

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

VOLUME 9 • Nº 1 • ABR • 2019

---

# REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

---

## Editores responsáveis por essa edição:

Editores especiais

Carlos Ocké

Frederico Augusto Barbosa

Hector Valverde Santana

Editores gerais

Marcelo Dias Varella e Julien Dellaux

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 9	n. 1	p. 1-518	Abr	2019
--	----------	------	------	----------	-----	------

## **REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

*Brazilian Journal of Public Policy*

### **Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB**

Centro Universitário de Brasília

#### **Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

#### **Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB**

Elizabeth Regina Lopes Manzur

#### **Diretor do ICPD**

João Herculino de Souza Lopes Filho

#### **Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor**

Marcelo Dias Varella

#### **Linha editorial**

“A Revista Brasileira de Políticas Públicas é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito.

Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de duas áreas fundamentais, que se subdividem:

I) Democracia, Políticas de Estado e de Governo e seus aspectos jurídicos: tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo; teoria das políticas públicas; sistema de governo; sistema eleitoral e cidadania; sistema de partidos e reforma constitucional

II) Políticas Públicas de desenvolvimento econômico e social e suas interfaces com o Direito: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental”.

#### **CONSELHO EDITORIAL**

Marie-Pierre Lafranchi, Université d'Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique, Provence-Alpes-Côte d'Azur, França

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Gilberto Bercovici, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico-Financeiro, São Paulo/SP, Brasil

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Teoria Geral do Direito e do Direito Privado, Recife/PE, Brasil

José Adercio Leite Sampaio, Escola Superior Dom Helder Câmara, Escola de Direito, Belo Horizonte/MG, Brasil

José Heder Benatti, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém/PA, Brasil

#### **EDITOR**

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

#### **EDITOR ADJUNTO**

Julien Dellaux, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

#### **EQUIPE TÉCNICA**

Yuri Valente do Nascimento, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Aline Assunção Santos, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Com o apoio da FAP/DF. Processo: 00193.00000304/2018-58, Edital 09/2017.

#### **Layout capa**

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

#### **Diagramação**

S2 Books

#### **Disponível em:**

<http://www.rbpp.uniceub.br>

#### **Circulação**

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.  
– vol. 9, n. 1 (abr. 2019) - . Brasília : UniCEUB, 2011

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26



# Sumário

## **A DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL E A ASCENSÃO DO POVO NEGRO: UM OLHAR A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA LUTA PELA CIDADANIA INCLUSIVA .....15**

Bruno Mello Correa de Barros e Rita Mara Albrecht

1 Introdução .....	16
2 A discriminação racial no Brasil: um olhar a partir do panorama histórico, cultural e jurídico.....	17
3 A transformação, ascensão e o desenvolvimento social do povo negro na contemporaneidade.....	21
4 Os princípios constitucionais e o povo negro na luta pela cidadania inclusiva: uma perspectiva com base na ADPF nº 186 .....	23
5 Considerações finais .....	30

## **AS MULHERES NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE CLASSES E SUA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO PROCESSO LEGISLATIVO E EXECUTIVO DO BRASIL: RESTRIÇÕES E DESAFIOS .....35**

Rafael Bueno da Rosa Moreira e Marli Marlene Moraes da Costa

1 Introdução .....	36
2 A mulher e a sociedade de classes I: reflexões sobre a mulher no sistema capitalista.....	36
3 A mulher e a sociedade de classes II: a situação de submissão e o processo de exclusão social....	42
4 Participação política de mulheres no processo legislativo e executivo no Brasil: marcos históricos, movimentos sociais e análise de indicadores das eleições de 2014 e 2016 .....	47
5 Considerações Finais .....	53

## **FACTORES ASOCIADOS A LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN PAREJAS ADOLESCENTES .....56**

Maria del Carmen Monreal Gimeno

1 Introducción.....	57
2.1 Aspectos conceptuales y tipos de violencia de pareja.....	58
2.2 Algunas cifras.....	59
3 El modelo ecológico aplicado al análisis de la violencia en parejas adolescentes.....	60
3.1 Contextos de desarrollo en la adolescencia desde el modelo ecológico .....	60
4 Factores asociados con la violencia de género en parejas adolescentes.....	61
4.1 Factores Individuales .....	61
4.2 Factores Contextuales.....	62
4.3 Los Iguales.....	63
4.4 La familia .....	63
4.5 El profesorado .....	64
4.6 Los Medios de comunicación.....	65
5 Conclusión .....	65

