destaca-se a grande repercussão econômica desta indefinição da decisão final, tendo a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentado petição em 05.07.2017, reportando que desde o julgamento da ação em março de 2017, já foram interpostas mais de 7.000 novas ações sobre o mesmo tema, isto sem mencionar mais de 200.000 execuções fiscais que cobram PIS/COFINS que serão afetadas com a decisão final, o que motivou o pedido de sobrerestamento de todos os processos individuais ou coletivos até o trânsito em julgado da decisão do STF¹⁰.

Enfatiza-se que a regra estabelece que a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser retroativa à data em que ela foi promulgada. Excepcionalmente, poderá haver a modulação dos efeitos, considerando os pressupostos da segurança jurídica ou outros valores constitucionalmente relevantes, manifestados sob a modalidade de excepcional interesse social, assim previsto na Lei n. 9.868/99¹¹, nos seguintes termos:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Pelo dispositivo legal, observa-se que a excepcional retroatividade dos efeitos da lei declarada inconstitucional pressupõe duas condições: uma formal, qual seja, a restrição dos efeitos deverá ser aprovada por oito ministros do STF; e outra material, que restringe os casos de limitação a razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social¹².

¹⁰ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2585258>. Acesso em: 30 maio 2018.

¹¹ No mesmo sentido, prevê a Lei n. 9.882, de 03/12/1999: "Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

¹² MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. *Ibidem*, p. 69.

São previstos, portanto, três possibilidades na definição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo: 1) restringir os efeitos da declaração; 2) decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado; 3) decidir outro momento que venha a ser fixado.

Para que a condição material não fique aberta e subjetiva, com as mais diversas interpretações, gerando ainda mais insegurança jurídica, a motivação da decisão é essencial nestes casos excepcionais. É fundamental que a técnica da modulação seja submetida aos seus limites e procedimentos adequados, o que nem sempre tem ocorrido. A fundamentação deverá ser não só jurídica, como também com base em dados fáticos e análise técnica que justifique a adoção da regra excepcional. E nem deveria ser preciso aqui recordar o art. 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, ao determinar que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Em garantia ao princípio da segurança jurídica, Heleno Torres¹³ defende o argumento de que em matéria tributária, no caso de declarações de inconstitucionalidade de leis que criam obrigações ou agravam a situação dos contribuintes, os efeitos devem ser sempre *ex tunc*.

Misabel Derzi também garante que a regra deve ser a retroação dos efeitos no caso das sentenças declaratórias, mas que, em relação às modificações jurisprudenciais, prejudiciais ao contribuinte, a solução se inverte e a regra deve ser a modulação dos efeitos, com aplicação plena dos princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva¹⁴.

Neste mesmo sentido, defende Flávia Caldeira, recordando que a lei tributária não retroage, salvo quando beneficia o contribuinte.¹⁵

¹³ “Em matéria tributária, pela natureza patrimonial das suas exações e afetações imediatas a direitos e liberdades fundamentais, o assunto toma dimensões muito eloquentes. A regra, nas declarações de inconstitucionalidade de leis que criam obrigações tributárias ou agravam situações dos contribuintes, deve ser sempre a nulidade com eficácia *ex tunc*. Entretanto, a depender da situação, como aproveitamento de créditos, cumprimentos de obrigações acessórias e outros, a estabilidade sistemática e a segurança jurídica podem reclamar a flexibilidade do regime de nulidade, mediante modulação temporal ou eficácia prospectiva da decisão. O estado de confiança gerado sobre a esfera jurídica do contribuinte é suficiente para motivar o necessário efeito prospectivo (*ex nunc*) ou, quando cabível, da modulação no tempo, seja esta retroativa (com indicação de momento anterior fixado pelo Tribunal para que a decisão tenha efeitos) ou *pro futuro* (data futura fixada para que a decisão possa surtir efeitos), como forma de preservar o princípio de segurança jurídica, mas também como eficácia do princípio de irretroatividade do não benigno, quando o postulado da nulidade (efeito *ex tunc*) opere em desfavor do contribuinte.” (TORRES, Heleno Taveira. Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental>>. Acesso em: 30 maio 2018).

¹⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 574.

¹⁵ Assim complementa a autora: “Isso porque, havendo declaração posterior de inconstitucionalidade de lei impositiva de obrigação para o contribuinte, está em seu favor o art. 165 do Código

Recordando os artigos 105 e 106 do Código Tributário Nacional, Eduardo Rocha Dias também defende a posição segundo a qual a análise deve ser feita no plano dos fatos, sendo devido que os contribuintes se insurjam contra a aplicação de lei retroativa que lhes prejudique, lembrando que aqueles artigos vedam a aplicação retroativa da lei tributária mais gravosa¹⁶.

O STF não tem adotado este posicionamento doutrinário referente à impossibilidade de retroatividade no caso de prejuízos ao contribuinte como regra. E assim foi no caso do julgamento do RE 377.457 em 2008, quando declarada constitucional a revogação da isenção da COFINS das sociedades civis de serviços profissionais regulamentadas feita pela Lei n. 9.430/96, tendo sido rejeitado o pedido de modulação dos efeitos, inclusive sendo afirmado pelo ministro Cezar Peluso que limitar os efeitos da decisão seria conceder uma moratória fiscal¹⁷.

Não se deve olvidar, portanto, das peculiaridades de cada caso e dos reflexos da modulação dos efeitos em matéria tributária, inclusive considerando a neutralidade concorrencial. Simplesmente afirmar que a modulação dos efeitos da decisão nunca retroagirá quando o prejudicado for o contribuinte não garante o princípio da isonomia, principalmente, por não se estabelecer qual o universo de contribuintes beneficiados.

O princípio da neutralidade concorrencial tem grande relevância no direito tributário, possuindo fundamentos no Texto Constitucional desde 2003, quando a Emenda Constitucional n. 42, assim determinou:

Art. 149-A. A Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência da União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

Tributário Nacional, garantindo-lhe o recebimento de tudo o que pagou sob o império de lei inexistente. Já, havendo declaração posterior de constitucionalidade, o contribuinte tem em seu favor o art. 156, X, do mesmo diploma legal, que lhe garante que a decisão passada em julgado extingue o crédito tributário, impedindo que o Fisco exija os valores não recolhidos. [...]. Em se tratando de lei que beneficia o contribuinte, ainda assim a situação deste é privilegiada em relação ao Fisco, eis que não será compelido a recolher os valores referentes a fatos geradores ocorridos quando ainda prevalecia a lei que o isentava de tal recolhimento, sob pena de afrontar o princípio da segurança jurídica e impedir a estabilidade das relações jurídicas." (FIGUEIREDO, Flávia Caldeira Brant Ribeiro de. **Controle de constitucionalidade:** coisa julgada em matéria tributária. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 91).

¹⁶ DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no processo de controle abstrato de constitucionalidade e a extensão do meio vinculante à ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista Dialética**, São Paulo, n. 55, abril, 2000, p. 60.

¹⁷ Cf. ABRAHAM, Marcus. Coisa julgada em matéria tributária: relativização ou limitação: estudo de caso da COFINS das sociedades civis. **Revista da PGFN**. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/marcus.pdf>. Acesse em: 29 maio 2018.

Este princípio deve ser considerado por todos os poderes. No caso do Poder Judiciário, a neutralidade concorrencial deve também servir de fundamento na modulação dos efeitos de suas decisões, impedindo a criação de vantagens ou desvantagens que desigualmem concorrentes no mercado¹⁸.

A decisão da modulação dos efeitos em matéria tributária, portanto, tem que considerar também as regras de mercado e os aspectos concorrenciais, de maneira a não prejudicar contribuintes de um mesmo setor ou mesmo proporcionar um tratamento desigual. Daí a impossibilidade de, simplesmente, concordar com afirmações genéricas no sentido de que a lei nunca deverá retroagir, caso se percebam prejuízos aos contribuintes. É preciso ressaltar que nem todos os contribuintes serão prejudicados em determinadas situações, daí a importância em analisar os casos concretos.

2. O CASO DO RE 574.706/PR: A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS

Um dos casos com grande repercussão econômica no âmbito do Supremo Tribunal Federal (Tema n. 69 de repercussão geral) é o RE 574.706/PR, que ainda está pendente de solução definitiva. A Procuradoria da Fazenda Nacional requereu nos Embargos de Declaração que os efeitos desta decisão passem a valer somente a partir de 2018. O STF julgou o caso em 15 de março de 2017, entendendo ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, por não se enquadrar no conceito de faturamento, contudo, não ficaram definidos os limites e alcances desta decisão.

A ausência de uma posição final neste caso enseja inúmeros outros processos, em que os contribuintes que ainda não haviam ingressado com ações judiciais pleiteiam agora a devolução dos valores pagos nos últimos cinco anos. Outros acionam o Poder Judiciário para conseguir a tutela de urgência a fim de excluir o ICMS na base de cálculos daquelas contribuições sociais daqui

¹⁸ “Competitividade é um fator fundamental para o livre mercado e, portanto, da própria concorrência. Ela é função da existência de mercados segmentados, do dinamismo tecnológico, do uso adequado da economia de escala. Ou seja, nesse modelo podemos perceber que a competitividade é um elemento importante na formação de preços, na alocação de recursos, na dinâmica de mercado. E, justamente, para atuar harmonicamente nessa relação entre livre mercado e livre iniciativa, um princípio básico é o da ‘neutralidade do Estado perante a livre concorrência’ ou ‘neutralidade concorrencial do Estado’. Da livre concorrência decorre, assim, a exigência de imparcialidade dos atos impeditivos (soberanos) do Estado em face dos concorrentes. [...]. No campo tributário, esse princípio tem especial relevância. A neutralidade dos tributos em face da atividade econômica decorre, em especial, da proibição de tratamento desigual de contribuinte e da exigência de respeito à sua capacidade contributiva. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007, p. 368-370).

para frente. A União, por sua vez, aguarda a decisão dos embargos de declaração¹⁹.

A demora na indefinição deste caso gera ainda mais insegurança jurídica, não só pelos grandes valores envolvidos, como também pelo acúmulo de decisões antagônicas em primeira instância nos novos processos ajuizados.

Como bem esclarece José Eduardo Soares de Melo, é desnecessário o trânsito em julgado para que a decisão proferida no julgamento do mérito em ADIn seja cumprida, inclusive, mesmo com a apresentação de embargos à declaração, nada impede que seja implementada a decisão²⁰. E assim pode ocorrer quando a decisão não enseja divergência em relação ao seu alcance e limite.

Ocorre que, em casos como o do RE 574.706/PR, prevalece a ausência de limite temporal dos efeitos da decisão. Este estado de indefinição agrava-se com a demora na publicação do acórdão paradigmático de repercussão geral, impossibilitando o conhecimento do alcance e dos limites da decisão da Suprema Corte.

Não se pode aqui deixar de mencionar a regra prevista no art. 1.040, do Código de Processo Civil que menciona a necessária publicação do acórdão paradigmático como marco a partir do qual os juízes e tribunais aplicarão seu entendimento aos demais casos que versem sobre o mesmo tema.

Este é um evento a que fica nítido o impacto financeiro da decisão. Para fundamentar a modulação dos efeitos, seja qual for o posicionamento adotado, será indispensável a apresentação dos dados técnicos no tocante à repetição do indébito, se for o caso, ou em relação à aplicação prospectiva dos efeitos da decisão. Resta agora esperar o equilíbrio do Poder Judiciário, devendo ser muito bem fundamentada a decisão, justificados tecnicamente os impactos econômicos que dela resultarão.

¹⁹ Fernando Facury Scuff entende que não é possível o pedido de modulação dos efeitos neste caso, tese com a qual não se pode concordar, ressaltando, inclusive, que o STF não tem se posicionado contra embargos de declaração em casos análogos. Destaca-se a posição do autor: “[...] Por outro lado, isso pode ocorrer através do mecanismo de embargos de declaração, uma vez que, tecnicamente, esses servem para *suprir omissões, afastar contradições e obscuridades e corrigir erros materiais* (artigo 1.022, CPC)? Não parece adequada essa via processual. Se até aqui não foi invocada a modulação dos efeitos, após incontáveis anos de trâmite processual, pode ser *inovado* o feito após a decisão de mérito? Seguramente, não. No caso, não se poderá alegar *omissão, contradição ou obscuridade*, e nem se há de falar em *erros materiais*. O que se pretenderá com os embargos de declaração é *inovar* nos autos — o que é ilegal, pois contraria o CPC e é vastamente coibido pelos tribunais.” (SCAFF, Fernando Facury. In: Revista **Consultor Jurídico**, 10 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/justica-tributaria-modulacao-pisocofins-desrespeito-aos-contribuintes-litigantes>>. Acesso em: 30 maio 2018).

²⁰ MELO, José Eduardo Soares de. **Processo tributário administrativo e judicial**. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 466.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas de que a complexidade das relações jurídicas contemporâneas enseja o equilíbrio e o temperamento das decisões de inconstitucionalidade das leis. Em matéria tributária, a situação é ainda mais difícil, considerando os elevados valores envolvidos nas ações e os efeitos econômicos advindos das decisões.

Nesta realidade, o art. 27 da Lei n. 9.868/99 é de grande importância e utilidade para a própria manutenção dos demais princípios constitucionais.

Muitos são os efeitos econômicos advindos da declaração de inconstitucionalidade de leis em matéria tributária, principalmente nos casos em que a devolução dos valores decorrentes da decisão alcance cifras elevadas e que comprometam as finanças públicas. Evidente é que estas decisões são excepcionais e sempre devem ter a devida fundamentação técnica, devendo as decisões considerar as regras de mercado e aspectos concorrenenciais, evitando generalizações.

Não é o caso da mera alegação de razões de Estado para fundamentar os pedidos restritivos às devoluções de tributos declarados inconstitucionais, pois assim seria abolir a ação de repetição de indébito. De igual modo, não se pode afirmar que sempre que a retroatividade da decisão agravar, de algum modo, a situação de determinados contribuintes, não poderá ser aplicada. Destaca-se aqui exatamente o afastamento das generalizações. Cada caso deve ser rigorosamente analisado de acordo com o contexto e o momento de cada decisão. Do contrário, restaria esvaziado o dispositivo legal do art. 27, da Lei n. 9.868/99.

É essencial na decisão que verse sobre a modulação dos efeitos a fundamentação em dados concretos, justificando clara e objetivamente a medida excepcional adotada. O certo é que impactos econômicos sempre ocorrerão. O importante é buscar minimizá-los o máximo possível para que não causem prejuízos irreversíveis ao Estado e aos contribuintes.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. Coisa julgada em matéria tributária: relativização ou limitação: estudo de caso da COFINS das sociedades civis. *Revista da PGFN*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/marcus.pdf>>. Acesse em: 30 maio 2018.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade:** ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n. 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **A modulação de eficácia tributária em controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.** Tese de doutorado. PUC/SP, 2016.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no Direito Tributário.** São Paulo: Noeses, 2009.

DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no processo de controle abstrato de constitucionalidade e a extensão do meio vinculante à ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista Dialética**, São Paulo, n. 55, p. 50-70, abril, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional:** liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. São Paulo: Manole, 2007.

FIGUEIREDO, Flávia Caldeira Brant Ribeiro de. **Controle de constitucionalidade:** coisa julgada em matéria tributária. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade:** repercussão para os contribuintes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010.

MELO, José Eduardo Soares de. **Processo tributário administrativo e judicial.** 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SCAFF, Fernando Facury. In: Revista **Consultor Jurídico**, abril, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/justica-tributaria-modulacao-pisofins-desrespeito-aos-contribuintes-litigantes>> . Acesso em: 30 maio 2018.

SHINKAI, Karina Akemi. Trânsito em julgado de sentença individual em matéria tributária e pronúncia do STF em sentido contrário: proposta de relativização do atributo da imutabilidade. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Sistema tributário, legalidade e direito comparado:** entre forma e substância. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 551-579.

TORRES, Heleno Taveira. Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial. **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/justica-tributaria-modulacao-pisofins-desrespeito-aos-contribuintes-litigantes>>

www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental. Acesso em: 30 maio 2018.

VASQUES, Ana Carolina Barros. Segurança jurídica e modulação de efeitos da declaração de constitucionalidade: especificidades em matéria tributária. **Revista da PGFN**. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-iii-numero-5-2013/d5.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2018.

***Submetido em: 9 jun. 2018. Aceito em: 26 jul. 2018.**



POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS PARA EFETIVAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ACESSO A MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO: ANÁLISE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

Nº 566.471/RN E Nº 657.718/MG.

*Cynara Monteiro Mariano**

*Isabelly Cysne Augusto Maia***

Resumo

Considerando que a assistência farmacêutica é espécie de serviço público, o qual está sendo prestado de forma ineficiente, sobretudo em razão da demora na atualização das listas oficiais e do reconhecimento de fármacos pela ANVISA, o objetivo do presente trabalho consistiu em avaliar a possível contribuição da declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) sobre tal questão, principalmente no que concerne ao fornecimento de medicamentos de alto custo, já que as razões da ineficiência da política pública não estão na falta de regulamentação, mas é fruto

* Pós-doutora pela Universidade de Coimbra (2012), Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2009), Mestre em Direito Público (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará(2005) e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998). Professora da graduação e do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Vice-Presidente do Instituto Latino Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia - ILAEDPD, Diretora Acadêmica do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA, Ex-presidente da Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará - FESAC (2004/2006) e da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-CE (2006). Consultora ad hoc e membro do Grupo Assessor Especial da Diretoria de Relações Internacionais da Capes, parecerista de revistas e periódicos científicos no País e autora dos livros “;Controle de Constitucionalidade e Ação Rescisória em Matéria Tributária”; (Del Rey, 2006), “;Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?”; (Del Rey, 2010), “;O Supremo Tribunal Federal e Os Casos Dificeis”; (Conceito, 2012) e “;Estado, Política e Direito Administrativo”; (Lumen Juris, 2017). Atua e pesquisa principalmente nas áreas de Direito Administrativo, Direito Econômico e Direito Constitucional, dedicando-se às seguintes temáticas: Reforma do Estado, Serviços Públicos, Jurisdição Constitucional, Separação dos Poderes e Poder Constituinte.

** Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduanda em Direito Administrativo pela PUC-Minas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (Magna cum laude).

de bloqueios institucionais, violando vários direitos fundamentais. Para tanto, utilizou-se de análise bibliográfica, documental, com aplicação do método indutivo, mediante o estudo dos recursos extraordinários nº 566.471/RN e nº 657.718/MG, os quais evidenciam o posicionamento mais recente do Supremo sobre o assunto. Conclui-se que o judiciário tem compreendido que os medicamentos de alto custo não reconhecidos pela ANVISA ou que não constem nas listagens no SUS não integram o direito à saúde. Assim, acredita-se que a declaração do ECI é necessária, desde que o judiciário motive o diálogo entre os órgãos competentes pela prestação do serviço, viabilizando a superação dos entraves, combinado com uma atuação política que atenda às necessidades sociais.

Palavras-chave

Estado de Coisas Inconstitucional. Medicamento. Alto custo. RE 566.471/RN. RE nº 657.718/MG.

POSSIBLE CONTRIBUTIONS OF THE STATE OF UNCONSTITUTIONAL THINGS FOR THE EFFECTIVENESS OF THE PUBLIC SERVICE OF ACCESS TO HIGH COST MEDICAL PRODUCTS: ANALYSIS OF EXTRAORDINARY RESOURCES 566.471/RN AND 657.718/MG

Abstract

Whereas pharmaceutical assistance is a kind of public service, which is being rendered inefficient, especially because of the delay in updating official lists and the recognition of pharmaceuticals by ANVISA, the objective of this work was to study the possible contribution of ECI on this issue, particularly with regard to the supply of high-cost medicinal products, since the reasons for the inefficiency of public policy are not in the absence of regulation, But it is the result of institutional blockades, violating fundamental rights. For this reason, it was used of bibliographic analysis, documentary, with application of the inductive method, through the study of the extraordinary resources Nº 566.471/RN and Nº 657.718/MG, which evidence the most recent positioning of the supreme on the subject. It is concluded that the judiciary has understood that high-cost medicines not recognized by ANVISA or that are not listed in the SUS do not incorporate the right to health. Thus, it is believed that the declaration of ECI is necessary, provided that the judiciary has moved the dialogue between the bodies responsible for the provision of the service, enabling the overcoming of the barriers, combined with a political action that meets the social needs.