**OS IMPACTOS DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO NO FLUXO DE PESSOAS: VIOLAÇÕES DA LIBERDADE EM UM MUNDO SECURITIZADO .....69**  
Elias Jacob de Menezes Neto, Jose Luis Bolzan de Moraes e Victoria Layze Silva Fausto

1 Introdução .....	70
2 Notas introdutórias: tendências das tics no mundo globalizado.....	71
3 Globalização, securitização, incerteza e risco .....	74
4 Surveillance e modificação do espaço: a desterritorialização das fronteiras .....	77
5 As fronteiras como controle de fluxos: o banóptico .....	80
6 Considerações finais .....	82

**EL DELITO DE ENALTECIMIENTO TERRORISTA. ¿INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA EL PELIGROSO DISCURSO DEL ODIO TERRORISTA O MECANISMO REPRESOR DE REPUDIABLES MENSAJES DE RAPEROS, TWITTEROS Y TITIRITEROS?.....86**  
Alfonso Galán Muñoz

1 Introducción.....	87
2 El discurso del odio al infiel como instrumento terrorista.....	88
3 La proliferación de los instrumentos penales de lucha contra el discurso del odio terrorista .....	89
4 El delito de enaltecimiento del terrorismo y su cuestionada fundamentación.....	94
5 La controvertida delimitación de los discursos de odio sancionados por los delitos del art. 578 CP .....	98
5.1 El discurso del odio terrorista como discurso contra los sentimientos generales.....	100
5.2 El discurso del odio terrorista como discurso incitador de delitos .....	102
6 El delito de enaltecimiento, una figura al borde del abismo.....	107

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE: UMA ABORDAGEM NORTEADA PELAS CAPACIDADES (CAPABILITIES APPROACH) PROPOSTAS POR MARTHA NUSSBAUM ..... 115**  
Anna Paula Bagetti Zeifert e Janaína Machado Sturza

1 Introdução .....	116
2 A concepção de dignidade humana com base no enfoque das capacidades.....	116
3 Os pressupostos das políticas públicas na contemporaneidade .....	119
4 As políticas públicas no Brasil e suas implicações na promoção da dignidade .....	121
5 Considerações finais .....	124

**A INFLUÊNCIA DA MÍDIA PARA O CONSUMO DE TABACO ..... 128**  
Luís Renato Vedovato e Maria Carolina Gervásio Angelini

1 Introdução .....	129
2 Publicidade e propaganda .....	131
3 Publicidade e propaganda de cigarros antes da CQCT.....	133
4 A proibição da publicidade e da propaganda pela CQCT e os reflexos no Brasil.....	139
5 Estratégias atuais para incentivo ao consumo por meio da mídia.....	144

6 Considerações finais .....	147
------------------------------	-----

<b>¿SON PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD LOS PRINCIPALES TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU EN CHILE? DEL TEXTO POSITIVO A LA APLICACIÓN EN TRIBUNALES DE JUSTICIA.....</b>	<b>153</b>
---	------------

Juan Pablo Díaz Fuenzalida

1 Introducción.....	154
2 Argumentos doctrinarios y normativos para incluir a los principales tratados sobre derechos humanos de la ONU en el bloque de constitucionalidad chileno .....	155
3 De la teoría a la práctica: inclusión de los principales tratados sobre derechos humanos de la ONU en el bloque de constitucionalidad chileno. Su aplicación en los máximos tribunales.....	162
4 Conclusiones .....	167

<b>POTESTAD CALIFICADORA DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES Y PROCEDIMIENTO REGISTRAL ....</b>	<b>173</b>
--	------------

Sebastián Bozzo Hauri e Gonzalo Ruz Lartiga

1 Introducción.....	174
2 La potestad calificadora del conservador de bienes raíces.....	174
2.1 Noción y alcances.....	174
2.2 Fundamento de la Potestad Calificadora .....	176
2.3 Naturaleza jurídica de la potestad calificadora.....	178
2.4 Características de la Potestad Calificadora.....	179
2.4.1 Exclusividad.....	179
2.4.3 Motivación .....	180
2.4.4 Genera responsabilidad .....	180
2.4.5 Extensión limitada .....	180
2.4.6 Reclamable o recurrible .....	180
3 El Procedimiento Registral.....	181
3.1 Naturaleza jurídica del procedimiento registral según la doctrina de los autores.....	181
3.2 Etapas del procedimiento registral chileno .....	183
3.2.1 1ª Etapa: Examen de admisibilidad (calificación formal). Análisis formal de los títulos que se presentan para inscripción .....	183
3.2.2 2ª Etapa: Anotación Repertorial.....	184
3.2.3 3ª Etapa: Calificación registral .....	184
3.2.4 4ª Etapa: Reclamación de la Calificación registral .....	185
4 Naturaleza jurídica según la doctrina que emana de los fallos judiciales .....	186
5 Conclusiones .....	189

**DESARTICULAÇÃO INTERFEDERATIVA E CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC) ..... 194**

Fernanda Soraia Pacheco Costa

1 Introdução .....	195
2 O Sistema Único de Assistência Social (SUAS): gestão compartilhada, cooperação técnica e articulada .....	195
3 Por que a articulação com os municípios? .....	197
4 O problema relativo à falta do estudo socioeconômico na concessão do BPC .....	199
5 Considerações finais .....	203

**APRENDIZAGEM PROFISSIONAL E O PODER PÚBLICO MUNICIPAL: PROPOSTA DE MAIOR EFICÁCIA À POLÍTICA PÚBLICA.....207**

José Rodrigo Paprotzki Veloso

2 Um retrato atual de uma política pública voltada à profissionalização dos jovens .....	209
2.1 Aprendizagem profissional e o descompasso com a realidade produtiva .....	210
2.2 Experiências internacionais em contraste ao modelo brasileiro .....	211
2.3 Avaliação da política pública e iniciativas municipais .....	213
3 Uma proposta de sistema de Aprendizagem Profissional .....	215
3.1 Município de Cajati .....	216
4 Considerações finais .....	223

**DIREITO A CONCILIAÇÃO ENTRE TRABALHO E FAMÍLIA.....229**

Edilton Meireles de Oliveira Santos

1 Introdução .....	229
2 Importância da conciliação entre trabalho e família .....	230
3 Direito ao trabalho e direito à família.....	232
4 O conflito entre trabalho e família.....	233
5 Políticas de conciliação.....	238
6 Considerações finais .....	241

**TRABAJO Y DIVERSIDAD FUNCIONAL. LA SITUACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL 245**

María Esther Carrizosa Prieto

1 El empleo y el aumento de las situaciones de diversidad funcional en el ámbito laboral .....	246
2 La discapacidad, la enfermedad y la edad como factores que generan diversidad funcional.....	247
2.1 La discapacidad y la enfermedad. Su relación con la diversidad funcional .....	248
2.2 La edad y su incidencia en la diversidad funcional .....	252
3 Los mecanismos de protección: la prevalencia de la tutela antidiscriminatoria en todos los supuestos .....	255
3.1 La discapacidad en la jurisprudencia comunitaria. Hacia la elaboración de un concepto integrador .....	257