Keywords

State of unconstitutional things. Medicine. High cost. RE nº 566.471/RN. RE nº 657.718/MG

1. INTRODUÇÃO

A assistência farmacêutica integra o serviço público de saúde. A Lei nº 8.080/90 estabelece em seu artigo 6º, inciso I, alínea “d”, que a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, está incluída no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), de forma que o Sistema deve disponibilizar ao usuário os medicamentos prescritos para a cura ou alívio da enfermidade sofrida. A Política Nacional de Medicamento foi implantada no Brasil, por sua vez, apenas dez anos após a promulgação da Constituição, por meio da Portaria do Ministério da Saúde nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, determinando que os órgãos e entidades vinculadas a esse Ministério promovam a elaboração ou a readequação de seus planos, programas e projetos em conformidade com as diretrizes estabelecidas na Portaria.

Atualmente, o procedimento administrativo para registro de um fármaco perante a ANVISA e inclusão nos protocolos do SUS encontra-se suficientemente regulamentada. Há vários atos normativos, primários e secundários, que normatizam essa questão. Inclusive, por meio da Portaria nº 1.254, de 29 de julho de 2005, o Ministério da Saúde estabeleceu a criação da Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – COMARE.

Ocorre que, inobstante toda a regulamentação existente, observa-se, na prática, a ineficácia da política pública traçada, uma vez que as atualizações da RENAME não estão ocorrendo de forma periódica. A última atualização ocorreu em 2014 e só em julho de 2017, três anos depois, é que novos insumos terapêuticos foram inseridos. Além da não atualização periódica, há que se destacar a expressiva mora para a efetivação do registro de um medicamento perante a ANVISA. Conforme se depreende da análise de informações do próprio site da agência reguladora, leva-se cerca de 02 (dois) anos para que um novo medicamento seja registrado e mais 03 (três) anos para a realização dos procedimentos pós-registro, tais como rotulação e distribuição. Ou seja, entre o pedido de registro e a efetiva distribuição do medicamento à população, passa-se cerca de 05 (cinco) anos. Sem falar nas elevadas taxas a serem pagas pelas empresas que desejam ter seus fármacos regulamentados pela ANVISA.

Diante desse cenário de inefetividade do serviço público de fornecimento de medicamentos, considerando a demora nos registros e nas atualizações dos Protocolos do SUS, o Supremo Tribunal Federal deu continuidade, no fim de 2016, por meio dos Recursos Extraordinários nº 566.471/RN e nº 657.718/MG, à discussão sobre se o poder público possui ou não a obrigação de fornecer medicamentos ainda não registrados pela ANVISA ou que ainda não foram incorporados nas listagens oficiais do SUS. A argumentação exarada até o presente momento é a de que o poder público não está obrigado a disponibilizar fármacos que se encontram nessa situação, mas em casos excepcionais o Poder Executivo poderá ser compelido a fazê-lo.

Quanto à excepcionalidade, segundo é possível aferir da análise dos votos proferidos até o presente momento, os casos excepcionais seriam justamente quando a política pública de acesso a medicamentos mostrar-se ineficiente, sobretudo quando há demora injustificada na apreciação das petições de novos registros ou quando as listagens do Sistema Único de Saúde permanecem por vários anos sem qualquer revisão.

Ao que parece, o Supremo Tribunal Federal, nesse assunto, não pretende impor ao Poder Executivo o fornecimento de medicamentos que ainda não estejam regulamentados, mas sim compreender como se encontra a situação de certo fármaco que fora prescrito por médico vinculado ao serviço público, mas que ainda não está disponível gratuitamente, analisando, caso a caso.

Nesse caso, o STF está procurando entender as razões da ineficiência do serviço público de fornecimentos de medicamentos. Acredita-se ECI poderá contribuir para a melhoria na prestação de tal serviço, justamente por ter sido criado para superar as omissões inconstitucionais não normativas, caso verificado na política pública de assistência farmacêutica, esse instituto. Perceba-se que as listagens não são atualizadas como previsto, e o procedimento de registro é demasiadamente burocrático e lento, caracterizando uma verdadeira falha estrutural. Logo, o problema não está na regulamentação da política pública, mas em sua efetivação.

A declaração de um Estado de Coisas Inconstitucionais na política de assistência farmacêutica contribuiria para a abertura de um espaço em que os órgãos competentes para a sua efetivação poderiam dialogar, compreendendo as dificuldades e os entraves, assumindo, assim, um Compromisso Significativo para a superação dos problemas diagnosticados. Nesse contexto, o Poder Judiciário atuaria de forma a cooperar com os demais poderes, não intervindo nas deficiências detectadas, mas possibilitando que executivo e legislativo dialoguem entre si.

O objetivo do presente artigo é, portanto, analisar as possíveis contribuições que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucionais poderá trazer para a ampliação da efetividade da política pública de fornecimento de medicamentos de alto custo, considerando as falhas identificadas. Para isso, utilizou-se eminentemente do método indutivo, uma vez que se partiu da análise de um serviço público que está sendo prestado de forma ineficiente no Brasil, para gerar observações gerais acerca das contribuições do ECI na superação das omissões inconstitucionais não normativas, cujas reflexões poderão servir de base para a melhoria na prestação de outros serviços públicos que enfrentam dificuldades semelhantes ao contexto analisado. Realizou-se pesquisa bibliográfica e documental.

No primeiro tópico, apontaram-se os principais atos normativos infra-constitucionais que regulamentam o serviço público de assistência farmacêutica, inserindo-o como elemento integrante do direito fundamental à saúde. No segundo, tratou-se do procedimento administrativo de registro de medicamentos perante a ANVISA e como se dá a sua inclusão nas listagens oficiais do SUS. Em seguida, refletiu-se sobre os Recursos Extraordinários nos. 566.471/RN e n° 657.718/MG, buscando compreender de que forma o Supremo Tribunal Federal tem se portado diante das deficiências da política pública de assistência farmacêutica. Por fim, analisou-se a contribuição do Estado de Coisas Inconstitucionais e do Compromisso Significativo para a superação dos entraves institucionais que inviabilizam a máxima efetividade da política pública, demonstrando que a intervenção judicial é possível para a correção de uma

política pública que está sendo prestada de forma ineficiente, desde que elaborada de forma dialogada com os poderes políticos geneticamente competentes, viabilizando a implementação gradual do texto constitucional.

2. O ACESSO A MEDICAMENTOS COMO ELEMENTO INTEGRANTE DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à saúde configura-se como direito humano, fundamental, estritamente relacionado ao direito à vida, cuja interpretação e aplicação têm como vetor a dignidade da pessoa humana. Trata-se ainda de direito social, dotado de força vinculante, que impõe aos poderes constituídos o dever de garantir o acesso a medicamentos e a insumos essenciais para a preservação, manutenção e recuperação da saúde das pessoas. Nesse sentido, Noberto Rech¹ elucida que o acesso à saúde importa no acesso ao medicamento adequado, para uma finalidade específica, em dose-gem correta, pelo tempo necessário e cuja utilização racional tenha como consequência a resolutividade das ações de saúde.

No tocante às normas infraconstitucionais que dispõem sobre o acesso a medicamentos, a principal delas é a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990², criada para regulamentar os dispositivos constitucionais que tratam sobre o direito à saúde, dispondo sobre as condições para a sua promoção, proteção e recuperação, bem como organização e funcionamento dos serviços correspondentes. Conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), a Lei nº 8080/90, em seu artigo 7º, reafirma que as ações e serviços públicos de saúde devem obedecer ao princípio da integralidade da assistência, entendida como o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso e em todos os níveis de complexidade do sistema.

O referido diploma normativo vai ainda mais longe, em seu artigo 6º, inciso I, alínea “d”, ao estabelecer que a execução das ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, está incluída no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), de forma que o Sistema deve disponibilizar ao usuário os medicamentos prescritos para a cura ou alívio da enfermidade sofrida.

¹ RECH, Noberto. **A assistência farmacêutica hoje**. O que o SUS oferece. Palestra proferida no II Encontro do Ministério Público Federal e Ministério Público de São Paulo sobre o Sistema Único de Saúde – O Ministério Público na tutela do SUS. São Paulo, 2005.

² BRASIL. Ministério da Saúde. **Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Data de Publicação: 20/9/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em 20agos. 2017.

A questão do fornecimento de medicamentos pela rede pública é ainda tratada em outras espécies normativas provenientes da atuação de órgãos ligados à área da saúde. Nesse contexto, destaca-se a Portaria do Ministério da Saúde de nº 3.916, de 30 de outubro de 1998³, que trata da Política Nacional de Medicamentos, determinando que os órgãos e entidades desse Ministério promovam a elaboração ou a readequação de seus planos, programas e projetos em conformidade com as diretrizes estabelecidas na Portaria. Assim, a partir de 1998, fomentou-se a criação de programas voltados à garantia de acesso da população carente aos medicamentos. Nos anos subsequentes, houve um aumento da alocação de recursos com a finalidade de suprir a demanda por medicamentos. Apesar da existência dessa política, estimava-se que em 2000, 70 milhões de brasileiros não teriam acesso a medicamentos, o que representava cerca de 41% (quarenta e um por cento) da população brasileira naquele ano⁴.

A Política Nacional de Medicamentos apresentava como objetivo garantir a segurança, a qualidade e a eficácia desses produtos, além da promoção de seu uso racional e o acesso a medicamentos tidos como essenciais. Dessa forma, os medicamentos dispostos na Relação Nacional de Medicamentos (RE-NOME) devem ser utilizados em todos os níveis hierárquicos de atendimento, de modo que a lista devia ser utilizada por todas as instituições que compõem o SUS. O RENAME constituía a lista base e a partir dela as Secretarias Estaduais e Municipais poderiam elaborar suas próprias relações, acrescentando e complementando-a com medicamentos que julgassem essenciais.

Além dos instrumentos supracitados, cite-se ainda a Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006⁵, a qual consiste em outro importante meio para a regulação do fornecimento de medicamentos, uma vez que apresenta as Diretrizes do Pacto em Saúde realizado em 2006. O referido pacto foi firmado entre gestores do SUS (nacionais, estaduais e municipais) e aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde, no qual são estabelecidas algumas prioridades, dentre elas o pacto pela vida, segundo o qual a saúde do idoso, o controle do câncer do colo de útero e da mama, a redução da mortalidade infantil e materna, além do fortalecimento na resposta de doenças emergentes e endêmicas e o fortalecimento da assistência básica constituem prioridades.

³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.916/98, de 30 de outubro de 1998.** Política nacional de medicamentos. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em: 20agos. 2017.

⁴ VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, 2007, p. 215.

⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006.** Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html>. Acesso em: 20agos. 2017.

Em síntese, além das normas constitucionais referidas, que não deixam dúvidas acerca da aplicabilidade imediata e da força vinculante, há outras previsões legais que tratam sobre o direito à saúde, nele englobando o direito ao acesso de medicamentos. A Lei nº 8.080/90 reforça e especifica o direito à assistência farmacêutica, o que vem duplamente indicado pela legislação infralegal.

Percebe-se, portanto, que o acesso à assistência farmacêutica integra o direito à saúde. No que concerne, especificamente, aos “medicamentos de alto custo”, comprehende-se que essa nomenclatura não possui amparo legal. A Portaria GM/MS nº 204/2007⁶ regulamenta a assistência farmacêutica, especificando os três componentes que integram a política pública farmacêutica, quais sejam: (i) o Componente Básico, que oferece medicamentos para o tratamento de problemas de saúde com maior incidência na população, (ii) o Componente Estratégico, que disponibiliza fármacos para o tratamento de doenças de caráter transmissível e/ou de alto impacto na saúde, como DST/Aids e tuberculose, e (iii) o Componente Especializado de Assistência Farmacêutica (CEAF).

Os chamados medicamentos de alto custo integram o Componente Especializado de Assistência Farmacêutica e, por isso, estão albergados pelo serviço público de assistência farmacêutica, o qual é componente do serviço público de saúde pública, uma vez que integra o seu orçamento. A aquisição de medicamento do Componente Especializado de Assistência Farmacêutica é de responsabilidade do Ministério da Saúde, que utiliza a noção de impacto financeiro para avaliar a inclusão ou não de certo fármaco nos protocolos do SUS.

Diante da constatação, por meio da análise legal, de que os “medicamentos de alto custo” constituem elemento integrante do serviço público de saúde, percebe-se também que a jurisprudência dos Tribunais Superiores caminha no mesmo sentido. Afinal reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal⁷ consagram o direito à saúde como decorrência do direito à vida, determinando o fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas carentes, portadores do vírus HIV e a portadores de outras doenças graves.

O Superior Tribunal de Justiça,⁸ como não poderia ser diferente, endossa o entendimento do STF e o nosso no sentido de que o direito à saúde é dever do Estado e que esse deve propiciar aos mais necessitados, não qualquer

⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 204/07, de 29 de janeiro de 2007.** Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt0204_29_01_2007_comp.html>. Acesso em: 20agos. 2017.

⁷ Destacam-se as decisões proferidas pelo STF nos seguintes casos: RE 232335/RS; AI 232469/RS; RE 236200/RS; RE 236644/RS; AgRg Ag 238328-0/RS; RE 242859-3/RS; RE 247900/RS; RE 267612/RS; RE 273042/RS; AgRg RE 273834-4/RS; RE 264269/RS; RE 273042/RS; AgRg RE 255627-1/RS; AI 238328/RS; AgRg SS 702-6/DF; AgRg Ag 4868161/RJ.

⁸ RMS 17903/MG

tratamento, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de oferecer ao enfermo a maior dignidade e o menor sofrimento, mesmo que o medicamento não esteja previsto em Portaria do Ministério da Saúde.

Também sobre o assunto, os Recursos Extraordinários (RE) nº 566.471/RN e nº 657.718/MG, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, discutem a possibilidade de concessão judicial de medicamentos ainda não inseridos na listagem do Sistema Único de Saúde (SUS) e a competência do judiciário para igualmente determinar o fornecimento dos fármacos não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), respectivamente.

A possibilidade de concessão judicial de medicamentos de alto custo já reconhecidos pela ANVISA e inseridos nas listagens do SUS é fato inconteste, uma vez que esses constituem a própria política farmacêutica, elaborada pelos poderes públicos competentes. Ao determinar sua concessão, o judiciário está apenas dando cumprimento à política pública anteriormente fixada. Observa-se, portanto, que a questão a definir é se o Estado tem obrigação de viabilizar acesso a medicamentos que não constam na lista oficial do SUS ou ainda não foram reconhecidos pela ANVISA, considerando os vários problemas relativos ao processo administrativo de inclusão de fármacos nas listagens oficiais.

Verifica-se, portanto, a congruência existente entre a legislação e a jurisprudência dos Tribunais Superiores na direção de que os medicamentos de alto custo integram o serviço público de saúde, sobretudo quando constam nas listagens oficiais do Sistema Único de Saúde (SUS), uma vez que ao serem inseridos nessas relações são tidos como elementos da própria política pública, na medida em que são indispensáveis para o restabelecimento da saúde do paciente. A controvérsia reside para os fármacos que ainda não foram inseridos em tais listagens ou que sequer foram reconhecidos pela ANVISA, sobretudo aqueles que estão nessa situação em virtude da burocracia do procedimento de inclusão.

No cerne da polêmica, torna-se premente, contudo, explicitar o procedimento administrativo utilizado para que certo medicamento venha a ser reconhecido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, posteriormente, seja inserido nas listagens oficiais do SUS, para que se compreenda as falhas e entraves desse procedimento.

3. DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA INCLUSÃO DE MEDICAMENTOS NAS LISTAGENS OFICIAIS: CRÍTICAS E ENTRAVES

A 28º Assembleia mundial da Organização Mundial de Saúde (OMS), realizada em 1975, representou um marco no desenvolvimento das políticas de medicamentos. Nela foram fixadas diretrizes para a implantação de políticas de medicamentos para os Estados Membros. Assim, para a OMS, a fim de

que haja a instituição de uma política de medicamento faz-se necessária a implementação de legislação, regulação e diretrizes, garantia de qualidade farmacêutica, seleção de medicamentos, sistema adequado de abastecimento, estoque e distribuição, estratégia econômica, uso racional do medicamento, pesquisa e desenvolvimento de medicamentos e investimentos na formação de recursos humanos⁹.

Inobstante a recomendação da OMS date de 1975, o Brasil aprovou uma política nacional de medicamentos apenas em 1998, conforme exposto anteriormente. A Portaria nº 204/2007, do Ministério da Saúde, regulamenta o financiamento e a transferência de recursos federais para as ações e serviços de saúde, estabelecendo, ainda, quais blocos compõem a política de assistência farmacêutica¹⁰.

Os medicamentos de alto custo, alvo de análise do presente trabalho, integram o componente de medicamentos de dispensação excepcional ou Componente Especializado de assistência farmacêutica. Esses fármacos são destinados ao tratamento de doenças específicas, que atingem um número limitado de pacientes. O financiamento para aquisição de tais insumos é de responsabilidade do Ministério da Saúde e dos Estados. Assim, para que um medicamento venha a ser incluído na listagem oficial de insumos terapêuticos, a ANVISA e o Ministério da Saúde estabeleceram um procedimento padrão para o registro de novos medicamentos, o qual, em síntese, resume-se a dois principais momentos: solicitação do registro até a sua concessão, seguido de sua comercialização.

Para que a ANVISA venha a efetuar o registro do medicamento, são observados, *a priori*, os atributos de eficácia, segurança e qualidade do produto para decidir sobre a concessão de registro. O estudo acerca da viabilidade de registro constitui-se em quatro fases, que compreendem desde testes pré-clínicos até a definitiva manifestação da ANVISA. Analisa-se, também, se a fábrica é capaz de produzir o fármaco em larga escala, fazendo-se necessária a Certificação de Boas Práticas.

⁹ BARROS, Giselle Nori. **O dever do Estado no fornecimento de medicamentos**. 2006. 219 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 143.

¹⁰ Art. 24. O bloco de financiamento para a Assistência Farmacêutica será constituído por três componentes: I -Componente Básico da Assistência Farmacêutica; II -Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; e III - Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (Redação dada pela PRT GM/MS nº 2.981 de 26.11.2009)

O procedimento para registro do fármaco pela ANVISA é exposto de forma sucinta e elucidativa por Marina Rodrigues de Castro Camargo Aranha e Felipe Chiarello de Souza Pinto¹¹:

Depois dessa avaliação de eficácia, é elaborado um relatório que consolida os resultados dos ensaios clínicos e apresenta justificativas técnicas, analisando a doença em questão e considerando se o produto é relevante para a saúde pública, se há alternativa terapêutica equivalente eficaz e segura, se há comodidade posológico, se em razão do novo produto o tratamento terá maior adesão, os riscos potenciais e o risco-benefício para o requerente e se a metodologia e protocolo apresentados foram aceitáveis. Para tanto, a ANVISA analisa os resultados clínicos, os estudos trazidos pelas diferentes empresas interessadas no registro, bem como os estudos realizados no contexto internacional.

Após esse relatório, a ANVISA decide se concede ou não o registro. Em um segundo momento, busca-se a fixação de preço, levando-se em conta o benefício clínico do produto e o custo do tratamento, “de modo que um medicamento que não traz um benefício adicional não pode custar mais caro que outro já existente para aquela indicação”¹².

Constata-se que a dimensão do princípio da eficiência considerada para efetivação do registro de um medicamento junto a ANVISA é o do “custo-benefício”, realizando-se, portanto, uma análise superficial desse princípio. Conforme expõe Alan Maynard¹³, “onde os recursos para a assistência à saúde são escassos, decisões baseadas apenas na efetividade não maximizam os benefícios sociais da saúde para a população e podem resultar em ineficácia e iniquidade”, ou seja, quando apenas a dimensão dos custos é levada em consideração, as decisões administrativas tendem a ser ineficazes.

A ANVISA divulga em seu sítio eletrônico as chamadas “filas de análise”, ou seja, essas filas indicam há quantos dias um certo expediente, solicitando inclusão de fármacos ou pleiteando a renovação do registro, está pendente de análise pela Agência. Observa-se que em 2016 o tempo médio entre a data de protocolo da petição e a data da publicação da decisão final pela ANVISA para registro de um novo fármaco foi de 734 (setecentos e trinta e quatro) dias, mais 1.206 (mil duzentos e seis) dias para os procedimentos pós-

¹¹ ARANHA, Marina Rodrigues de Castro Camargo; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. **Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA**. Revista de Direito do Consumidor, Rio de Janeiro, v. 96, n. 23, nov. 2014. Bimestral, p. 148.

¹² ARANHA, Marina Rodrigues de Castro Camargo; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. **Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA**. Revista de Direito do Consumidor, Rio de Janeiro, v. 96, n. 23, nov. 2014. Bimestral, p. 148.

¹³ MAYNARD, Alan. BLOOR, Karen. **Dilemmas in Regulation of the Market for Pharmaceuticals**. Health Affairs. V. 22, n. 31. 2003, p. 31.

registro¹⁴. Contata-se, assim, a excessiva demora para a finalização do procedimento de registro de um fármaco junto à agência reguladora.

Em regra, somente os medicamentos com registro na ANVISA podem vir a ser incluídos na Relação Nacional de Medicamento (RENAME), nos termos da Resolução nº 1, de 17 de janeiro de 2012, do Ministério da Saúde¹⁵. A lista do RENAME elenca, portanto, os chamados medicamentos essenciais, que são aqueles que atendem às necessidades prioritárias de assistência médica da população.

Deve-se observar que muito embora o registro na ANVISA seja condição necessária para que um produto venha a ser comercializado no país, sua realização, não significa por si só, que o mesmo será incorporado nas listas do Sistema Único, uma vez que para que algum medicamento seja incluído na lista é preciso que seja eficaz e/ou efetivo e seguro, e mais, deve ser registrado junto à ANVISA. Nesse sentido, o artigo 29 do Decreto nº 7.508/11¹⁶ afirma que “a RENAME e a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos somente poderão conter produtos com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária –ANVISA”.

Dessa forma, apenas os melhores medicamentos, isto é, aquele que proporcionem a melhor resposta terapêutica aos destinatários, serão indexados à lista. Mas não só isso. Aliado à eficácia médica, o RENAME considera também os custos de aquisição desses medicamentos. Por exemplo, no caso de um novo medicamento que melhora em 10% (dez por cento) as condições de um paciente, porém a um custo 100% (cem por cento) maior que outro fármaco já incorporado. Nesse caso, o custo – efetividade desse novo produto não justifica sua inclusão no sistema¹⁷.

A portaria nº 3.916/GM/98, que aprovou a Política Nacional de Medicamentos, dispõe que o Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização do RENAME. Assim, mostra-se como prioritária

¹⁴ ANVISA. **Regularização de Produtos - Medicamentos: Fila de Análise.** 2017. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/fila-de-analise>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução nº 1, de 17 de janeiro de 2012.** Estabelece as diretrizes nacionais da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cit/2012/res0001_17_01_2012.html>. Acesso em: 20agos. 2017.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Decreto nº 7.508/11, de 28 de junho de 2011.** Regulamenta a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Data de Publicação: 29/6/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm>. Acesso em: 20 agos. 2017.

¹⁷ PEREIRA, Delvechio de Souza. **O orçamento público e o processo de judicialização da saúde.** 2010. Monografia (Especialização) - Curso de Orçamento Público, Instituto Serzedello Corrêa – Isc/tcu, Brasília, 2010, p. 22.

a “Revisão Permanente do RENAME”, uma vez que tal lista é o principal instrumento de racionalização no âmbito do SUS. Essa sistemática da revisão permanente não está, porém, institucionalizada, de modo que já se enfrentou circunstâncias das listagens terem passado cerca de 16 (dezesseis) anos sem qualquer revisão, quando em 1998 foi revista e apenas em 2002 passou por nova atualização¹⁸.

Apesar de todo esse aparato normativo, constitucional e infraconstitucional, Morton Scheinberg¹⁹, doutor em Imunologia pela Boston University, esclarece que existe uma excessiva lentidão na incorporação de avanços médicos pelo SUS, inaceitável em certos casos. Por exemplo:

Psoríase é uma doença de pele que acomete mais de cinco milhões de brasileiros em suas diversas fases. Espondilite anquilo-sante, uma enfermidade reumática que provoca dores e inflamação na coluna vertebral, afeta em torno de 700 mil brasileiros. Consultas públicas para inclusão de medicamentos de alta eficácia no combate a essas doenças foram feitas pela Secretaria de Ciência Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde no segundo semestre de 2004 e, passados mais de quatro anos, não há uma decisão.

No período de 2002 a 2009, o número de fármacos constantes nas listas de Componente Especializado do SUS foi acrescido de apenas seis, tendo, inclusive apresentado variação negativa entre os anos de 2006 e 2007, em que medicamentos foram retirados, sem novas inclusões. Ademais, a quantidade de insumos entre 2005 e 2009 sofreu aumento de apenas 5% (cinco por cento), enquanto que os gastos para o pagamento de decisões judiciais apresentou um crescimento superior a trinta e três vezes no mesmo período. Percebe-se, portanto, que a demora do poder público em disponibilizar à população novas formas de tratamento de doenças, potencializa a quantidade de ações judiciais²⁰.

¹⁸ BARROS, Giselle Nori. **O dever do Estado no fornecimento de medicamentos.** 2006. 219 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 147.

¹⁹ SCHEINBERG, Morton. **Lista de remédio:** demora na inclusão leva demanda ao judiciário. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-23/demora-incluir-remedio-gratuito-sus-leva-demanda-judiciario>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

²⁰ PEREIRA, Delvechio de Souza. **O orçamento público e o processo de judicialização da saúde.** 2010. Monografia (Especialização) - Curso de Orçamento Público, Instituto Serzedello Corrêa – Isc/tcu, Brasília, 2010, p. 25.

Em 2005, por meio da Portaria nº 1.254, de 29 de julho de 2005²¹, o Ministério da Saúde instituiu a Comissão Técnica e Multidisciplinar de atualização da RENAME (COMARE), a qual, sob a coordenação do Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos (DAF), apresentava a função de atualizar periodicamente a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. A portaria nº 1.897, de 26 de julho de 2017²², veiculou a mais recente atualização do RENAME. A última revisão da listagem ocorreu em 2014. Ou seja, a referida lista passou mais de 03 (três) anos sem qualquer revisão por parte da Administração Pública, não obstante exista órgão específico para empreender a atualização periódica e sistemática das listagens.

A partir dessa exposição acerca do procedimento para a elaboração das listas oficiais e reconhecimento de medicamentos pela ANVISA, constata-se que a burocracia excessiva e falta de eficácia dos mecanismos institucionalizados impedem a concretização direito à saúde nos moldes em que está preconizado no texto constitucional.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal passou a discutir no fim do ano de 2015, por meio dos Recursos Extraordinários nº 566.471/RN²³ e nº 657.718/MG²⁴ se medicamentos de alto custo, ainda não reconhecidos pela ANVISA ou já reconhecidos, mas ainda não inserido nas listagens do SUS, integram o serviço público de saúde e, por isso, poderiam vir a ser concedidos por via judicial.

4. A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N° 566.471/RN E N° 657.718/MG

Os Recursos Extraordinários de nº 566.471/RN e nº 657.718/MG estão sendo apreciados conjuntamente, tendo por Relator o Ministro Marco Aurélio. O primeiro deles versa sobre a possibilidade de concessão judicial de medicamentos e tratamentos de alto custo ainda não incluídos nos Protocolos do SUS;

²¹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.254 de 29 de julho de 2005**. Constitui Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1254_27_07_2005.html>. Acesso em: 20 agos. 2017.

²² BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.897, de 26 de julho de 2017**. Estabelece a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Renome 2017 no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio da atualização do elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Renome 2014. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27487957_PORTARIA_N_1897_DE_26_DE_JULHO_DE_2017.aspx>. Acesso em: 20 agos. 2017.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN**. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 28 de setembro de 2016. Diário Oficial da União. 2017.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657.718/MG**. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 28 de setembro de 2016. Diário Oficial da União. 2017.

o segundo, por sua vez, analisa as hipóteses de fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA.

Em 28 de setembro de 2016, nos autos do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, o Ministro Marco Aurélio²⁵ firmou entendimento de que o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo.

Nessa mesma sessão, o Ministro Luís Roberto Barroso²⁶ proferiu o seu voto de vista, entendendo que “o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde” e, por isso, a legislação específica já havia estabelecido a Política Nacional de Medicamentos, além de se ter idealizado, por meio da Lei nº 12.401/2011, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (CONITEC), cujo papel é estudar quais medicamentos potencialmente podem entrar nas listas oficiais, como a RENAME, levando-se em consideração critérios de custo-benefício, não sendo, portanto, obrigação do Estado fornecer medicamentos que ainda não tenham sido inseridos nos protocolos oficiais SUS.

Ou seja, o Ministro Barroso²⁷ entende que, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a conceder medicamentos de alto custo não inseridos na listagem do Sistema de Saúde, fixando a seguinte tese: “o Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos”. Os cinco requisitos definidos por Barroso são os seguintes: 1) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; 2) demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; 3) inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; 4) comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; 5) propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo. Diferentemente do Ministro Marco Aurélio, Barroso entende que a

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN**. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 28 de setembro de 2016. Diário Oficial da União. 2017, p. 6.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN**. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 28 de setembro de 2016. Diário Oficial da União. 2017, p. 7.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN**. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 28 de setembro de 2016. Diário Oficial da União. 2017, p.2.

incapacidade financeira deve ser do paciente, não levando em consideração a condição financeira da família.

Ainda no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, houve o pronunciamento do Ministro Edson Fachin que, seguindo a linha de entendimento do Ministro Barroso, fixou cinco critérios para avaliar a possibilidade de concessão de medicamentos ainda não incorporados pelo SUS. Desses critérios, dois são distintos daqueles propostos por Luis Roberto Barroso. Fachin prevê que os seguintes parâmetros devem ser observados: 1) prévio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; 2) subscrição realizada por médico da rede pública ou justificada impossibilidade; 3) indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI – Internacional; 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; e 5) laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que se indique a necessidade do tratamento, seus efeitos e os estudos da medicina baseada em evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia. Perceba-se que para Fachin a comprovação de incapacidade financeira do postulante não é critério essencial; necessário é demonstrar a necessidade do medicamento para o adequado tratamento e por qual razão esse ainda não consta nas listagens oficiais do Sistema Único de Saúde.

No que concerne ao Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, que tem por objeto o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, o Ministro Luís Roberto Barroso²⁸ destacou que “o registro na ANVISA constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços”. Assim, o Ministro defende que o judiciário apenas poderá vir a ser compelido a conceder medicamentos não registrados pela ANVISA nos casos de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias) e quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

O Ministro Edson Fachin²⁹ (2016, p. 32) também já apresentou seu voto no RE nº 657.718/MG. Na ocasião, o Ministro firmou a tese de que:

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657.718/MG**. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 28 de setembro de 2016. Diário Oficial da União. 2017, p. 1.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657.718/MG**. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 28 de setembro de 2016. Diário Oficial da União. 2017, p. 32.

No âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal está caminhando no sentido de possibilitar o fornecimento judicial de medicamentos ainda não reconhecidos pela ANVISA ou que ainda não tenham sido incorporados nas listagens oficiais do SUS em casos específicos, mediante a observância de certos critérios. Vem justificando essa posição na medida em que reconhece as falhas nos procedimentos administrativos de registro e incorporação de fármacos. Desse modo, conforme se depreende da análise dos votos dos Ministros, esses não pretendem remodelar ou modificar a política pública de fornecimento de medicamentos, mas sim exercer um controle sobre a eficiência administrativa, tendo em vista a morosidade e os demais entraves dos procedimentos adotados para regularização dos fármacos.

Como bem elucida Mário Schapiro³⁰, a atuação do judiciário não deve ser concorrencial às decisões tomadas pelos poderes políticos – executivo e legislativo -, mas cooperativa, na tentativa de ampliar a efetivação dos direitos fundamentais. A desconfiança nos poderes políticos e a usurpação da atividade desses pelo judiciário não deve ocorrer, pois poderá ensejar o reforço do ativismo predatório. O que se pretende com a fixação de parâmetros objetivos para a concessão judicial de medicamentos não registrados perante a ANVISA, ou ainda não incorporados no Protocolo do SUS, é estabelecer uma dinâmica cooperativa com a Administração Pública, sempre buscando compreender as razões da mora na efetivação dos registros. Afinal, “ao cobrar do Executivo os critérios de escolha, em vez de dar provimento aos pleitos individuais, o Judiciário incentiva um aprimoramento das análises de impacto e da consistência das escolhas administrativas”³¹.

Entende-se que os critérios fixados pelo Ministro Barroso em seus votos nos Recurso Extraordinários nº 566.471/RN e nº 657.718/MT são adequados na medida em que visam empreender um diálogo com a Administração pública, sem impor uma modificação na estruturação do serviço público de saúde, atuando de forma consensual e democrática, de modo a promover a conciliação do “desenho de políticas públicas assumidas com os padrões jurídicos aplicáveis e – no caso de encontrar divergências – reenviar a questão aos poderes

³⁰ SCHAPIRO, Mario G. **Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes.** Revista Direito GV, v. 12, n. 2, mai-ago 2016, p. 337.

³¹ SCHAPIRO, Mario G. **Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes.** Revista Direito GV, v. 12, n. 2, mai-ago 2016, p. 337.

competentes, para que eles reajam, ajustando consequentemente a sua atividade”³².

Nesse contexto de necessidade de efetivação do diálogo institucional, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) poderá ser uma importante opção de auxílio, funcionando como fundamentação de decisão judicial. O ECI contribui para que o judiciário atue no sentido de identificar falhas estruturais na prestação de certo serviço público, empreendendo o diálogo institucional com os poderes políticos competentes pela regulação do serviço público, na tentativa de tornar a política pública eficiente e reduzindo a violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Assim, analisar-se-á as possíveis contribuições do Estado de Coisas Inconstitucionais para tornar o serviço público de fornecimento de medicamentos mais efetivo.

5. POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS PARA A AMPLIAÇÃO DA EFETIVAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ACESSO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: A IMPORTÂNCIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Conforme exposto nas sessões anteriores, o serviço público de fornecimento de medicamentos está sendo prestado de forma bastante ineficiente, uma vez que as listagens oficiais do Sistema Único de Saúde passam anos sem qualquer atualização. Os pedidos de novos registros junto à ANVISA também demoram cerca de 02 (dois) anos para serem apreciados, mais uma média de 03 (três) anos para serem realizados os procedimentos pós-registro, como os de rotulagem e distribuição. Ou seja, são em média, 05 (cinco) anos para que um fármaco registrado junto à ANVISA tenha a sua distribuição iniciada. Além da demora excessiva para registro de novos medicamentos, há de se considerar ainda os elevados custos a serem arcados pelas empresas laboratoriais. Para registro de novos medicamentos do Grupo I, deve-se recolher taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária (TFVS) no valor de R\$ 157.416,00 (cento e cinqüenta e sete mil, quatrocentos e dezesseis reais), conforme estabelecido na Portaria Interministerial MF-MS nº 45/2017, de 30 de janeiro de 2017³³. Está-se, portanto, diante de um serviço de baixa eficácia e de elevado custo.

Constata-se, portanto, que o serviço público de fornecimento de medicamentos está sendo prestado de forma ineficiente, inviabilizando o acesso dos indivíduos às modernas tecnologias em assistência farmacêutica, fazendo

³² NUNES, Antônio José Avelás. Os Tribunais e o Direito à Saúde. In: NUNES, Antônio José Avelás; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 53.

³³ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Portaria interministerial nº 45, de 27 de Janeiro de 2017**. Dispõe sobre a atualização monetária da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária, prevista no art. 23 da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/acessoainformacao/institucional/legislacao/portariasinterministeriais/2017/portaria-interministerial-no-45-de-27-de-janeiro-de-2017> >. Acesso em: 20 agos. 2017.

com o que o Estado esteja a financiar a dispensa de fármacos já defasados, diante da demora excessiva em regulamentar a sua distribuição. A mora excessiva nos procedimentos administrativos de registro acarreta, ainda, uma violação massiva da dimensão objetiva do direito fundamental à saúde, uma vez que o Poder Público não está conseguindo prestá-lo a contento, sobretudo no que tange à política de assistência farmacêutica.

A ineficiência da política pública de fornecimento de medicamentos já está sendo percebida, também, pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, por meio dos Recursos Extraordinários nº 566.471/RN e nº 657.718/MG, vêm sendo provocado para fixar critérios objetivos a serem analisados para viabilizar o acesso de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou ainda não incorporados nos Protocolos do Sistema Único de Saúde. Os critérios sugeridos visam aproximar a Administração Pública da discussão, procurando compreender as razões pelas quais o fármaco prescrito ainda não é abrangido pela política pública estatal. O caminho apresentado pelo STF nessa matéria, até o presente momento, é de um ativismo dialogal e não concorrencial, pois não pretende (como nem poderia pretender) modificar a política pública vigente, mas apenas torná-la mais eficiente, publicizando as razões dos indeferimentos administrativos e exercendo controle democrático sobre a eficiência administrativa.

Nesse contexto, um importante instituto que poderia vir a auxiliar esse diálogo, no caso do serviço público de fornecimento de medicamentos de alto custo, seria a declaração do Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) pelo Supremo Tribunal Federal. O ECI surgiu, inicialmente, na Colômbia, tendo sido declarado pela primeira vez na SU nº 559 de 1997³⁴. Esse instituto revela-se como uma espécie de fundamento decisão judicial que busca conduzir o Estado na proteção da dignidade da pessoa humana e na garantia dos direitos fundamentais, uma vez que a dimensão objetiva de certo direito fundamental encontra-se profundamente desrespeitada em função da atuação omissiva dos poderes políticos³⁵. E é justamente essa a posição a ser enfrentada no caso do serviço público de acesso a medicamentos de alto custo. Segundo explicitado anteriormente, a política de assistência farmacêutica integra o direito fundamental à saúde, e a conduta omissiva dos poderes políticos, sobretudo do executivo, não está configurada na falta de regulamentação, pelo contrário, o procedimento administrativo para concessão de medicamentos encontra-se suficientemente regulamentado. A questão está na efetivação prática das regulações propostas. Verifica-se, portanto, um bloqueio institucional e não meramente normativo.

³⁴ Tratamiento de un estado de cosas contrario a la constitucion afiliacion de los docentes al fondo de prestaciones del magisterio. Concedida. (SU 559 de 06 de novembro de 1997).

³⁵ CÂMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodíum, 2016, p. 96.