3.2 La edad en la jurisprudencia comunitaria ¿Una noción light de la discriminación? .....	259
<b>4 Las políticas de diversidad en el ámbito empresarial. Instrumentos y líneas de actuación .....</b>	<b>261</b>
4.1 Las políticas preventivas como base de la gestión de la diversidad funcional .....	262
4.2 Las políticas de flexibilidad de las condiciones de trabajo como consecuencia de la diversidad funcional .....	264
<b>5 conclusiones.....</b>	<b>266</b>
<b>CUSTOS DE TRANSAÇÃO COMO UMA METAPOLÍTICA PÚBLICA .....</b>	<b>276</b>
João Luis Nogueira Matias e Ricardo José Brito Bastos Aguiar de Arruda	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>277</b>
<b>2 Custos de transação: conceito, funções e a meta de minimização como padrão de aplicação ....</b>	<b>278</b>
2.1 Conceito de custos de transação.....	279
2.2 Funções ou benefícios dos custos de transação .....	280
2.3 Minimização dos custos de transação como meta .....	282
<b>3 Custos de transação em decisões legislativas, judiciais e corporativas.....</b>	<b>284</b>
<b>4 Custos de transação como metapolítica pública .....</b>	<b>287</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>289</b>
<b>REVISITANDO O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO.....</b>	<b>293</b>
Andre Luiz Dos Santos Nakamura	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>294</b>
<b>2 Serviço público e atividade econômica.....</b>	<b>294</b>
<b>3 Conceito de serviço público.....</b>	<b>297</b>
3.1 A Escola Francesa do serviço público .....	297
3.2 O Direito americano e as public utilities .....	298
3.3 Os serviços econômicos de interesse geral (União Europeia) .....	299
<b>4 Conceito de serviço público no Brasil .....</b>	<b>301</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>303</b>
<b>O BRASIL FACE AOS NOVOS PADRÕES DE COMÉRCIO E INVESTIMENTO DOS ACORDOS INTERNACIONAIS .....</b>	<b>305</b>
Michelle Sanchez Badin, Fabio Costa Morosini e David M. Trubek	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>306</b>
<b>2 O metadebate: narrativas sobre ordem global e desenvolvimento no Brasil .....</b>	<b>307</b>
2.2 Políticas recentes em diálogo com a ordem global .....	308
<b>3 Tendências regulatórias à la TPP desafiam a política brasileira.....</b>	<b>311</b>
<b>4 Entre o metadebate e o pragmatismo: a emergência de uma nova governança em comércio e investimentos no Brasil.....</b>	<b>317</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>325</b>
<b>Agradecimentos .....</b>	<b>327</b>



**OS CONTRATOS COMERCIAIS NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA (MP 881/19).....334**

André Lipp Pinto Basto Lupi

<b>1 Paradigmas contratuais em choque .....</b>	<b>335</b>
<b>2 As disposições da MP 881 sobre matéria contratual.....</b>	<b>336</b>
<b>3 Alterações nos contratos privados em geral.....</b>	<b>339</b>
3.1 A função social .....	339
3.2 Contra proferentem .....	340
<b>4 Normas específicas sobre contratos comerciais .....</b>	<b>342</b>
4.1 Revisão contratual .....	342
4.2 Presunção de simetria .....	342
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>344</b>

**O MARCO LEGAL DA INOVAÇÃO E O AUMENTO DA INTERAÇÃO ENTRE UNIVERSIDADE E EMPRESA: CONTRIBUIÇÕES PARA A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO ....352**

Thiago Paluma e Eline Débora Teixeira

<b>1 Introdução .....</b>	<b>353</b>
<b>2 A interação entre universidade e empresa: da Lei de Inovação ao marco legal da inovação .....</b>	<b>354</b>
2.1 Lei de Inovação e as dificuldades de interação entre universidade e empresa.....	356
2.2 Marco Legal da Inovação e o aumento do incentivo à interação entre universidade e empresa .....	358
<b>3 Contribuições do aumento da interação entre universidade e empresa para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento .....</b>	<b>361</b>
3.1 Do direito ao desenvolvimento e da sua natureza jurídica .....	362
3.1.1 A inserção do princípio integrador entre desenvolvimento científico, tecnológico, econômico e social pelo Marco Legal da Inovação e a sua compatibilidade com a teoria do desenvolvimento como liberdade	363
3.2 Contribuições do aumento da interação entre universidade e empresa para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento.....	365
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>368</b>

**RELICITAÇÃO DAS CONCESSÕES DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E A REVERSÃO DE BENS ....372**

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e Sergio Guerra

<b>1 Introdução .....</b>	<b>373</b>
<b>2 A disciplina jurídica da geração de energia elétrica e a reversão de bens .....</b>	<b>374</b>
2.1 A classificação dos bens das concessionárias quanto à sua reversibilidade.....	375
2.2 Reversão de bens no setor elétrico .....	378
2.2.1 Bens reversíveis na geração hidrelétrica .....	380
<b>3 A renovação das concessões disciplinada pela Lei nº 12.783/2013 e seus efeitos sobre os bens reversíveis das geradoras .....</b>	<b>381</b>