Já o Estado de Coisas Inconstitucionais tem como principal objetivo a superação das omissões inconstitucionais não normativas, ou seja, são situações em que o judiciário constata a omissão estatal e a violação massiva aos direitos fundamentais de certos grupos sociais e tende a elaborar ou reformular a política pública. Logo, o ECI inaugura uma nova forma de controle de constitucionalidade, a qual não recai sobre uma lei, mas sobre uma política pública, cabendo ao judiciário “formular ou contribuir à formulação de políticas públicas e de assegurar sua implementação e o controle de sua execução”³⁶.

O ECI foi declarado uma única vez no Brasil, por meio da ADPF n° 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. A referida ação foi interposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) que, dentre os vários pedidos, requereu o reconhecimento do ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais, mediante a atuação conjunta dos poderes estatais. Nessa ocasião, no entanto, o STF impôs reformulações unilaterais na política pública carcerária, fato que ensejou a ineficácia da decisão, uma vez que grande parte das medidas impostas não foram e continuam sem ser cumpridas. Faltou a atuação colaborativa e dialógica nessa experiência pioneira no Brasil, que, por isso não pode, contudo, ser abandonada.

A contribuição do Estado de Coisas Inconstitucionais está em empreender o diálogo com os poderes políticos, na tentativa de superar os entraves e bloqueios institucionais que impedem a concretização da política e do serviço público já regulamentado. Ao se defender a aplicação do ECI no sistema de saúde, sobretudo no que tange ao serviço público de fornecimento de medicamentos de alto custo, não se pretende que o judiciário remodele a política pública em si mesma, mas que ele atue no sentido de motivar o diálogo entre os órgãos responsáveis pela execução do serviço, que se encontra ineficiente, com o fito de homologar um plano de ação efetivo na correção dos problemas detectados, contribuindo, inclusive, para a redução dos riscos políticos das decisões judiciais. Conforme adverte Rafael Lazzarotto Simioni³⁷, a judicialização da política e o ativismo judicial são formas contemporâneas de sublimação do risco das decisões políticas, na medida em que o Judiciário, em face do *non liquet*, acaba por decidir ou uniformizar uma questão que competia ao Executivo ou ao Legislativo. Esse desvio do núcleo de decisão, entretanto, pode trazer consequências catastróficas, na medida em que está se deslocando para uma outra esfera decisória, a qual não conta com os elementos democráticos e comunicativos necessários, deliberações políticas importantes da nação.

³⁶ MORELLI, Sandra. The Colombian Constitutional Court: From Institutional Leadership, to Conceptual Audacity. In: BREWER –CARIAS, Allan R. **Constitutional Courts as Positive Legislators. A comparative study**. Ney York: Cambridge University Press. 2011, p. 372-373.

³⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Ufc*, Fortaleza, v. 37, n. 1, p.259-279, jan. 2017. Semestral.

Defende-se, por isso, que o judiciário atue de forma dialógica com os demais poderes e não em substituição as suas competências decisórias, em claro exercício do “ativismo dialogal”, visando, sobretudo, evitar a produção de decisões simbólicas como expressão de um poder meramente retórico³⁸. Carlos Alexandre de Azevedo Campos³⁹, em seu livro “Dimensões do Ativismo Judicial no STF”, explicita que o “ativismo dialogal” consiste na construção da decisão judicial pelos poderes afetados pela decisão, uma vez que a tomada de decisões de forma antidualógica e solipsista pelo judiciário é uma manifestação aprioristicamente ilegítima do ativismo judicial e que resulta na ineficácia das decisões. Afinal, uma postura antidualógica remete à concentração extremada de poder no judiciário, comprometendo as noções de constitucionalismo e democracia.

Logo, em sendo superados os equívocos cometidos na sua aplicação pioneira no Brasil, o Estado de Coisas Inconstitucionais poderá contribuir com a ampliação da eficácia do serviço público de fornecimento de medicamentos de alto custo na medida em que consiste em um instituto criado para superar as omissões inconstitucionais não normativas, ou seja, quando se configura inérria dos poderes competentes para executar o serviço público nos termos em que foram regulamentados, em razão da existência de um bloqueio institucional, quer seja por razões orçamentárias, falta de recursos humanos e materiais ou até mesmo desinteresse político. Acredita-se, assim, que o ECI poderá contribuir com a melhoria do serviço público de assistência farmacêutica se o Supremo Tribunal Federal empreender o diálogo entre os poderes políticos competentes, por meio da efetivação de um “Compromisso Significativo”.

A noção de Compromisso Significativo foi adotada inicialmente na África do Sul, no caso Olivia Road X Johannesburg, de 2008, em que se discutiu o direito de acesso à moradia digna para cerca de 400 (quatrocentos) cidadãos que ocupavam prédios no centro da cidade de Johanesburgo. O Poder Executivo determinou a desocupação de tais prédios sob a alegação de que eles não apresentavam níveis adequados de segurança e salubridade. Diante de tal situação, a Corte Constitucional determinou que a “cidade” e os cidadãos a serem despejados assumissem um compromisso que deveria contemplar os seguintes aspectos: “i) resolver suas diferenças e dificuldades à luz dos valores da Constituição; ii) aliviar a condição dos que viviam nos edifícios, tornando-os seguros e saudáveis; e iii) reportar os resultados do compromisso”⁴⁰.

³⁸ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9^a ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

³⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴⁰ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo*: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão

Dessa forma, percebe-se que o Compromisso Significativo contribui para a elaboração de decisões em que o judiciário intermedeia o diálogo entre a população afetada e os poderes políticos (executivo e legislativo). Logo, se o governo está desenvolvendo uma estratégia para a realização dos direitos constitucionais, econômicos e sociais, tendo o compromisso significativo como orientação na tomada de decisão das políticas públicas a serem implementadas, há a necessidade de um envolvimento entre os poderes governamentais e sociedade durante a elaboração das decisões, planejamento, implementação e avaliação do processo⁴¹. O Compromisso Significativo prioriza, portanto, a solução compartilhada entre os poderes e a sociedade para assegurar a concretização de direitos fundamentais⁴².

Pelo exposto, o compromisso significativo viabiliza a construção de uma solução pactuada, participativa, em que o Poder Judiciário apenas fiscaliza o cumprimento e a execução dos compromissos assumidos, sem interferir diretamente na seara administrativa. Então, defende-se a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucionais sobre o serviço público de medicamentos de alto custo para que os bloqueios institucionais sejam superados por meio da elaboração de um Compromisso Significativo, atuando o judiciário como fiscalizador do cumprimento dos compromissos assumidos, sem interver na política pública traçada.

Ademais, constata-se que os votos prolatados nos RE's nº 566.471/RN e nº 657.718/MG aproximam-se da sugestão de declaração do Estado de Coisas Inconstitucionais, no sentido de convocar a Administração Pública para integrar a decisão judicial, buscando compreender as razões da mora na incorporação de certo medicamento nas listagens oficiais ou do improviso do pedido de registro, mantendo o risco da decisão política nos poderes constituídos competentes para tanto. Para além da fixação dos critérios propostos nos votos analisados, entende-se que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucionais com a construção de um Compromisso Significativo, seria um meio mais efetivo para a superação das omissões não normativas no serviço público de fornecimento de medicamentos de alto custo, uma vez que o ECI possibilitará que os poderes políticos discutam as raízes do problema, na tentativa de superá-los.

⁴¹ nº 186), p. 29-30. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 18 de junho de 2017.

⁴² CHENWI, Lilian; TISSINGTON, Kate. *Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: A focus on the right to housing*. Western Cape: Community Law Centre, 2010, p. 9.

⁴² VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo*: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186), p. 1. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 18 de junho de 2017.

Os critérios que vêm sendo propostos pelo Supremo para limitar a judicialização da política pública de saúde serão, no nosso entender, apenas paliativos, uma vez que não permitirão a discussão das causas que conduzem à ineficiência do serviço público. Eles visam a integração da Administração apenas para conhecer as razões de eventual indeferimento de pedido de registro ou porque esse está há mais de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias pendente de análise, sem espaço para discutir formas de tornar os procedimentos administrativos mais céleres, menos burocráticos e menos onerosos. Por isso a importância do ativismo dialogal a ser intermediado pelo Estado de Coisas Constitucionais.

6. CONCLUSÃO

Tomando por base os votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários nº 566.471/RN e nº 657.718/MG, percebe-se que o judiciário, em consonância com as determinações legais, tem compreendido que medicamentos ainda não registrados pela ANVISA ou que não integram os Protocolos oficiais do SUS não são exigíveis, pelo fato de não estarem abarcados pelas leis que regulamentam a política pública de assistência farmacêutica. Inobstante o STF reconheça que tais medicamentos não integram a política pública de fornecimento de fármacos, os Ministros, que exararam sua opinião até o presente momento, estabeleceram exceções, ou seja, em certas circunstâncias específicas remédios ainda não regulamentados poderão ser judicialmente exigíveis. Analisando-se os votos, percebeu-se um ponto comum, qual seja: que um medicamento não registrado perante a ANVISA ou não absorvido pelas listagens do SUS poderá ser judicialmente exigível no caso de constatação de ineficiência na prestação do serviço público de assistência farmacêutica, ou seja, quando a injustificada mora administrativa em realizar os procedimentos de regularização exigíveis, prejudicar a própria eficácia da política pública.

A ineficiência da política pública de fornecimento de medicamentos é fato socialmente constatável há alguns anos, tendo apenas se agravado ao longo do tempo. Com a análise dos votos dos Recursos Extraordinários observa-se que o Supremo não está propondo uma alteração nas regras que regulamentam a prestação do serviço público, nem muito menos incentiva uma conduta *contra legem*. Acredita-se que as exceções e consequentes critérios que vêm sendo fixados para a concessão de medicamentos pela via judicial, em casos referentes ao fornecimento de medicamentos, visam abrir espaço para que a Administração justifique a demora na atualização dos registros da ANVISA e na incorporação de novos medicamentos nas listagens dos SUS.

Entende-se, entretanto, que a postura adotada pelo STF nos REs nº 566.471/RN e nº 657.718/MG ainda é muito incipiente para a efetiva melhoria

que o serviço público de fornecimento de medicamentos precisa alcançar, sobretudo no que tange ao fornecimento de medicamentos de alto custo. Por isso, defende-se que a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucionais sobre o serviço analisado poderá contribuir para a superação dos entraves que impedem uma total e completa eficácia no fornecimento de medicamentos. A contribuição da declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional está na possibilidade de abertura de um espaço no judiciário para que os órgãos responsáveis pela implementação do serviço possam discutir uma forma de torná-lo mais célere e menos burocrático, assumindo um Compromisso Significativo, cabendo ao judiciário homologar os compromissos assumidos pelos poderes políticos.

Registre-se, por oportuno, que não se propõe que o Estado de Coisas Inconstitucionais seja declarado para toda e qualquer política pública que esteja sendo prestada de forma ineficiente, mas apenas para aquelas que se encontram devidamente regulamentadas e que não estão conseguindo se efetivar por bloqueios estruturais facilmente identificáveis, como é o caso do serviço público de fornecimento de medicamentos. Ou seja, entende-se que o ECI deverá ser declarado em casos pontuais, em que se verifique uma tentativa de deslocar a competência decisória e os riscos de uma decisão política para o Judiciário, em razão das omissões inconstitucionais. Reconhece-se, ainda, as limitações da presente pesquisa, na medida em que ela se restringiu a constatar que o ECI, com a pactuação do compromisso significativo, poderá contribuir para a ampliação da eficácia da política pública de assistência farmacêutica, sem trazer considerações sobre outros fundamentos utilizados em sentenças estruturais, visando a superação das omissões inconstitucionais. Limitamo-nos a apreciar o Compromisso Significativo e o Estado de Coisas Inconstitucionais, mas se destaca que o protagonismo judicial exigido para resolver os conflitos estruturais tem se manifestado em vários outros países, como Índia e Estados Unidos, e em cada um deles o judiciário tem apresentado peculiaridades na forma de agir. Além desse aspecto, não foi aprofundado como se daria na prática o diálogo entre os órgãos administrativos para a superação dos entraves estruturais. Assim, as temáticas não aprofundadas nessa pesquisa poderão ser objeto de futuras investigações, que já seguem em andamento.

REFERÊNCIAS

ANVISA. **Regularização de Produtos - Medicamentos: Fila de Análise.** 2017. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/fila-de-analise>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

ARANHA, Marina Rodrigues de Castro Camargo; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. **Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA.** Revista de Direito do Consumidor, Rio de Janeiro, v. 96, n. 23, nov. 2014. Bimestral.

BARROS, Giselle Nori. **O dever do Estado no fornecimento de medicamentos.** 2006. 219 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** 9^a ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.916/98, de 30 de outubro de 1998.** Política nacional de medicamentos. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em: 20agos. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Decreto nº 7.508/11, de 28 de junho de 2011.** Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Data de Publicação: 29/6/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm>. Acesso em: 20agos. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Data de Publicação: 20/9/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 20agos. 2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Portaria interministerial nº 45, de 27 de Janeiro de 2017.** Dispõe sobre a atualização monetária da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária, prevista no art. 23 da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/acessoainformacao/institucional/legislacao/portariasinterministeriais/2017/portaria-interministerial-no-45-de-27-de-janeiro-de-2017>>. Acesso em: 20 agos. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.897, DE 26 de julho de 2017.** Estabelece a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename 2017 no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio da atualização do elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename 2014. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27487957_PORTARIA_N_1897_DE_26_DE_JULHO_DE_2017.aspx>. Acesso em: 20agos. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 204/07, de 29 de janeiro de 2007.** Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. Disponível em: <<http://>

bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007 /
prt0204_29_01_2007_comp.html>. Acesso em: 20agos. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006.** Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html>. Acesso em: 20agos. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.254 de 29 de julho de 2005.** Constitui Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1254_27_07_2005.html>. Acesso em: 20 agos. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução nº 1, de 17 de janeiro de 2012.** Estabelece as diretrizes nacionais da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cit/2012/res0001_17_01_2012.html>. Acesso em: 20agos. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.** Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Diário Oficial da União. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN.** Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 28 de setembro de 2016. Diário Oficial da União. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657.718/MG.** Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 28 de setembro de 2016. Diário Oficial da União. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Salvador: Juspodim, 2016.

CHENWI, Lilian; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: A focus on the right to housing.** Western Cape: Community Law Centre, 2010.

MAYNARD, Alan. BLOOR, Karen. **Dilemmas in Regulation of the Market for Pharmaceuticals.** Health Affairs. V. 22, n. 31. 2003.

MORELLI, Sandra. The Colombian Constitutional Court: From Institutional Leadership, to Conceptual Audacity. In: BREWER –CARIAS, Allan R. **Constitutional Courts as Positive Legislators. A comparative study.** Ney York: Cambridge University Press. 2011.

NUNES, Antônio José Avelãs. Os Tribunais e o Direito à Saúde. In: NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PEREIRA, Delvechio de Souza. **O orçamento público e o processo de judicialização da saúde**. 2010. Monografia (Especialização) - Curso de Orçamento Público, Instituto Serzedello Corrêa – Isc/tcu, Brasília, 2010.

RECH, Noberto. **A assistência farmacêutica hoje**. O que o SUS oferece. Palestra proferida no II Encontro do Ministério Público Federal e Ministério Público de São Paulo sobre o Sistema Único de Saúde – O Ministério Público na tutela do SUS. São Paulo, 2005.

SCHAPIRO, Mario G. **Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos**: uma tipologia dos desajustes. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 2, mai-ago 2016.

SCHEINBERG, Morton. **Lista de remédio**: demora na inclusão leva demanda ao judiciário. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-23/demora-incluir-remedio-gratuito-sus-leva-demanda-judiciario>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Ufc**, Fortaleza, v. 37, n. 1, p.259-279, jan. 2017. Semestral.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo**: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 18 de junho de 2017.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, n. 2, p. 215, 2007.

Recebido em: 1º maio 2018.

DOCTRINA ESTRANGEIRA



O PROCESSO CONSTITUCIONAL FRANCÊS[†]

*Dominique Rousseau**

Resumo

Uma disputa sobre a implementação de uma medida legislativa, uma decisão sobre este litígio com base nos princípios da publicidade entre ambas as partes e da imparcialidade do tribunal, uma decisão com a sentença de julgamento final: todos os ingredientes de um julgamento estão presentes. Eles podem ser melhorados, complementados, desenvolvidos e, a esse respeito, deve-se enfatizar que o modo de nomeação dos juízes constitucionais não é mais adaptado às suas funções judiciais. No entanto, nem a Corte de Cassação nem o Conselho de Estado, de uma só vez, respeitam todos os critérios formais e materiais do julgamento. De fato, o que está acontecendo no Conselho Constitucional é um verdadeiro julgamento constitucional, sem aspas.

Palavras-chave

Direito constitucional. Jurisdição constitucional. França.

THE FRENCH CONSTITUTIONAL PROCESS

Abstract

A dispute regarding the implementation of a legislative measure, a judgment on this dispute based on the principles of the public hearing of both parties and the impartiality of the court, a decision bearing the authority of final judgment: all the ingredients of a trial are present. They can be improved, complemented, developed, and in this respect one should stress that the mode of nomination of the constitutional judges is no longer adapted to their judicial functions. Yet, neither the Court of Cassation nor the Council of State have at one go respected all the formal and material criteria of the trial. Indeed, what is happening at the Constitutional Council is a real constitutional trial, without inverted commas.

Keywords

Constitutional Law; Constitutional Justice; France.

[†] Tradução para o português de Thomas Passos Martins. Trata-se de uma versão revista e atualizada pelo autor de artigo originalmente publicado como "Le procès constitutionnel", *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°137, 137 - La Question prioritaire de constitutionnalité, p.47-55.

* Professor da Escola de Direito da Universidade Paris 1 Panthéon Sorbonne. Co-Diretor da Escola de Direito da Sorbonne. Diretor do Instituto de Ciências Jurídicas e Filosóficas da Sorbonne. Membro honorário do Instituto Universitário da França. Membro do Conselho Superior da Magistratura da França (2002-2006). Presidente do Conselho Científico da Associação Francesa de Direito Constitucional.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Passados 10 anos da reforma constitucional de 2008, é conveniente recordar algumas inquietações que naquele momento e nos primeiros anos de efetividade da reforma eram trazidas pela então novel QPC (questão prioritária de constitucionalidade). A pergunta corrente era: um “processo”?! Perante o Conselho constitucional?! Por que não chamar então o Conselho de “Tribunal constitucional”?! Ou será que Conselho se tornou uma “Corte suprema”?! Mesmo assim entre aspas, e mesmo com pontos de interrogação, juntar as palavras “processo” e “constitucional” configurava, no mínimo uma provocação, e no máximo, uma falta de saber jurídico. Ou antes disso, contrariamente, pois é sabido que o Conselho não é uma verdadeira jurisdição, que não há litígio nem tampouco partes perante o Conselho. Se sabe que ele decide sem código processual e que a Constituição, no texto original de 1958, não conferiu, expressamente, às suas decisões a autoridade da coisa julgada, limitando-se em determinar que, em seu art. 62, estas “se impõem aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais”.

Talvez esta imagem institucional tenha evoluído, embora continue ainda largamente difundida. No entanto, sob o impulso do decano Georges Vedel e do presidente Robert Badinter, a figura jurisdicional do Conselho foi paulatinamente se consolidando. De modo empírico, ou seja, sem codificação escrita, os membros do Conselho adotaram um método de trabalho de análise dos casos que levou a um resultado favorável ao princípio do contraditório. Duas iniciativas, aparentemente irrelevantes, contribuíram para esta evolução: a publicação no *Diário Oficial* das proposituras de ação de inconstitucionalidade (1983) – medida tomada por iniciativa do presidente Daniel Mayer – e onze anos depois, a publicação neste mesmo diário das observações em defesa da lei transmitidas ao Conselho pelo secretário geral do governo (1994). Logo, a imagem da oposição entre o Conselho Constitucional e os requerentes parlamentares arrefeceu-se para dar ensejo à representação clássica do processo. Isso seria: de um lado os requerentes apresentando as suas críticas contra a lei, suscitando as arguições de inconstitucionalidade, advogando pela revogação da mesma. Do outro lado, o governo, defendendo a lei, rebatendo ponto por ponto os argumentos para que o pedido seja julgado improcedente. Entre os dois, o Conselho, que é a instância terceira, decide tendo em vista esta troca de argumentos. Sendo o conjunto dos argumentos publicado no *Diário Oficial*, cada um pode avaliar o caráter contraditório do processo, bem como a qualidade das argumentações. O presidente Jean-Louis Debré confirmou e ampliou este movimento ao convidar perante o Conselho pessoas com experiência e autoridade em relação às matérias discutidas no caso em apreço, para expor as suas análises acerca da lei impugnada. Antes mesmo da QPC, os elementos

constitutivos do processo estavam presentes, embora de forma sumária, mas não deixavam de estar presentes¹.

A emenda constitucional de julho de 2008, ao conferir a todo jurisdicionado o direito de suscitar perante qualquer jurisdição e em qualquer momento do processo a questão de constitucionalidade da lei que sobre ele incide, evidienciou todos os elementos do processo, bem como os aprofundou, desenvolveu e consagrou. De informal, ou pouco formalizado, no âmbito do controle *a priori*, o processo constitucional passou a ser, com o controle *a posteriori*, constituído e formalizado. O marco jurídico desta transição é, sem dúvida, a adoção pelo Conselho, no dia 4 de fevereiro de 2010 – um mês antes de a QPC entrar em vigor – da decisão “estabelecendo o regimento interno ligado à matéria processual seguido pelo Conselho no âmbito das questões prioritárias de constitucionalidade”. Contudo, não é ele o único. Sem tomar partido em favor das definições formal ou material do processo, os elementos atinentes a uma e outra escola restam suficientemente configurados para que se possa juridicamente falar, hoje, em processo constitucional. Primeiro, porque a prolação da decisão pelo Conselho surge por ocasião de um incidente visando impugnar a lei que se pretende aplicar à pessoa que alega a inconstitucionalidade da mesma. Segundo, porque a decisão do Conselho é proferida com base num procedimento garantidor dos interesses das partes. Enfim, porque a decisão do Conselho, dotada da autoridade da coisa julgada, põe termo ao litígio.

2. UM LITÍGIO CONSTITUCIONAL

Ao preceituar que a QPC pode ser suscitada “num processo pendente de uma jurisdição”, o novo artigo 61 estabelece a necessidade de um processo ordinário, bem como, dentro deste processo, a necessidade da contestação relativa à constitucionalidade da lei por uma das partes. “Contestação” e “por uma das partes”, os dois primeiros elementos constitutivos do processo restam aqui caracterizados. O juiz, administrativo ou judiciário, é provocado, por uma das partes envolvida no processo, no intuito de examinar uma contestação relativa à constitucionalidade da lei, sendo que se o juiz julgar admissível a arguição, será esta contestação transmitida pela mesma parte à apreciação do Conselho constitucional. Cumpre precisar que não será o mesmo que julgou a admissibilidade da QPC, mas sim o advogado da parte na origem do litígio a quem caberá a sustentação perante o Conselho constitucional. E este litígio constitucional está relacionado à lide principal, uma vez que aquele apenas

¹ Ver por exemplo, Dominique Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel, la doctrine Badinter et la démocratie*. Paris: Descartes & Co, 1997; Pascal Jan, *Le Procès constitutionnel*. Paris: LGDJ, coll. “Systèmes”, 2001.

pode ser admitido se o dispositivo contestado for “aplicável ao litígio”, conforme os próprios termos da Lei Orgânica, de 10 de dezembro de 2009. O litígio constitucional é a continuidade necessária do litígio ordinário.

Esta formulação – “aplicável ao litígio” – causou uma divergência fundamental entre a Corte de Cassação e o Conselho Constitucional. Num acórdão de 19 de maio de 2010², a Corte de Cassação recusou-se a transmitir a questão da não-fundamentação de arrestos de cortes criminais, alegando que “a questão tende, na realidade, a contestar não a constitucionalidade dos dispositivos atacados, mas sim a interpretação destes dada pela Corte de Cassação à luz do caráter específico dos arrestos proferidos pelas cortes criminais no que diz respeito a ação pública”. Recusa e argumentação surpreendentes, já que o requerente impugnava “a constitucionalidade dos dispositivos dos artigos 353 e 357 do Código de Processo Penal” – o que a Corte reconhece de forma implícita ao reescrever a questão: “na realidade”, escreve ela – esta não-fundamentação resultava menos de uma interpretação da Corte que de um dispositivo literal do código de processo penal. Logo, a argumentação sustentando a recusa de transmitir, constitui o meio para a Corte estabelecer o princípio de que a QPC não pode incidir sobre a interpretação jurisprudencial do dispositivo legislativo, no momento específico em que o procedimento da QPC começava a vicejar.

Na sua decisão do 6 de outubro de 2010³, o Conselho afirmou o princípio contrário, julgando que “ao levantar uma QPC, todo jurisdicionado tem o direito de impugnar a constitucionalidade do caráter efetivo que uma interpretação jurisprudencial venha a conferir a este dispositivo”. Não deixa de ter razão. Com efeito, na medida em que o constituinte reformador quis que uma QPC pudesse ser provocada contra leis promulgadas, a contestação do jurisdicionado versaria necessariamente, não sobre o dispositivo legislativo tal como aprovado pelo legislador, mas sim sobre o dispositivo tal como interpretado-aplicado pelos juízes. Este deslocamento do objeto da impugnação é justamente o que distingue o controle de constitucionalidade *a priori* do controle *a posteriori*. No âmbito daquele controle, a crítica versa apenas sobre a lei “seca” porquanto intervém antes da sua promulgação, antes da sua entrada em vigor e, portanto, antes da sua interpretação pelos juízes. No âmbito do controle *a posteriori*, no entanto, a crítica versa necessariamente sobre a lei já em vigor, isto é, sobre a lei aplicada e, portanto, sobre o “caráter efetivo” que o juiz lhe deu por meio da sua interpretação. Com a QPC, o controle de constitucionalidade sai de uma lógica puramente abstrata, passando a examinar não mais a

² Cass., QPC, 19 de maio de 2010, 09-82582, *M. Yvan Colona, Gaz. Pal.*

³ CC, 6 de outubro de 2010, 2010-39 QPC, *JO*, 7 de outubro de 2010, p. 18154.

lei parlamentar, mas sim a lei “jurisdicional”, a dita lei viva, conforme expressão da doutrina italiana⁴, aquela que produziu efeitos concretos sobre o jurisdicionado, motivo este que tem, inclusive, levado o requerente a suscitar o litígio constitucional de forma a se constituir parte de um processo qualificado de constitucional – já que o litígio versa sobre a constitucionalidade do “dispositivo aplicável”.

Muito embora contradiga a posição perfilhada pela Corte de Cassação, a decisão do Conselho não põe os juízes constitucional e judiciário em concorrência. Com efeito, o Conselho não substitui a sua apreciação pela da Corte; sendo constante⁵, os juízes constitucionais considerarão a interpretação dos juízes ordinários como a “interpretação autêntica”, aquela que produz efeitos jurídicos concretos. Um dispositivo legislativo não poderá, portanto, suportar duas interpretações concorrentes, a do juiz ordinário e a do juiz constitucional; apenas uma interpretação terá que ser considerada, a do juiz ordinário. Todavia, esta interpretação não será “soberana” uma vez que é submetida ao controle do Conselho; ou seja, o Conselho examinará a constitucionalidade da interpretação dada pelo juiz. Foi nesta perspectiva que o Conselho julgou que, ao interpretar o artigo 365 do Código Civil como contrário à adoção de um menor por um casal não casado legalmente, a Corte não teria violado o direito de ter uma “vida familiar normal”, nem sequer contrariou o princípio de igualdade. A resposta pode não convencer. Porém, com base na velha estratégia adotada desde o caso *Madison v. Marbury*, de ousadia jurisprudencial, o Conselho necessitava estabelecer o princípio da sua competência jurisdicional sobre as interpretações dos juízes “ordinários”, sem contudo, precisar aplicá-lo no caso em apreço.

De forma engenhosa, o Conselho pronunciou a sua primeira sanção a respeito de uma interpretação dada pelo Conselho de Estado uma semana depois. No 14 de outubro de 2010⁶, ao examinar a qualificação jurídica da obrigação de saldar da companhia agrícola de Crau, em prol do Estado, utilizando uma parte do seu lucro líquido global, o Conselho decidiu que a qualificação que deveria prevalecer não era a do governo – uma obrigação contratual – mas aquela conferida pelo Conselho de Estado no seu acordão de 27 de julho de 2009 – uma contribuição de cunho fiscal. Sendo do entendimento do Conselho

⁴ Ver, por exemplo, Gustavo Zagrebelsky, “La doctrine du droit vivant et la QPC”. *Constitutions. Revue du droit constitutionnel appliqué*, n.1, 2010; Caterina Séverino, *La Doctrine du droit vivant*, Paris, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2003.

⁵ Há de se esperar belos debates acerca do significado da expressão “constante”: será preciso de um determinado “prazo” decorrer para que a jurisprudência seja considerada como “pacificada”? De que jurisprudência se trata? Como levar em conta as eventuais relutâncias das cortes de apelação em relação à uma jurisprudência sedimentada pela Corte? Deve se considerar que os influxos ou as alterações de jurisprudência constituem mudanças de circunstâncias de direito suscetíveis de dar ensejo a uma nova QPC?

⁶ CC, 14 de outubro de 2010, 2010-52 QPC, JO, 15 de outubro de 2010, p. 18540.

de Estado que a obrigação de que se tratava caracterizaria uma contribuição de cunho fiscal, o Conselho julgou que esta mesma obrigação contrariava o princípio de igualdade perante os encargos públicos, enfatizando, ademais, que a companhia agrícola de Crau era a única sociedade agrícola sobre a qual recairia este tipo de ônus fiscal.

Se, como muitos civilistas acreditam, a existência de um litígio configura o critério decisivo, senão distintivo, do processo, há de se inferir que este critério resta plenamente caracterizado pela QPC, já que esta nasce de uma contenda relativa à constitucionalidade do dispositivo aplicável à parte que a tem provocado.

3. A GARANTIA DOS INTERESSES DAS PARTES

Caso a lide constitucional for admitida, importa ainda – para que a qualidade de processo constitucional seja reconhecida –, que esta seja resolvida de acordo com os próprios princípios da função de julgar. Segundo dizia o Professor Serge Giunchard, o critério processual configura o principal elemento constitutivo do ato jurisdicional e, por via de consequência, do processo. Logo, desde a introdução da QPC, o Conselho foi formalmente submetido às exigências do processo equitativo e do tribunal neutro e imparcial. A formalização da tramitação processual no Conselho é, para bem dizer, a consequência necessária do reconhecimento da sua função de juiz no bojo de uma controvérsia constitucional. De fato, se a Corte de Estrasburgo não analisasse as questões prejudiciais de constitucionalidade como um processo, não as submeteria às exigências do artigo 6 da Convenção⁷.

Vejamos algumas regras processuais específicas.

As *regras do processo equitativo* são elencadas nos artigos 1º, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12. As *regras do contraditório* são asseguradas pela possibilidade de as partes apresentarem as suas observações. Cada vez que uma QPC é transmitida ao Conselho, o secretário geral comunica ao requerente, ao governo e às demais autoridades habilitadas a intervir⁸, acerca do prazo para eles produzirem as observações e os documentos sustentando estas diversas pretensões, assegurando, ademais, a circulação dos documentos entre as partes, inclusive as respostas formuladas por cada uma delas. Por uma questão de celeridade – o Conselho deve se pronunciar num prazo de até três meses –, as notificações hão de ser expedidas por via eletrônica. O Conselho pode decretar medidas de instrução, suscitar de ofício novos fundamentos jurídicos, e requerer a oitiva de pessoas com conhecimento da matéria. Nestas hipóteses, o regimento

⁷ CEDH, 23 de junho de 1993, Ruiz-Mateos, in Frédéric Sudre, *Les Grands Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2009.

⁸ O presidente da República, o primeiro-ministro, o presidente da Assembleia Nacional e o presidente do Senado.

interno obriga o Conselho a comunicar as medidas adotas às partes e autoridades intervenientes, de modo a lhes oferecer a possibilidade de responder.

A regra da publicidade dos debates é assegurada pelo acesso ao público à sala de audiência, também, a instalação de um espaço reservado ao público, um sistema de vídeo transmissão dos debates disponível na sala de audiência, e a divulgação, decidida pelo presidente do Conselho após ter consultado as partes, dos debates no site virtual do Conselho.

A regra da oralidade é assegurada pela sustentação dos advogados do requerente, a intervenção de um representante do governo, e a recente prática de uma interlocução entre os membros do Conselho e os representantes das partes.

A regra do segredo da deliberação, estabelecida no artigo 11 do regimento processual, reza que de acordo com a regra de todo processo jurisdicional, só os membros presentes durante a audiência pública podem participar da deliberação. Deverá constar da decisão o nome das partes e dos seus representantes, o do relator e dos membros presentes, sendo a decisão lavrada pelo presidente, o relator e o secretário geral.

As regras da neutralidade e imparcialidade do tribunal figuram no artigo 4 do regimento processual, o que instituiu um mecanismo permitindo o impedimento do membro do Conselho que declarar de ofício a sua imparcialidade. Além da hipótese de que um membro se declare inapto para julgar determinado caso, existe a possibilidade de o jurisdicionado arguir o impedimento de um membro do Conselho por meio de um escrito especialmente fundamentado, juntando documentos suscetíveis de justificar o pedido, pedido este a ser expedido antes da data de recepção das primeiras observações. Caso estas duas condições sejam preenchidas, o pedido será transmitido ao membro do Conselho contra quem o impedimento foi requerido; se este divergir do pedido, o Conselho fará a apreciação e decidirá sem a participação do membro cuja imparcialidade fora impugnada pela parte interessada. Afora estes de interesse entre uma parte e um membro do Conselho – como a de relação de parentesco, por exemplo –, as hipóteses mais frequentes de impedimento, à luz das exigências de neutralidade e de imparcialidade, versam sobre a participação de um juiz constitucional, no exercício das suas funções anteriores, na elaboração do dispositivo legislativo impugnado. Dado que muitos dos juízes constitucionais foram anteriormente parlamentares, ministros, membros do Conselho de Estado, sendo que alguns deles foram até mesmo presidentes da República, a neutralidade e a imparcialidade que deles se exige, poderiam estar legitimamente comprometidas caso devessem eles julgar a constitucionalidade de uma lei da qual foram, alguns anos antes, autores. O artigo 4 do regimento processual previu esta hipótese específica quando, ao se referir explicitamente à jurisprudência da Corte de Estrasburgo, determina “que, em si mesmo, o fato de um membro do Conselho ter participado da elaboração de

um dispositivo legislativo impugnado por meio de uma QPC não constitui uma causa de impedimento". De sorte que o jurisdicionado não deverá limitar-se a arguir que um juiz constitucional foi ou não parlamentar quando o dispositivo questionado tinha sido adotado. Deverá também provar que ele teve um papel significativo na sua elaboração. Por exemplo, Guy Canivet, primeiro presidente da Corte de Cassação quando do acórdão *Perruche*, afastou-se por iniciativa própria no dia em que o Conselho julgou a questão de constitucionalidade da lei chamada "anti-*Perruche*".

Estas transformações jurídicas estão sendo acompanhadas de importantes transformações arquiteturais no âmbito do *Palais de Montpensier* (sede do Conselho Constitucional), conferindo uma figura jurisdicional ao Conselho: nova sala de audiência, distinta da sala de deliberação e semelhante a de qualquer tribunal, sala reservada aos advogados, serviço jurídico consolidado, biblioteca ampliada etc.

4. A AUTORIDADE DA COISA JULGADA

A autoridade da coisa julgada é o último elemento constitutivo, é aquele que decorre da decisão que põe termo a um litígio com base nas regras atinentes a função de julgar, e é também uma característica das decisões do Conselho. A autoridade da coisa julgada é prevista pelo artigo 62 da Constituição, já consagrada no âmbito do controle *a priori*, e realiza-se plenamente no âmbito da QPC, contudo com uma visibilidade e uma vigilância decerto mais importantes. Com efeito, uma *decisão de indeferimento* da QPC gera a retomada do curso regular da lide principal, que tinha sido suspensa até a resolução do processo constitucional.

Pode ainda ocorrer uma *decisão de indeferimento com ressalvas*, isto é, uma decisão em que o Conselho define as modalidades da aplicação constitucional do dispositivo atacado, declarando-a, portanto, conforme à Constituição com a ressalva de ser aplicada de acordo com as suas "diretivas", beneficiando-se de uma autoridade mais vinculante em relação às autoridades administrativas e jurisdicionais. Até então, o Conselho não possuía nenhum meio para verificar se estas autoridades cumpriam ou não as suas "diretivas de aplicação". Atualmente, em caso de descumprimento destas, poderá a parte interessada suscitar uma QPC alegando o desrespeito da autoridade da coisa julgada, componente necessário do direito ao juízo e a um processo equitativo.

Uma decisão de inconstitucionalidade que importa na anulação do dispositivo legislativo: o Conselho tem a possibilidade de modular os efeitos no tempo desta anulação, conforme reza o novo artigo 62 da Constituição. Esta faculdade é particularmente importante no que diz respeito ao interesse de pleitear a arguição de inconstitucionalidade já que a anulação produz efeitos para o futuro, poderia esta não aproveitar a um jurisdicionado que logrou êxito num

pedido resultante de uma QPC. Deste modo, o requerente pode privilegiar a arguição de inconvencionalidade com o objetivo de afastar a aplicação da lei no seu caso concreto. Assim, logo na sua primeira decisão de QPC, o Conselho quis mostrar para o jurisdicionado o efeito útil de uma decisão de anulação. Em sua decisão de 28 de maio de 2010, relativa às pensões, a declaração de inconstitucionalidade teria tido como consequência lógica – e perversa – o poder de reprimir o regime anterior, que era ainda mais desigual do que o anulado. Por consequência, o Conselho decidiu, no arrimo do artigo 62 da Constituição, prorrogar para 1º de janeiro de 2011 a data de anulação dos dispositivos declarados inconstitucionais. Neste caso o legislador foi instando a aprovar, antes desta data, uma lei que pudesse remediar a inconstitucionalidade. Contudo, o adiamento dos efeitos da anulação dos dispostos invalidados não deixavam de prejudicar os requerentes já que, muito embora declarados inconstitucionais, continuariam em vigor até o dia 1º de janeiro! É por esse motivo que o Conselho pediu às jurisdições inferiores que sustassem o julgamento destes litígios, não aplicando, assim, os dispositivos declarados inconstitucionais, ou seja, a suspensão dos processos até o 1º de janeiro de 2011.

Por meio desta primeira decisão, o Conselho desvela o espírito pelo qual pretende conduzir o contencioso das QPC. Recusando uma abordagem tímida ou cautelosa deste novo meio, não hesita ele em revogar leis promulgadas para o imediato proveito dos requerentes e de todos que se encontram na mesma situação. Entretanto, tendo em conta a segurança jurídica e a competência do Parlamento, mostra-se prestes a modular os efeitos das suas decisões para permitir a cada um, e notadamente ao legislador, tomar as medidas adequadas para atender às exigências constitucionais tecidas pelo Conselho.