3.1 Mudança da regra no meio do jogo: a nova forma de cálculo do montante indenizatório por bem reversível.....	382
<b>4 Relicitação sem reversão.....</b>	<b>384</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>386</b>

**FINANCIAMENTO TRANSGERACIONAL DA INFRAESTRUTURA VERDE FLORESTAL: O SISTEMA DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE RISCOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....390**

Délton Winter de Carvalho e Kelly de Souza Barbosa

<b>1 Introdução .....</b>	<b>391</b>
<b>2 A concepção jusecológica na sociedade globalizada e de risco.....</b>	<b>392</b>
<b>3 Natureza verde transgeracional.....</b>	<b>396</b>
<b>4 Valoração dos serviços ecossistêmicos florestais .....</b>	<b>402</b>
<b>5 Articulação da gestão de riscos florestais com o pagamento por serviços ambientais .....</b>	<b>404</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>409</b>
<b>Agradecimento.....</b>	<b>413</b>

**MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA TRATAMENTO DE CONFLITOS CONSUMERISTAS ..... 415**

Fernanda Sartor Meinero e Fernando Pedro Meinero

<b>1 Introdução .....</b>	<b>416</b>
<b>2 A Litigiosidade brasileira e a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos .417</b>	
<b>3 Mediação Como Outro Caminho .....</b>	<b>420</b>
<b>4 Mediação Como Possibilidade De Tratamento De Conflitos Consumeristas.....</b>	<b>422</b>
<b>5 Considerações Finais .....</b>	<b>425</b>

**A PARTICIPAÇÃO DO AMICUS CURIAE EM DECISÕES JUDICIAIS E SUA CONSEQUENTE CONTRIBUIÇÃO PARA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....429**

Viviane Nobre Santana

<b>1 Introdução .....</b>	<b>430</b>
<b>2 Amicus Curiae: apontamentos iniciais .....</b>	<b>431</b>
2.1 Surgimento do instituto.....	431
2.2 Evolução histórica do AMICUS CURIAE no Brasil .....	433
<b>3 As modificações implementadas pelo novo código de processo civil: figura do Amicus Curiae como um terceiro sujeito da relação processual .....</b>	<b>437</b>
<b>4 A aplicação do Amicus Curiae no ordenamento jurídico brasileiro.....</b>	<b>439</b>
4.1 O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	442
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>446</b>

**A ISONOMIA TRIBUTÁRIA COMO LIMITE À TRIBUTAÇÃO E À CONCESSÃO DE ISENÇÕES FISCAIS, E A INEFETIVIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL DESSAS ISENÇÕES..... 450**

Paulo Alves da Silva Paiva e Alexandre Augusto Batista de Lima

<b>1 Introdução .....</b>	<b>451</b>
<b>2 Conceito e Finalidades da Isenção Fiscal .....</b>	<b>452</b>
2.1 Isenção fiscal segundo a concepção tradicional .....	452
2.2 Isenção fiscal segundo a concepção moderna .....	453
2.3 Isenções com finalidades fiscais e extrafiscais .....	454
<b>3 Isonomia Tributária como Limite à Competência Tributária e à Concessão de Isenções Fiscais</b>	<b>455</b>
3.1 Limites constitucionais à competência tributária .....	455
3.1.1 Princípio da isonomia tributária e isenção fiscal.....	456
3.1.2 Princípio da Capacidade Contributiva.....	459
3.2 Limites constitucionais à competência para isentar .....	461
<b>4 Inefetividade do Controle Jurisdicional das Isenções .....</b>	<b>462</b>
4.1 Controle jurisdicional de constitucionalidade e sua importância no contexto da separação e da harmonia entre os poderes .....	463
4.2 Inefetividade do controle jurisdicional das isenções como causa do inadequado manejo dessas desonerações fiscais pelos demais poderes .....	465
4.2.1 Interpretação literal das isenções.....	465
4.2.2 Natureza discricionária das isenções.....	466
4.2.3 Separação de poderes e tese do legislador positivo .....	467
4.3 Consequências da inefetividade do controle jurisdicional das isenções.....	467
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>468</b>