Obviamente, a coisa julgada pelo Conselho Constitucional sempre poderá ser discutida, seja pela Corte Europeia de Direitos Humanos, seja pelo poder constituinte reformador. O mesmo, contudo, ocorrendo em relação aos acórdãos da Corte de Cassação e do Conselho de Estado, sem que isto desqualifique a natureza jurisdicional das decisões proferidas por elas no âmbito de um processo: recorde-se que julgamentos de ambos já foram muitas vezes contrariados pela Corte de Estrasburgo e que o poder legislativo já desaprovou a Corte de Cassação quando adotou a lei conhecida como “anti-Perruche”, em referência ao nome do acordão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma lide sobre a aplicação de um dispositivo legislativo, um julgamento acerca desta lide realizado de acordo com os princípios do contraditório, da publicidade, da oralidade, da imparcialidade do tribunal, e uma decisão dotada da autoridade da coisa julgada: todos estes elementos constitutivos do processo restam configurados. Podem estes elementos serem aperfeiçoados, completados, aprofundados, sendo preciso por exemplo retomar a discussão

acerca do modo de escolha dos juízes constitucionais, modelo este que não se coaduna com a função jurisdicional. Porém, nem a Corte de Cassação e ainda menos o Conselho de Estado, respeitaram juntos os critérios formais e materiais do processo. Seguramente, o que ocorre no Conselho constitucional é de certo um processo constitucional. E sem aspas!

REFERÊNCIAS

- JAN, Pascal. *Le Procès constitutionnel*. Paris: LGDJ, coll. "Systèmes", 2001.
- ROUSSEAU, Dominique. *Sur le Conseil constitutionnel, la doctrine Badinter et la démocratie*. Paris: Descartes & Co, 1997.
- SEVERINO, Caterina. *La Doctrine du droit vivant*. Aix-en-Provence: Economica-PUAM, 2003.
- SUDRE, Frédéric. *Les Grands Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Paris: PUF, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. "La doctrine du droit vivant et la QPC". *Constitutions. Revue du droit constitutionnel appliqué*, n.1, 2010.

Submetido em: 31 maio 2018. Aceito em: 11 jun. 2018.



FROM THE COUP TO THE 2013 ELECTIONS: IMAGINARIES OF CHANGE AND HONDURAN RESISTANCE PATHS

J. Álvaro Cálix R.*

Resumo

Este artigo descreve e analisa a história da Constituição e a mobilização de novos atores sociais em Honduras desde o golpe de estado de 2009. A referência é de atores que têm surgido com uma agenda de reivindicatória de inclusão, com base em imaginários sociais que se opõem os imaginários do Status quo. Tudo isso no contexto de um país com um sério atraso social, imerso em uma polarização política e altas taxas de violência social

Palavras-chave

Partidos políticos. Movimentos sociais. Imaginários sociais. Projetos emancipatórios. Crise hondurenha.

Abstract

This article describes and analyses the constitution and mobilization trajectory of new social actors in Honduras since the coup of 2009. The reference is about actors that have emerged with a vindictory agenda of inclusion, based on social imaginaries that are opposed to the imaginary of the establishment. All this within the framework of a country with deep social lags, immersed in a political polarization and high rates of social violence.

Keywords

Political Parties. Social Movements. Social Imaginaries. Emancipatory projects. Honduran crisis.

1. INTRODUCTION

It is a valuable effort to reflect about social struggles in Central American countries, located in an area of strategic importance to the U.S.A., sometimes called the U.S.A. *backyard*. It is added that Honduras has been one of the Latin American countries traditionally characterized by the absence of a national

* Investigador social y analista político. Doctor en Ciencias Sociales con Orientación en la Gestión del Desarrollo Sostenible (Universidad Nacional Autónoma de Honduras). Miembro del grupo de trabajo Transformación Social-Ecológica en América Latina, auspiciado por la Fundación Friedrich Ebert.

bourgeoisie capable of integrating social relations; so it was the foreign capital which previously molded the structure of the State (Arancibia 1991).

On the other hand, it is necessary to acknowledge that Honduran resistance fights take place in a moment that two trends are intercepting each other: the deepening of the strategy of accumulation by dispossession in territories which tend to denationalization (Harvey, 2003), and the expansion of anti-neoliberal regimes of neo-developmental orientation in the South of the continent (Stolowicz, 2009).

Since 2009 coup d'état, social tensions have become more complex than in any other time in the Honduran history. Indeed, now there is a lethal cocktail characterized by at least five critical factors (Calix, 2014): a) high level of citizen insecurity and impunity (the worldwide highest homicide rate, with vast territories controlled by drug cartels and organized crime groups, b) notable levels of poverty and inequity (7 of every 10 Honduran are poor, and it is one of the five most inequitable countries in Latin America, c) fiscal insolvency (the highest fiscal deficit of Central America in 2013, and a growing trend towards public borrowing, d) environmental vulnerability, compounded by climatic shocks of the last few decades and, e) political polarization after the coup, that has meant a relative loss of the dominant hegemony.

The neo-liberal orientation promoted in Honduras since the 90s of the 20th century led to a series of measures of people dispossession and reduction of the State roles in economic and social policies. Pressured by circumstances, unions and social movements had to fight against the displacement effects of the imposed model, and although they could not reverse the majority of decisions taken by the governments, at least they internalized the need to coordinate the efforts of resistance against the neo-liberal offensive.

On the other hand, also from the 1990s there also were highlighting movements and organizations that raised to the political system non-traditional demands, which include gender equity, the fulfilment of human rights -in particular those of the childhood and the adolescence-, environmental responsibility and the vindication of the rights of indigenous and black peoples. Even though, the new struggles did not let appear fragmented, while traditional demands - linked to labour arena - lost their importance in the political debate.

In this context, the modest but symbolically expressive Manuel Zelaya's Government spans between 2006 and 2009, came to create a situation that opened spaces for participation and articulation to certain social movements, especially in support of measures of energy sovereignty, the entrance to the Petrocaribe and ALBA structures, the leveling of the minimum wage to the cost of living and, not least, the initiative of a non-binding public consultation to promote a National Constituent Assembly.

Manuel Zelaya chaired the Government between 2006 and 2009, in that period he still belonged to the Liberal Party. This party along with the National Party make up the historic bipartisanship that dates from the beginning of the 20th century. The coup came to split the Liberal Party, and an important part of its militants and leaders joined the dissident forces that later, in 2012, would create the Freedom and Refoundation Party (LIBRE).

So the overthrow of Manuel Zelaya does not happen in a vacuum, rather triggers an underground construction process of subaltern identities. That is why the spontaneous protest could rapidly become an organizational space that integrated multiple dissatisfactions of the Honduran population with the political system, economic orientation, and the dominant cultural matrix. So resistance forces gather in the first instance, not only the social movements who built some kind of relations with Zelaya's Government, but also gather other actors who had criticized the former Zelaya's decisions.

2. THE IMAGINARIES IN DISPUTE

The 21st century second decade has shown, with great intensity, the antagonism between social imaginaries¹ of the subaltern sectors and the imaginary of those who have exercised political and economic power in Honduras. The visualization in the social arena of an emancipatory projects wide arc poses the challenge of articulation in the diversity of the social actors who question both the current correlation of forces as the public policy orientation.

The Honduran oligarchic status quo imagery can be synthesized in at least five fundamental assumptions: a) the idea of order as denial of conflicts, with a repressive security conception, b) acceptance of inequality and concentration of wealth as a requirement to facilitate room for manoeuvre of the "big entrepreneurs" capable of creating wealth and employment, c) the subordination of nature as a passive subsystem within the economic system, d) conceiving democracy as a system limited to electoral issues and the dispute for power between elites under certain rules, with high barriers to entry for new players, and . e) patriarchy as a regulatory factor of gender relations in all spheres of society.

Meanwhile, at the core of the underground imaginaries it is possible to notice an interpellation to the narrow democratic matrix - shackled to the electoral aspects – and instead of that reduction, there is a proposal to expand the democratic horizon and praxis, as an inclusive political system, mostly as a style of life capable of shaping social relations in the micro, meso and macro

¹ For the purposes of this article, the notion of social imaginary is understood in the sense which Castoriadis (1983) refers to their instituting dimension, as those representations that question the established order.

social levels. To achieve this democracy-building project, it is crucial the plural inclusion of social sectors within a process of constitutional framework redefinition.

Of course, specify the convergences and define the differences in the positions of the subalterns actors is not an easy task. Several sectors believe that the objectives and instruments of change should be limited to the political current room for manoeuvre, while other actors, especially linked to territorial movements are demanding a deeper change, to allow a refoundational time for Honduran society.

Highlights the fact that there are visible overlap between the actors who are part of the resistance forces, in particular with regard to the transformation of gender relations and on the concepts of democratic rule. In regards to the first theme, the basic idea poses to equate gender opportunities, since the possession of economic assets, access to educational and employment opportunities, rights to personal integrity and stop the violence suffered by women in different spheres. On the second issue, there is a tacit agreement to appeal to a conception of democracy which better combine the dimensions of representation and participation, for which becomes priority to deepen the participatory dimension, because this has been reduced to the practice of voting and communal mechanisms with little connection to the crucial decisions that mark the course of public policy.

About differences in point of view, the main disagreements are identified in economic system scope to organize and distribute the production and wealth. A group of actors, linked to the middle classes and certain professional guilds, criticize neoliberalism but without questioning the structural capitalist relations. Indeed, they are inclined to state recovery of certain functions of economic regulation, shielding the essential public services, as well as a greater capacity for tax collection based on direct taxes. Other groups, conceive and are demanding a radical transformation of the relations of production to dismiss the capitalist accumulation logic, to make way for a generation of socially distributed surplus, exceeding the vision of individual profit. There are also another postures that promote alternative forms of economy in the microsocial spaces, linked to the logic of fair trade, self production and anticonsumersim.

Honduras as a mostly *mestizo* country (Eraque, 1996) - approximately 90% of the population-, it has been difficult to properly weigh demands from indigenous groups and afro descendants, even though they are those most impacted by the relations of domination, in particular by accumulation by dispossession strategies linked to the mining extractions, the extensive plantations such as palm, the hydroelectric projects and, recently, by the granting of

sovereignty which will imply the already-approved development special regions regime, commonly known as charter cities².

In the midst of adverse conditions and open discrimination and helplessness, imaginaries of indigenous groups and afro-descendants claim the respect of ancestral forms of coexistence with the land and the ecosystem in general, as well as an enlargement of the structure of opportunities to overcome their shortcomings in terms of income, health, education and political representation³.

3. ARTICULATION IN DIVERSITY

The coordination and mobilization of various excluded groups has therefore presented real problems that have impacted the cohesion required to confront the status quo. Even so, it is possible to identify a first great achievement of the social struggle undertaken in 2009 to date; despite the differences of vindictive horizon, in addition to repression and media disqualification, it was not given a rout of the social energy unleashed after the coup. Of course, there were different intensities of the protest cycles, some divisions were given, but the bulk of the social force remained articulated in the National Front against the Coup d'etat, which later became the Popular Resistance National Front (FNRP, for its spanish acronym).

One of the first collective decisions taken by sectors in resistance was the one of not endorsing elections in November 2009. The position was blunt: if the pro-coup sector did not reverse, they would not participate in the electoral process. Because the coup was no reversed, the vast majority of people did not participate in the elections. That is why the turnout was only 49%, the lowest since the return to constitutional order in 1980.

The external mediation initiatives to reverse the coup were ineffective, but at least they allowed the safe-conduct granted to ousted President so he could go out of the Embassy of Brazil (in Honduras) towards the Dominican Republic. While Zelaya was in exile, between January and may 2011, the FNRP followed discarding the electoral way, opting instead to promote the call for the National Constituent Assembly. Meanwhile, the results of elections in 2009

² The model cities are based on the concept of the "charter cities" postulated by Paul Romer, an American economist and Professor of the University of New York, which advocates the establishment of special development zones similar to Singapore and Hong Kong, which have flexible legislative and economic provisions that allow them to become key sources of trade. In Honduras, the proposal of establishing a model city implies to create an independent territory with autonomous administration of the Honduran Government, that would have its own laws, judiciary and tax collection system.

³ In essence, claiming imaginaries of indigenous and black peoples are the ones closer to the "Buen Vivir" paradigm that has emerged in the social change processes in Bolivia and Ecuador..

allowed an almost absolute power concentration in favour of the National Party, in collusion with the soon diminished Caucus of the Liberal Party. Such a concentration of power made possible quickly approval of economic measures which put emphasis on indirect taxes, as also decrees that promoted the sale of Honduran territory and its natural resources through blatant concessions. Vis à vis these measures, the repression state arm was expanded due to increase of military presence in internal security duties.

The effervescence of social mobilization seen between June 2009 and January 2010 was decreasing from there onwards, somewhat predictable according to social protest intensity cycles. In any case, the Government still worsened the confrontation with one of the country's strongest unions- the teachers-, and through intimidation and repression was able to weaken them over the period 2010-2013. Also the government raised the spoils and repressive strategies against social movements of territorial base (who were opposed to hydroelectric projects, mining concessions, or that demanded land claim).

There is a kind of paradox here: the unprecedented joint forces around the FNRP was barely useful to stop the machinery of people dispossession and concentration of oligarchic power. There should be several reasons behind this phenomenon, however, the weight of two factors should be seen as a hint toward a plausible explanation: the progressive FNRP electoral tilt and, not less significant, the notable oligarchic regrouping to confront and to weaken the resistance forces⁴.

On the orientation of the FNRP, then comes one of its first internal conflicts. The sectors mostly linked to territorial grassroots movements were demanding greater solidarity in favour of sectors mostly hit by the regime. This conflict was not processed optimally and resulted in disqualifications and mutual resentment that, without destroying the FNRP, ended up limiting their vindictive horizon.

In the second quarter of 2011 a mediation initiative tooks place at the request of the Presidents of Venezuela and Colombia, to facilitate that Honduras could reach internal agreements that put an end to the repression and political persecution. This initiative gives rise to the Cartagena Agreement, which without going into the depth of the social conflict, paves the way for the safe return of former President Zelaya and several former officials of his

⁴ The alignment of the status quo occurs even in a moment in which the dominant faction of the national party is assumed as an aggressive emerging economic group, which through business with State and new sources of foreign investment attraction has planted a challenge to the oligarchic group that has monopolized economic power in the last 20 years. The existence of LIBRE and the FNRP has induced a kind of relative truce or low intensity war between economic factions.

Government, as well as the guarantees to allow the FNRP become a political actor tolerated by the *status quo*.

The Zelaya's country return, in may 2012, provoked a relevant change in the FNRP route. Zelaya and his closest followers persuaded the FNRP to accept electoral option as the most suitable in that moment, and therefore it became urgent to create a political party to get in into the elections of November 2013. that decision caused a new dissent inside the FNRP among those who did not want to endorse the national electoral process, due to the lack of transparency in the rules of the game. Even with this fracture, the FNRP continued keeping inside the majority of followers and sectors that opposed the coup, in an amalgam that consisted mainly of dissidents of the Liberal Party, trade unions and social movements, except as it is inferred, those of territorial base who felt that the FNRP had sidestepped the support to their struggles.

4. THE ELECTORAL ARM BUILDING

In March 2012, it is legally created the Freedom and Refundation Party (LIBRE, by its spanish acronym). Thereafter the FNRP is completely subordinated on the electoral strategy. The novel party began with scarce economic resources that are offset with an impressive volunteer base. This volunteer base will make it also possible to constitute the political cadres and the communal collectives to carry on the electoral campaign. In November of 2012, LIBRE wants to demonstrate its social support, that is why the party authorities announced to celebrate primary party elections, as ordinarily do the National and the Liberal Parties. There were created five internal movements, and all of them agreed to present a unique presidential candidature: Xiomara Castro (Manuel Zelaya's wife). Therefore, the LIBRE primary party elections focused on the National Congress and municipal corporations candidatures. Nearly two-thirds of the candidacies were won by Liberal Party dissidents movements.

In Honduras, according to the law, the primary elections are supervised by the Electoral Supreme Tribunal (TSE). According to the questionable results of TSE, LIBRE reached five hundred ninety four thousand votes, against the seven hundred nineteen thousand who reached the Liberal Party and the million hundred forty thousand of votes allocated to the national party.. However, it is *vox populi* in the country that the two traditional parties have historically inflated the results of their primaries to auto enhance its image of massive support political forces.

But LIBRE is not the only party that arises after the crisis of 2009. Indeed, the number of parties went from five to nine, which means that four new parties were created to participate in the elections of 2013. In addition to LIBRE, there was born the Anti-Corruption Party (PAC, led by an old and famous

sports TV presenter; the FAPER, coordinated by an experienced human rights defender -FNRP dissident-, and the Patriotic Alliance, created by the head of the armed forces at the time of the 2009 Coup. Of those four new parties, it was clear that LIBRE had the biggest drag, followed by the PAC, while the other two showed a negligible electoral support.

While the mainstream corporate media stigmatized or close spaces to LIBRE - at the same time that they casted the two traditional parties-, Most of the polls during 2013 indicated that Xiomara Castro would win November elections. It is true that LIBRE did not have the structures and resources of the National and the Liberal parties, but those shortages were compensated by two significant strengths: the symbolic unifying effect that resistance to the coup represented, and the remarkable volunteer mobilization who created and held the territorial collectives around the country.

The tolerance of the regime towards the FNRP-LIBRE showed to be ambiguous, since in a camouflaged manner the Cartagena Agreement was breached. Indeed, reports carried out by national and international human rights organizations indicated that political repression continued, not only against the FNRP-LIBRE but also against social activists opposed to mining, hydroelectric projects and expansion of monoculture plantations like oil palm.

5. THE ELECTORAL BET: WITHOUT STRATEGIES AGAINST THE REPRESSION AND THE PROBABLE FRAUD

The electoral euphoria, as promise of institutional change from 2014, sidestepped the opposition role to criticize the situation of violence, corruption, plunder and authoritarianism that characterized the current government. In addition, the favorable polls and the LIBRE massive political rallies in all regions of the country, somehow injected an exaggerated optimism that lower the guard about the likely electoral fraud. Most critical sectors linked to the FNRP, as well as social movements articulated in Refoundational Convergence Unit (not integrated into LIBRE) alerted on the danger if the new party do not built a strategy to reverse the fraud. Curiously, the party that was most consistent to claim the manipulation of the electoral census and the weaknesses of the system of transmission was the Anti-Corruption party (PAC), while LIBRE authorities did not seem to be worried about those risks.

Even with the presence of dozens of international observers, one week before the elections there was a increase of intimidatory actions towards people related to the FNRP-LIBRE, perpetrated by the repressive forces of the State, including the newly created military police. At the same time, the ruling party machinery multiplied clientele political actions across the country, delivering food, cement, discount cards or cash to buy voters undecided and pressed by the economic narrowness.

Certainly, that was the most internationally observed election in Honduran political history. But one thing is the first act - the polling among seven in the morning to five in the afternoon - and another is the vot counting and subsequent transmission of data. During the first act, polling passed with relatively normally, with some episodes of violence against representatives of LIBRE and electoral custodians. In the second act, in the darkness of the night, is when it is forged the other part of the fraud that completes the manipulation of the census, the transfer of electoral credentials and vote-buying. It appears in scene the transmission and fingering, area in which even the complacent reports of the OAS and the European Union recognized weaknesses in the Security Protocol.

Entering shamelessly electoral records favoring the National Party, close to nine o'clock in the evening the TSE declared partially first official results giving an advantage of approximately five points to the pro-government candidate. That advantage, in the next two days was stretched to eight percentage points. Meanwhile LIBRE and PAC were showing evidence, despite the media siege and the silence of the justice system, of multiple irregularities in traffic of credentials, falsification of records and substantial digital data "failures".

The little reliable final results reported a turnout of 61%, much higher than the ones reported in the election of 2005 and 2009, but this is a relatively low considering the expectations placed in the process by the citizenry in resistance and by the own political elites. But even so, after the elections, at the presidential-level LIBRE is positioned with the national party as the first two political forces of the country, followed by the Liberal Party and the PAC, while the rest of parties, as a whole, did not even get 1% of the valid votes. At the legislative level -128 seats-, LIBRE reached 37, the national party got 48, Liberal Party 26, PAC 13, PINU 1, PDCH 1 and UD 1. At the local level -298 municipalities-, LIBRE obtained a modest share of 31 mayors. In the balance, according TSE data, LIBRE had 28.79% of valid votes at the presidential level, the 28.9% at the National Congress, and 10.4% of the local governments (Otero, 2014).

For the period 2014-2018 government will continue in power of the National Party, a peculiar event, because taking advantage of the fragmentation of the partisan spectrum, this party for the first time reaches to win two consecutive Governments since the return to constitutional order in 1980. Notwithstanding this fact the National Congress shows a new correlation of forces, since four parties have a significant number of seats. Should be noted that none party achieved 65 seats required for a simple majority (the national party had won 71 deputies in the elections of 2009), much less to reach the qualified majority of two thirds (85 seats). LIBRE become the biggest opposition caucus; however, it could be able to promote a progressive agenda just if

the party gets to build alliances with the other opposition parties, something that although is not impossible either is taken for granted, considering the ideological alignments of Honduran political parties.

At the beginning of 2014 a new parties architecture is seen in the political system. It is not the death of the Liberal bipartisanship, but it is a strong huge tremor that, according to the actors behaviour and the environment conditions trends, it could be ratified in upcoming elections.

After knowing the National Congress deputies composition, the outgoing Legislature hastily passed dozens of decrees, in particular tax increases and private concessions, as well as high level appointments in auditing institutions as the Attorney General of the Republic and the Supreme Electoral Tribunal, thus usurping powers which, according to the law, corresponded to the new legislature. This foreshadows a great power concentration in the Executive Branch, as a National Party strategy to compensate for not having enough seats in the National Congress. In any case, it should be noted that the national party could continue having a strategic ally in the Liberal Caucus to get the majority required to approve most of the legislative branch decisions.

6. CHALLENGES IN THE SHORT AND MEDIUM TERM

It is crucial that the heterogeneous resistance forces consider the current time as a time to rethink the action both in the parliamentary field and in the social movements arena. Inside LIBRE this should be a self-criticism moment, to deduce lessons, correct mistakes, and, consolidate successes. Critical reflection should recognize, first of all, the remarkable electoral support the party achieved in his first participation, despite being a party created just sixteen months before national elections. But the leadership should also assume that the symbolic effect of the coup will weigh less as crucial factor to obtain citizenship support in upcoming elections. Hence, the party will have to develop political muscle, which means improving management capacity and expanding its solidarity action in favour of traditionally excluded groups.

During the next four years, LIBRE will have to strengthen the technical, political and ethical performance of their parliamentary caucus and its representation in local governments. At the same time, LIBRE shuould be neutralizing traditional vices that threaten the young political party. Indeed, the party must avoid impositions of the highest party authorities, make way for internal democratization, as well as break through the barriers that limit youth and women participation.

But, first, the party has to rethink its relationship with the social movements, giving up the idea of subordinate them or antagonizing with those

who manifest discrepancies. In general, for the sectors that make up social resistance in Honduras, a priority challenge is the articulation of the diversity of popular subjects (Calix, 2010 (b)).

In this sense, it is convenient to consider that party rhythms and social movements rhythms tend to be different, but there is necessary moments of convergence and intensification of cooperation relations to take advantage of political junctures. In that way, creation of a climate of trust is vital to build horizontal relations.

LIBRE should not consider itself as the only centre of gravity of this historical movement of raising awareness, decolonization –in Quijano's terms (2000)- and political action against hegemonic power. But of course that this party is an important actor who should be able to integrate into a shared agenda to change the political forces correlation. The critical situation in the country requires urgently take the double challenge of, in the short term, neutralize the regressive steps of the regime and, in the medium and long term, strengthen an emancipatory political project.

The biggest challenge is to aggregate, process and channel the expectations that have emerged from the struggles of several subordinate social groups. The underground imaginary need smart political articulation to crystallize into a reality which, as the Honduran, demands urgent transformations, beginning with concrete actions in the short term without losing sight of the long-term horizon.

To concrete the new correlation of forces it is necessary to create conditions for a National Constitutional process that shuold result in a new Constitution, thus reflecting the new balance of power. A new Constitution is required to redesign the bases and guidelines of the Honduran State. For this task, it is important to deepen knowledge and interaction with the Latin American neo-constitutionalism trends (Ávila, 2011).

Indeed, the Latin American neo-constitutionalism make a substantive difference to recognize new rights, adopt the multiculturalism notion, redefine the rights of sovereignty, deepening democracy, and, in its most evolved versions, it is able to recognize *rights of nature* (*Pachamama*).

REFERENCES

Arancibia, J. 1991. *Honduras: ¿Un Estado Nacional?*. Editorial Guaymuras. 2da. Edición. Tegucigalpa D.C.

Ávila, R. 2011. *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Ediciones Abya-Yala. Quito. Avalaible at: <http://www.rosalux.org.ec/attachments/article/239/neoconstitucionalismo.pdf>

Cálix, A. 2014. "Interpretación de la crisis política y del proceso electoral 2013". En *Honduras 2013: golpe de estado, elecciones y tensiones del orden político*. Esteban De Gori et.al. San Soleil Ediciones. Buenos Aires. Ebook.

Cálix, A. 2010 (a). "Honduras: de la crisis política al surgimiento de un nuevo actor social". En *Revista Nueva Sociedad* No 26: pp. 34-51. Nueva Sociedad. Buenos Aires

Cálix, A. 2010 (b). Emancipación y cambio social: la acción colectiva de los movimientos sociales.

Castoriadis, C. 1983. *La institución imaginaria de la sociedad* (vol. 1). Tusquets. Barcelona.

Eraque, D. 1996. *Estado, Poder, Nacionalidad y Raza en la Historia de Honduras: Ensayos*. Ediciones Subirana. Tegucigalpa D.C.

Harvey, D. "El 'nuevo' imperialismo: acumulación por desposesión", en

Socialist register, 2004. Avalaible at: <http://investigacion.politicas.unam.mx/teoriasociologicaparatodos/pdf/Tradici%F3n/Harvey,%20David%20-%20El%20nuevo%20imperialismo%20Acumulaci%F3n%20por%20desposesi%F3n.pdf>

Otero, P. 2014. "Los partidos en Honduras tras el 2009: nuevos actores, nuevos retos". En *Honduras 2013: golpe de estado, elecciones y tensiones del orden político*. Esteban De Gori et.al. Sans Soleil Ediciones. Buenos Aires. Ebook.

Posas, M. 2004. *Breve historia de las organizaciones sindicales de Honduras*. UNPFM. Tegucigalpa D.C.

Quijano, A. 2000. "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina". En *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Edgardo Lander (comp.). CLACSO. Buenos Aires. Avalaible at: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/quijano.rtf>

Stolowicz, B. 2009. "El debate actual: posliberalismo o anticapitalismo. La actualidad de Rosa Luxemburg". En *América Latina hoy ¿Reforma o revolución?*, Germán Rodas (Coord.), pp. 65-102. Ocean Sur. México D.F. Avalaible at: <http://www.contextolatinoamericano.com/documentos/el-debate-actual-posliberalismo-o-anticapitalismo/>

* Recebido em 31 maio 2018.



PLURALITY AND DISEMPOWERMENT IN AN ERA OF NEOLIBERAL DEMOCRACY: NIGERIA AND SOUTH AFRICA COMPARED[†]

*Godwin Onuoha**

Resumo

Este artigo baseia-se nas experiências contrastantes da Nigéria e da África do Sul para expor alguns paralelos interessantes na transição para a democracia na África contemporânea. Sem dúvida, várias questões foram levantadas em relação à democracia representativa e multi-partidária na Nigéria e na África do Sul. Isso porque os dois países ostentam suas credenciais democráticas, aspiram à liderança continental e possuem sonhos continentais inspirados em visões diferentes, populares, participativas e inclusivas. No entanto, a Nigéria e a África do Sul são dois dos países mais divididos da África, e o advento de suas respectivas dispensações democráticas indica que a democracia hoje é iniciada de acordo com uma agenda neoliberal e até agora não conseguiu produzir os resultados desejados.

Palavras-chave

Pluralidade. Neoliberalismo. África. Democracia.

Abstract

This paper draws on the contrasting experiences of Nigeria and South Africa to explore some interesting parallels in the transition to democracy in contemporary Africa. Undoubtedly, several issues have been raised regarding the representative and multi-party democracy in Nigeria and South Africa. This is in view of the fact both countries flaunt their democratic credentials, aspire for continental leadership and possess continental dreams inspired by differing visions that are popular, participatory and inclusive. Yet, Nigeria and South Africa are two of Africa's most divided countries, and the advent of their respective democratic dispensations indicate that the democracy in place today is initiated in line with a neoliberal agenda, and has so far failed to produce the desired outcomes.

Keywords

Plurality. Neoliberalism. Africa. Democracy.

[†] Paper submitted for the International Congress on “South-South Dialogues on New Ways of Democracy: Plurinationalism and Equity”, held at the Law School of the Federal University of Ceará (UFC), Fortaleza-Ceará-Brazil, with opening at the University of the International Integration of the African-Brazilian Lusophony (UNILAB), in the city of Redenção-Ceará-Brazil, May 21st to May 23rd, 2014.

* African Research Fellow in the Democracy, Governance and Service Delivery (DGSD) programme of the Human Sciences Research Council (HSRC), Pretoria, South Africa.

1. INTRODUCTION

The debate on neoliberalism has mainly focused on changes in economic policies initiated by African states in the last two decades under the rubric of the IMF/World Bank-inspired Structural Adjustment Programme (SAP). The reform of state institutions, processes and procedures of governance have also been undertaken to reinforce reforms in the economy. While the neoliberal restructuring of the economy advocates the “free hand” of market rationality in the organization and functioning of the state in Africa, it also attempts to incorporate democratic institutions into a neoliberal political agenda. The promises of emancipation, liberation and socioeconomic inclusion which inspired the social contract in post-independent Africa, and more recently, in different waves of democratic transitions, are now being re-interpreted under the aegis of a hegemonic neoliberal project.

There has been a long-standing and enduring debate on democracy and democratization in African politics (Olukoshi 1998; Ihonvhere 1996; Ake 1993; 1994; 1996; 2000), but this paper draws on the contrasting experiences of Nigeria and South Africa to explore some interesting parallels in the transition to democracy in contemporary Africa. Undoubtedly, several issues have been raised regarding the representative and multi-party democracy in Nigeria and South Africa. This is in view of the fact both countries flaunt their democratic credentials, aspire for continental leadership and possess continental dreams inspired by differing visions that are popular, participatory and inclusive. Yet, Nigeria and South Africa are two of Africa’s most divided countries, and the advent of their respective democratic dispensations indicate that the democracy in place today is initiated in line with a neoliberal agenda, and has so far failed to produce the desired outcomes.

In Nigeria and South Africa, neoliberalism embodies certain political values, and these values have provided the ideological space and context for the understanding and practice of democracy. Using South African and Nigerian examples, the limitations and deficiencies of the neoliberal approach to democracy and its attendant reforms come to the fore when democracy and democratization processes are weighed in relation to issues of citizenship. The scrutiny of South African and Nigerian transitions to democracy is done against the background of fundamental issues of citizenship, equity, social justice, equitable redistribution of power and resources in a multi-ethnic or/and multi-racial setting, and how the “absence” or “deficit” of these factors disempower and offer the people no real choice. Ultimately, this deprives democracy of substance and meaning, and leads to what Mkandawire (1996; 1999) refers to as “choiceless” democracies.

This paper will address how these developments have unfolded in the African (Nigerian and South African) context through a broad range of core

questions. Whose democracy is in place? Is this a popular and inclusive democracy? Was it imposed on the people? What limitations are inherent in the ideological framework of this type of democracy? What possibilities exist for building viable and sustainable democratic projects in South Africa and Nigeria? What accounts for similar outcomes but different responses to democracy in Africa? What has been the impact of democratic struggles in different contexts? Is it sustainable in the long run? The arguments advanced here transcend the debates on 'political democracy', but incorporates 'economic democracy' (equal economic opportunities and a redistribution of wealth within Africa) and 'social democracy' (empowerment, inclusion and participation) both of which forms part of the democratic project but which democracy tends to counteract. The prevalent contexts in South Africa and Nigeria (since 1994 and 1999 respectively) capture the artificiality of the nation-state project and unveil the need for the transformation of the existing order. South Africa and Nigeria provides the context to re-examine the differences and similarities of the democratic project on the continent, but more importantly, it provides a useful method for generating, testing and understanding democratic theories, and democratization processes in the Global South.

The Nigerian and South African conditions provide the basis for analyzing how political leaders (and agents) enter and influence the process of democratization through the acquisition and manipulation of its ideological content, and how the current situation produce similar outcomes, but different responses in each context. The central argument is that citizenship, perceived as emancipation, empowerment, participation and autonomy is a necessary condition for democratization and democracy on the African continent. By far, the most enduring struggle in Africa, irrespective of the various waves of democratic transitions, has been about the whole notion of "states without citizens". The contrasting experiences of post- apartheid South Africa (since 1994) and post-transition Nigeria (since 1999) provide the context to examine the relationship between the state and citizenship-deficit in democratic African states. The analysis proceeds from a conceptual premise that accepts the universal value of democracy, but reiterates the need to contextualize, modify and particularize it to address the local conditions and realities on the African continent.

2. AFRICAN DEMOCRACY: THEORETICAL AND CONCEPTUAL APPROACHES

In concretizing the interface between democracy and democratization, and citizenship on the continent, it is important to delineated two ideologically opposed approaches or categories: the neo-liberal approach, and the liberationist approach. On the one hand, the neo-liberal approach tends to be global and comparative in nature, and is evaluated on the extent to which African states conform to liberalism (or liberal democracy) and power-sharing

arrangements (Osaghae 2005: 14). Democracy is examined in relation to “good governance” and “market reforms” typically in the form of SAPs, rather than in the form of a transfer of power to the people (Olukoshi 1998). Over the years, several indicators for the measurement of this type of democratic performance have emerged in the international community. They range from Joseph’s (1991) Quality of Democracy Index, Carter Centre’s Africa Demos, World Bank Governance Indicators, Brookings Institution Index of Failed States, Freedom House Index, Democracy Web, to the Mo Ibrahim Index of African Governance, among others.

During this period, “good governance” became the criteria for evaluating democratic transitions and this was morphed into a model known as the Washington Consensus. Originally intended as a set of precise and limited set of policy initiatives meant to address the crisis facing Latin American countries in the 1980s and 1990s, the Washington Consensus took on a far broader meaning within the Bank and the Fund which was to apply to the entire developing world (Williamson 1990; 1993). At the heart of this initiative was the idea of “good (political) governance” which were introduced in assessing the performance of African countries, and this idea became part and parcel of the cross/conditionality clauses of the World Bank, IMF and other donors (Olukoshi 2002: 23). The emphasis on “good governance” focused extensively on political democracy, rather than other aspects of democratic reforms which has been lacking on the continent. As espoused by the Bank and the Fund, this framework became too narrow, functional, technocratic and managerial, and tended to subordinate politics to a neoliberal framework which weakened active participation in politics in the face of a market orthodoxy.

On the other hand, the liberationist approach discerns the peculiarities of Africa’s democratic challenges, and seeks to deploy democracy and democratization for the public good and for broader emancipation and empowerment (Osaghae 2005: 15). The goal of the liberationist approach is to engage civil society in “real” terms to play a determinate role in the reconstruction of the state and binding the state to responsiveness, transparency and accountability, one that transcends the rituals of periodic elections, voting and being voted for, and seeks to elicit a new social contract that puts citizens at the centre of democracy and democratization processes (Osaghae 2005: 15). It emphasizes how the state can be strengthened in a social bargain that connects all political actors and guarantees popular participation in the democratization agenda. The central tenets of the liberationist agenda is the appropriation of the state based on domestic political consensus reached by progressive social/popular forces, and ultimately, repositioning it as a developmental instrument that is in real terms democratic and caters for the needs of the people.

As Osaghae (2005: 15) points out, the latter advocate a revolutionary-type transformation that is not elite-driven, but based on a groundswell of the

alliance of progressive forces and social movements intent on defending the autonomy of the political space. By challenging the exclusive monopoly of democracy, this process is elite-challenging and not elite-driven and pushes for a democracy that has popular anchorage. Its authenticity has to be measured by its local anchorage, a strong degree of local value added that is linked to local specificities and circumstances and not just an imposition from the external environment. Most of the transitions recorded in Africa witnessed the propping up of indigenous technocratic elites by the IMF AND World Bank who had no anchorage in domestic political processes and structures. This made democracy almost an entirely external imposition. Hence, the various responses to this top-down approach to democracy have emerged in most countries in Africa in the search for an enduring alternative.

3. DEMOCRATIC TRANSITIONS IN AFRICA

From 1974 to 1990, a global wave of democratization spread throughout globe as part of a continuing and ever-expanding “global democratic revolution” that will eventually reach every country in the world. This era of democratic transitions affected at least 30 countries globally and was regarded as the “Third Wave” of democratization (Huntington, 1991: 12). In an effort to shape a “New World Order” promised by President George H. W. Bush, neoliberals equated the triumph of capitalism with global democracy, and argued that “freedom and respect for human rights will find a home among all nations” Most of the Third Wave democratizations processes swept through Southern Europe, Eastern Europe, Latin America, and Asia. By the mid-1990s, the Fourth Wave of global democratization building on the gains of the Third Wave included much of sub-Saharan Africa and continued into the early years of the twenty-first century.

The quest for Africa’s political restructuring were significant markers of the wave of global democracy and democratic reforms that swept through most African countries during this period. It initially appeared that sub-Saharan Africa had made enormous democratic gains by removing the so-called “big men” or life presidents from office, holding elections, delegitimizing one-party rule and military regimes, and paying lip-service to democratic norms. Under this wave of democratization, the continent witnessed the demise of the last vestiges of colonial rule and institutionalized racism when the struggles of the oppressed African racial majority in apartheid South Africa ended and ushered in the first multi-party elections in 1994. In Nigeria, Africa’s most populous country, there was a return to civilian rule in 1999 after decades of successive authoritarian military regimes and prolonged military-induced transitions. But in reality, these developments threw up mixed forces resulting in various outcomes, ranging from genuine transformations, relatively halted transitions, backslide into authoritarianism, to the intensified

crisis of the state, with majority of African states falling somewhere between the mix (Obi 2008: 5).

Coinciding with the collapse of the Berlin Wall, the disintegration of the Soviet Union, and the severe crisis of socialism in Eastern Europe, prominent Western leaders came to assume that liberal democratic capitalism would eventually spread to every corner of the globe. With the triumph over communism as proof, Western leaders, institutions and policymakers were engulfed in the global notion that liberal democratic capitalism would dominate the post-Cold War global order. The propagation of democracy hardly took into account the peculiarities and uncertainties in Africa. During this period, free market and free politics proponents comprising of a large cadre of development experts at the World Bank, International Monetary Fund, finance ministries of Western Governments, Universities and think tanks joined forces in an effort to shape the proper route to political and economic liberalization (Kurlantzick, 2013: 60).