**LES NOUVELLES ALTERNATIVES DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE EN FRANCE: JUSTICE PRÉDICTIVE ET JUSTICE AMIABLE .....**

Marie-Odile Diemer

<b>1 L'alternative technologique, une justice prédictive administrative mesurée. ....</b>	<b>475</b>
1.1 L'aide à la décision, un outil indispensable .....	476
1.2 La substitution de la décision, une évolution impensable.....	477
<b>2 L'alternative amiable, une forme de justice nouvelle à encourager .....</b>	<b>479</b>
2.1 L'essor des MARL en droit administratif, un phénomène récent .....	479
2.2 L'encadrement complet des MARL en droit administratif, un phénomène latent .....	481
<b>3 Conclusion .....</b>	<b>482</b>

**O ESTADO DA LUXÚRIA: A PARÁBOLA DO BMW E A REAL DIMENSÃO DO DEBATE SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL: ESCASSEZ DE RECURSOS OU ORDENAÇÃO DE PRIORIDADES?..... 484**

Assis José Couto do Nascimento

<b>1 Introdução .....</b>	<b>484</b>
---------------------------	------------

<b>2 A parábola do BMW</b> .....	<b>485</b>
<b>3 Judicialização da política pública e o custo dos direitos</b> .....	<b>487</b>
3.1 O paradigma da “suprafundamentalidade” .....	488
<b>4 O orçamento como carta de intenções</b> .....	<b>490</b>
4.1 A dimensão gerencial da política pública: uma notável desconhecida.....	491
4.2 Um exemplo sobre planejamento orçamentário .....	492
<b>5 Na essência do problema</b> .....	<b>494</b>
<b>6 O autoengano</b> .....	<b>496</b>
<b>7 Considerações finais</b> .....	<b>498</b>
<b>O PODER CONSTITUINTE</b> .....	<b>502</b>
José Levi Mello do Amaral Júnior	
<b>1 Introdução</b> .....	<b>502</b>
<b>2 Origem e tipologia do Poder Constituinte</b> .....	<b>502</b>
2.1 O contexto de Sieyès .....	502
2.2 A doutrina de Sieyès.....	504
2.3 Tipologia do poder constituinte e respectivas caracterizações.....	506
<b>3 Problemas atuais acerca do poder constituinte</b> .....	<b>508</b>
3.1. Primeira aproximação: questões diversas.....	508
3.2. Número de emendas à Constituição de 1988 .....	509
3.3 Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais .....	510
<b>4 Considerações finais</b> .....	<b>513</b>
<b>NORMAS EDITORIAIS</b> .....	<b>515</b>
Envio dos trabalhos:.....	517

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A discriminação racial no Brasil e a ascensão do povo negro:** um olhar a partir dos princípios constitucionais na luta pela cidadania inclusiva

**Racial discrimination in Brazil and the ascension of the black people:** a look at the constitutional principles in the fight of inclusive citizenship

Bruno Mello Correa de Barros

Rita Mara Albrecht



# A discriminação racial no Brasil e a ascensão do povo negro: um olhar a partir dos princípios constitucionais na luta pela cidadania inclusiva\*

## Racial discrimination in Brazil and the ascension of the black people: a look at the constitutional principles in the fight of inclusive citizenship