The point has to be made that the various aspects of these developments were welcomed without due regard to the context within which they were unfolding, and the inter-connectedness of these processes as part of a broader historical flow, and not as episodic events in isolation were ignored. Osaghae (2005: 2) points out that the analysis of the democratization project in Africa was seen as part of the hegemonic third wave of liberal democracy into which the African experience must fit into. Little or no attention was paid to the specific historical challenges that democracy and democratization is confronted within Africa, and the roles they are expected to play as a result. This has been described as an unprofitable mimicry of Western scholarship without a grounding of the discourse in African political thought (Ekeh 1997: 83), and an analytical subordination of African experiences to the experiences of others (Olukoshi 1999: 464). It is precisely for this reason that Africa's democratization process, by taking as its standard the global liberal democratic framework is perceived to have ignored the long-standing historical need to resolve the social contract and citizenship-deficit on the continent. The seeming decoupling of democracy and democratization from socio-economic issues of citizenship robbed the African experience of content and meaning, and limited democracy primarily to the "political", without due regard to its "social" and "economic" imperatives.

4. NEOLIBERALISM AND DEMOCRACY: "REVERSE" EXPERIENCES IN NIGERIA AND SOUTH AFRICA

The realities of democracy on the continent contrasts sharply with the optimistic expectations of the latter approach. The inherent lack of capacity

by popular forces to appropriate the state constitutes a major setback to democracy on the continent. Given the failures of civil society and the susceptibility of NGOs to global capitalism and Western hegemony, there is no basis to suggest that the struggle for democracy is over or has been won. The reality of the situation is that there are advances, as well as severe limitations in the democratic projects in Africa. The main challenge is how to deepen democracy and make it relevant in material terms to the aspirations of the African people. This suggests the need for the struggle for another transition to democracy, or a third independence. From a broader frame of reference, Africa's first struggle was against colonialism, the second was against internal dictatorship, and the third will have to be aimed at transforming democracy to achieve popular participation, empower and inclusion.

Post-apartheid South Africa and post-authoritarian Nigeria have both witnessed sustained attempts at democratic reform and inclusiveness, but as Olukoshi (2002: 21) rightly points out, what has emerged in most of Africa is a situation in which the democratic experience lacks popular appeal and the political reforms that are implemented prove to be lacking in any meaningful socio-economic sense to address the citizenship-deficit on the continent. In their respective democratic dispensations, South Africans and Nigerians of all races and ethnic groups continue to challenge the state informally and formally through different platforms on issues of empowerment and inclusion. This appears to be a major phenomenon as issues of race and ethnicity, access to resources and power, and how they relate to state-society relations brings the issue of citizenship back to heart of the democratic experience in both countries.

5. DEMOCRACY, DOMINATION AND THE STRUGGLES OF RACIAL AND ETHNIC IDENTITIES

The number of ethnic groups in Nigeria provides the terrain for vigorous (and sometimes violent) contestations along complex ethnic, religious and regional lines (Smyth and Robinson 2001). Some of the issues that attract the fiercest contestation among ethnic groups are those that are critical to the citizenship rights, state ownership and legitimacy. Ake (1993: 20) rightly argues that, 'the vast majority of ethnic and national groups in this country (Nigeria) are increasingly feeling that far from being a fair deal, their incorporation into Nigeria is grossly oppressive'. This attests to the increasing alienation of most ethnic nationalities in Nigeria from the project of national unity, and has instigated pressures for the convening of a National Conference of ethnic groups that will serve as the very basis for the renegotiation of the nation-state project in Nigeria. As Osaghae (2005: 15) points out, although the National Conference model remains the closest mode of democratization to the liberationist ideal type which is capable of putting civil society groups in

charge of the process of transition and state reconstruction, it was truncated by agents of the state who acted in conjunction with external forces and domestic elites in most sub-Saharan African countries.

This immediately calls into the question the nature of the state and its susceptibility to ethnicity in the Nigerian context. Contrary to the cultural perception that sees ethnicity as having a largely cultural basis, its political aspects are very crucial due to the fact that apart from its mobilization and deployment which are aimed at deciding who gets what, when and how, it also holds enormous consequences for the political process (Osaghae 1995: 19). Several explanations have been offered for the salience of ethnicity in Nigeria, as Osaghae (1995: 20) points out, they include:

“the existence of state actions and policies which promote or intensify economic, social and political inequalities among ethnic groups, particularly, in a plural society like Nigeria; the established validity of the ethnic weapon in obtaining positive responses to demands on the state whose managers fear that ethnic demands which are unattended to constitute a threat to the stability of the state; the role of ethnicity in the competition for scarce resources and power-sharing between members of different ethnic extractions; the absence or the limited existence of social security nets and welfare policies programmes for citizens; the high degree of politicization regularly attributed to the zero-sum struggle for political competition, particularly, over control of the levers of state power. This in turn breeds anxieties, distrust and acrimony on issues bordering on representation in core government agencies (including the armed forces, public service and other sectors of the economy), and inserts considerations borne of ethnicity into most issues”

This inevitably translates the control of state power into the most crucial object of political competition because any group excluded from it perceives itself to be excluded not only from development, but from socio-economic privileges and benefits since the state remains the largest employer of labour and dispenser of patronage (Osaghae 1995: 23). Contending ethnic constituencies scramble and challenge each other with stern determination with the conviction that their ability to protect their interests and receive justice is co-terminous with their position in the balance of power. Genuine fear of being under the power of an opponent becomes real, thereby, breeding a huge craving for power, which is sought without restraint and used without restraint (Ake 1985; Post 1991: 37). These tendencies make the location of a group in the power grid in Nigeria very crucial (Osaghae (1995: 23). As the major means of social reproduction, the apparatuses of the state can be harnessed to serve the interests of one or a few groups to the exclusion of others. It is this reality that translates into a struggle and political competition for its control, which is accompanied by the ‘politics of anxiety’ (Ake 1985).

Since 1994, issues of race and racism remain among the most discussed topics in post-apartheid South Africa's nation-building project. Realizing the importance of race as a legacy of the apartheid regime, the term non-racialism became a buzz word on the eve of 1994 and continues to be so in the present day. One would agree with Everatt (2012: 5) that "while many social scientists demand rejection of race and ethnicity as mere social constructs, both carry significant weight in South Africa, both are real in the lives of citizens, and far too many politico- economic heavyweights are invested in race for it to disappear." Previous citizenship projects focused on the delivery of citizenship to a minority population and exclusion of the majority from the nation, instead providing them with partial or constrained citizenship or, for the black majority, reducing them to the status of denizens and allocating them citizenship of ethnic homelands (Hammet 2012: 74). However, the transition from apartheid to a democratic state in 1994 saw the granting of full citizenship to all, something which made it seem as if "the non-racial society had been born" (Taylor 2012: 41).

Over the years, the term non-racialism as it is applied in the South African context has become the object of study in both theoretical and empirical research (Baines 1998; Bentley and Habib 2008; Swartz 2006; Everatt 2012; Abrahams 2012). It is important to mention that non-racialism had been used during the apartheid era as a rallying cry for liberation movements such as the Congress Alliance (CA) and the United Democratic Front (UDF) before it eventually became the founding principles of the country's democratic constitution regardless of the view that it has no 'real meaning' (Everatt 2012: 6). Although it fought racism in the apartheid era, the African National Congress (ANC) held changing views regarding non-racialism such that even in practice it was only until the late 1960s that other races were permitted to join the party. In the 1950s, the Freedom Charter also made reference to non-racialism as the crux of ending apartheid. Often ANC leaders had preferred multiracialism as compared to non-racialism up until the transition to democracy in 1994. Mandela as leader of ANC and president of the new South Africa personally encouraged the ritual celebration of the 'rainbow nation' especially at international sports events such as the 1995 Rugby World Cup (Baines 1998). Recognizing the role of sports in uniting different racial groups, the state introduced legal instruments, such as quotas for national teams in order to effect the transformation of the sporting environment (Desai and Ramjettan 2008).

The reality is that there are ambiguities in South Africa's transitional democracy regarding the official view and ordinary citizens' thoughts about a future non-racial society (Evaratt 2012). Depending on race, class, gender and disability among other categories, "South Africanness" means different things to different people. Bentley and Habib (2008: 110) argue that:

"It is choice and consciousness that defines one as a South African. A person is a South African because they want to be a South African-they live here and see this as home. People describe themselves as South Africans to the outside world by carrying this country's passport and holding its citizenship. South Africanness is an identity constructed by political choice, even though it is manifested through geographic boundaries and national symbols"

Despite the consensus that emerged earlier on that South Africans potentially constituted one nation, several questions with respect to race, identity and agency remain unresolved (Cachalia 2012). Bentley and Habib (2008: 110) rightfully argue that addressing the national question is about the liberation of the African majority in South Africa, and that "South Africa's transition was never about freeing the minority from oppression. It was about liberating a majority who were denied basic political and socio-economic rights."

6. FRACTURED DEMOCRATIC EXPERIMENTS IN NIGERIA AND SOUTH AFRICA: RESPONSES AND REACTIONS

Perhaps, more than any other period in its post-colonial history, the return to civilian rule has opened up the public space and unleashed a host of hitherto suppressed and dormant ethnic forces in the country. Several studies have pointed to a noticeable upsurge in the outbreak of ethnic, communal and religious conflicts, which has had dire consequences for Nigeria's national security and nascent democracy (Akinyele 2001: 264-5; Nolte 2004: 61; Adebanwi 2004; Agbu 2004). These developments have been closely linked to the emergence of both ethno-nationalist and religious groups within the expanded 'democratic' space, with each group staking its claims and driving a hard bargain against the state and its appurtenances of governance at the local and national level. Despite the variations in their struggles against the perceived exclusion from access to power and resources, these groups are similar to the extent that they incarnate salient strands of self-determination. This minimally translates into a quest for the de-centralization of power, group autonomy, and devolution of authority as presently constituted in Nigeria, and maximally into separatist agitations to exit from the Nigerian state into separate political and administrative arrangements.

The emergent scenario in both cases is one in which the failure to address the citizenship- deficit, either on its own terms or as part of the broader national question has compounded the challenge of nation-building. The contemporary version of these crises as it currently unfolds in South Africa and Nigeria must be viewed against the backdrop of Ake's (2000: 167) argument that while political democracy and the opening up of the democratic space

have been achieved, the social transformation of society and the social conditions conducive to that democracy remain elusive. The state in both contexts, as in most African countries has failed to provide a full citizenship. One that would guarantee that all groups within the nation-state are given a platform and opportunity to fundamentally engage, or if need be, challenge and re-structure the state in a manner that would guarantee the building of local democracy, develop strategies and mechanisms to continuously engage with citizens, and establish an equitable basis of belonging in the nation-state project.

In South Africa, popular uprisings for empowerment and inclusion, and social action remains a highly complex occurrence, and ranges from protests against lack of service delivery, periodic xenophobic outbursts against perceived non-citizens (outsiders), to protests against official government policy and the widening gap between citizens and their elected political representatives. As Southall (2010: 15) notes, a whole range of factors involved point the apparent dissatisfaction with the current system. These popular uprisings reflect a collective manifestation of the broader challenge in the South African society, and it reinforces the argument that South Africa, despite its recent democratic experience, is yet to resolve its citizenship-deficit as its democracy continues to disempower and offer its people no real choice.

As Southall (2010: 15) points out,

"Amongst the factors that would seem to be involved are feelings of relative deprivation, high levels of inequality within an increasing consumerist society, the failures of the educational system, high unemployment among blacks (notably young men), a lack of entrepreneurship and capital among South African black urban dwellers which is often visibly exposed by more successful foreign migrants, resentments against perceived corruption in government, and the lack of accountability of politicians and of officials"

Interesting to note is that while the majority of these voices of dissent are black who therefore constitute probably the most credible challenge to order in the democratic government, the issue of race appears to be more or less absent from the agenda. Rather, these protests revolve around very particular, local, bread-and-butter issues such as municipal service delivery rather than the broad ideological and emotional concerns that characterised politics during the transition and first decade of democracy (Terre Blanche 2006). This completely ignores issues of structural racism and structured power relations in the South African society that produces fundamentally distinct advantages and opportunities for different segments of the population. These social actions reflect a collective manifestation of the broader challenges in South Africa society, and reinforce the argument that South Africa is yet to resolve its citizenship-deficit as it remains divided along class, racial and ethnic lines.

7. CONCLUSION

No doubt, since the advent of their respective democratic dispensations, South Africa and Nigeria have witnessed interstices of democratic gains accompanied by remarkable levels of violence, tension and insecurity. Hence, it is clear that the struggle for democracy in Africa is far from being over in spite of the “Fourth Wave” of democracy which has continued even beyond the Arab Spring. Since the 1990s, the various waves of democratic experiences on the continent have carried their own seeds of inequality, poverty and exclusion, even in the context their so-called anchorage on popular participation. Granted that democracy is intrinsically universal and good appropriate for all, it must be realized that its anchorage on local conditions and realities is crucial in the bid to “modifying and particularizing the universal” (Obi 2008: 24). This is not an attempt to tropicalize democracy, but on geared towards making democracy relevant for the masses of the people in Africa.

Central to this objective is a rethink of the democratic agenda in a manner that makes actual meaning and impacts positively on the quality of lives of African peoples and strengthens the critical constituencies in African communities. This means that the democratic project must not just incorporate ‘political democracy’, but also ‘economic democracy’ (equal economic opportunities and a redistribution of wealth within Africa) and ‘social democracy’ (empowerment, inclusion and participation). These are necessary components of the democratic agenda which are currently being counteracted in the light of the contrasting experiences of South Africa and Nigeria.

REFERENCES

- Abrahams, C. 2012. “We Can't Really Say What the Future Holds For Us: Non-Racialism in a Transitional Democracy’, *Politikon*. Vol. 39, No. 1: 113-126.
- Adebanwi, W. 2004. ‘Democracy and Violence: The Challenge of Communal Clashes’ in A. Agbaje, L. Diamond & E. Onwudiwe, eds. *Nigeria and the Struggle for Democracy and Good Governance: A Festschrift for Oyeleye Oyediran*. Ibadan: Ibadan University Press: 327-48.
- Agbu, O. 2004. Ethnic Militias and the Threat to Democracy in Post-Transition Nigeria. Research Report No. 127. Uppsala: Nordic Africa Institute.
- Ake, C. (ed.). 1985. *Political Economy of Nigeria*. London and Lagos: Macmillan.
- Ake, C. 1993. “The Unique Case of African Democracy”, *International Affairs*, Vol. 69, No. 2: 239-244.
- Ake, C. 1994. *The Democratization of Disempowerment in Africa*. CASS Occasional Monograph. Lagos: Malthouse.

Ake, C. 1996. Democracy and Development in Africa. Washington, DC: The Brookings Institution. Ake, C. 2000. The Feasibility of Democracy in Africa. Dakar: CODESRIA.

Akinyele, R. T. 2001. "Ethnic Militancy and National Stability in Nigeria: A Case of the Oodua People's Congress", *African Affairs*, Vol. 100, No. 401: 623-40.

Baines, G. 1998. The Rainbow Nation? Identity and Nation Building in Post-Apartheid South-Africa. No 7. *Mots Pluriels*. <http://www.arts.uwa.edu.au/MotsPluriels/MP798gb.html>.

Bentley, K and A Habib (eds.) 2008. Racial Redress & citizenship in South Africa. Cape Town: HSRC Press.

Cachalia, F. 2012. "Revisiting the National Question and Identity", *Politikon*. Vol. 39, No. 1: 53-69.

Desai, A and D. Ramjettan. 2008. Sport for all? Exploring the boundaries of sport and citizenship in 'liberated' South Africa. In Bentley, K. and A. Habib (eds) *Racial Redress & Citizenship in South Africa*. Cape Town HSRC Press, 289-313.

Ekeh, P. 1997. "The Concept of Second Liberation and the Prospects of Democracy in Africa: A Nigerian context", in P Beckett and C Young (eds.) *Dilemmas of Democratization in Nigeria*. Rochester: University of Rochester Press: 83-110.

Everatt, D. 2012. "Non-Racialism in South Africa: Status and Prospects", *Politikon*. Vol. 39, No. 1: 5-28.

Hammett, D. 2012. "Requiring Respect: Searching for Non-Racialism in Post-Apartheid South Africa", *Politikon*. Vol. 39, No. 1: 71-88.

Huntington, S. 1991. "Democracy's Third Wave", *Journal of Democracy*, Vol. 2, No. 2: 12-34.

Ihonvbere, J. 1996. "Where is the Third Wave? A Critical Evaluation of Africa's Non-Transition to Democracy", *Africa Today*, Vol. 43, No. 4: 343-368.

Joseph, R. 1991. "Africa: The Rebirth of Political Freedom", *Journal of Democracy*, Vol. 2, No. 4: 11-25. Kurlantzick, J. 2013. *Democracy in Retreat: The Revolt of the Middle Class and the Worldwide Decline of Representative Government*. New Haven and London: Yale University Press.

Mkandawire, T. 1996. "Economic Policy Making and the Consolidation of Democratic Institutions in Africa", in K. Havnevik and B. Arkadie (eds.), *Domination or Dialogue: Experiences and Prospects for African Development Cooperation*. Uppsala: Nordic Africa Institute: 24-47.

- Mkandawire, T. 1999. "Crises Management and the Making of Choiceless Democracies", in R Joseph (ed.), *State, Conflict and Democracy in Africa*. Boulder, CO: Lynne Rienner: 119-133.
- Nolte, I. 2004. "Identity and Violence: The Politics of Youth in Ijebu-Remo, Nigeria", *Journal of Modern African Studies*, Vol. 42, No. 1: 61-89.
- Obi, C. 2008. No Choice, But Democracy: Pricing the People Out of Politics in Africa? *Claude Ake Memorial Paper Series (CAMP)* No. 2. Uppsala: Nordic Africa Institute.
- Olukoshi, A. 1998. *The Elusive Price of Denmark: Structural Adjustment and the Crisis of Governance in Africa*. Uppsala: Nordic Africa Institute.
- Olukoshi, A. 1999. "State, Conflict, and Democracy in Africa: The Complex Process of Renewal", in R. Joseph (ed.) *State, Conflict and Democracy in Africa*. Boulder, CO: Lynne Rienner: 451-465.
- Olukoshi, A. 2002. *Governing the African Developmental Process: The Challenge of the New Partnership for Africa's Development (NEPAD)*. Occasional Paper, Centre for African Studies: University of Copenhagen.
- Osaghae, E. 1995. *Structural Adjustment and Ethnicity in Nigeria*. Research Report No. 98. Uppsala: Nordiska Afrikainstitutet.
- Osaghae, E. 2005. "The State of Africa's Second Liberation", *Interventions*, Vol. 7, No. 1: 1-20.
- Post, K. 1991. 'The State, Civil Society and Democracy in Africa: Some Theoretical Issues'. In Cohen, R and Goulbourne, H (eds.), *Democracy and Socialism in Africa*. Boulder, San Francisco, Oxford: Westview, 34-52.
- Southall R. 2010. "South Africa 2010: From Short-Term Success to Long-Term Decline? In J Daniel, P Naidoo, D Pillay and R Southall (eds.) *New South African Review 1: 2010: Development or Decline*. Johannesburg: Wits University Press: 1-21.
- Swartz, S. 2006. "A Long Walk to Citizenship: Morality, Justice and Faith in the Aftermath of Apartheid", *Journal of Moral Education*. Vol. 35, No.4: 551-570
- Taylor, R. 2012. "Deepening Non-Racialism in South Africa", *Politikon*. Vol. 39, No. 1: 41-51.
- Terre Blanche, M. 2006. "Two Nations: Race and Poverty in Post-Apartheid South Africa" In Stevens, G., V. Franchi and T. Swart. (Eds). *A Race Against Time: Psychology and Challenges to Deracialisation in South Africa*. Pretoria, University of South Africa Press, 73-90.

Williamson. J. 1990. (ed.) Latin American Adjustment: How Much has Happened? Washington DC: Institute for International Economics.

Williamson. J. 1993. "Democracy and the Washington Consensus", *World Development* Vol. 21, No. 8: 329–36.

* Recebido em 31 maio 2018.