Bruno Mello Correa de Barros\*\*

Rita Mara Albrecht\*\*\*

### Resumo

O presente trabalho tem como escopo de desenvolvimento promover uma análise crítico-reflexiva acerca do povo negro e sua luta pela cidadania inclusiva. Nesse sentido, quer, objetivamente, verificar os instrumentos e princípios constitucionais que balizam tal circunstância, de modo que tal nicho social tenha acesso pleno a todos os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, tais como educação, saúde, transporte e outros direitos fundamentais. Sendo assim, o artigo encontra-se dividido a partir de três eixos temáticos, sendo o primeiro destinado a tratar da discriminação racial sob o ponto de vista histórico e cultural, já o segundo eixo destina-se a traçar um olhar sobre a ascensão, desenvolvimento e transformação social do povo negro na contemporaneidade. Por fim, o último eixo tem como pressuposto verificar os princípios constitucionais que balizam uma cidadania inclusiva, com base na observação da ADPF nº 186. Para a feitura do presente trabalho, utilizou-se, em sede de aporte metodológico, o método de abordagem hipotético-dedutivo, calcado nas premissas constitucionais, bem como método de abordagem histórico e funcionalista. Corroborando tais métodos, implementou-se a utilização da técnica de pesquisa baseada em fonte documental e pesquisa bibliográfica. Em sede de resultados preliminares, verifica-se o pleno entendimento da utilização relevante das ações afirmativas, argumentação jurídica potencialmente extraída da ADPF nº 186, RE nº 597.285/RS e ADC nº 41, as quais propõem a questão relativa de plena eficácia de tais instrumentos como balizadores de uma inclusão cidadã com base nas balizas constitucionais e direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Ascensão. Cidadania inclusiva. Desenvolvimento. Negros. Princípios constitucionais.

\* Recebido em 14/01/2019

Aprovado em 21/03/2019

\*\* Mestre em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Coordenador do Curso de Ciências Contábeis da Faculdade Metodista Centenário – FMC. Docente do Curso de Direito da FMC e Coordenador dos Trabalhos de Conclusão de Curso – TCC do Curso de Direito da FMC. E-mail: brunomellocorreas@gmail.com ou bruno.barros@fames.metodista.br

\*\*\* Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Metodista Centenário – FMC. E-mail: Albrecht.e.rita@gmail.com

## Abstract

The present work has as development scope a critical-reflexive analysis about the black people and their struggle for inclusive citizenship. In this sense, either objectively check the constitutional instruments and principles that mark such circumstance, so that such social niche has full access to all legal rights protected by the law, such as education, health, transportation and other fundamental rights. Thus, the article is divided into three structures, the first one to point out racial discrimination from a historical and cultural point of view; the second is to look at the rise, development and social transformation of the people black in the contemporaneity. Finally, the last axis has as a presupposition to verify the constitutional principles that mark an inclusive citizenship, based on the observation of the ADPF # 186. For the making of the present work, the method of hypothetico-deductive approach, based on the constitutional premises, as well as method of historical and functionalist approach. Corroborating such methods was implemented the use of the research technique based on documentary source and bibliographic research. In preliminary results the full understanding of the relevant use of affirmative actions, legal argument potentially extracted from ADPF nº 186, RE nº 597.285 / RS and ADC nº 41, is verified, which propose the assertion of full effectiveness of such instruments as beacons of a citizen inclusion from the constitutional beacons and fundamental rights.

**Key words:** Rise. Citizenship. Development. Black People. Constitutional Principle.

## 1 Introdução

O presente trabalho destina-se a promover uma condução reflexiva com base na verificação do povo negro na sociedade hodierna, reverberando acerca das transformações sociais ocorridas, sobretudo nos últimos anos, para poder tratar acerca de sua ascensão em camadas da sociedade brasileira e, desta forma, possibilitar uma verificação das significativas mudanças vistas na sociedade, cultura, economia e outras searas. Nessa senda, de acordo com a visão preconceituosa e marcado por estereótipos nocivos ao pleno desenvolvimento do indivíduo social, colocou-se o povo negro perante a sociedade de maneira altamente discriminatória, situação que se iniciou, ainda, no período colonial e, posteriormente, imperial, estendendo-se à república e perdurando com resquícios prejudiciais até os dias de hoje.

Logo, com base nessa perspectiva, sobre as relações preconceituosas e excludentes dentro de sua formação, que a presente pesquisa possui como centro estruturante e de desenvolvimento apresentar uma pesquisa que teve como escopo verificar como os princípios constitucionais podem balizar uma efetiva cidadania inclusiva dessa seara social, a fim de garantir que os mesmos tenham o pleno acesso a bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, enquanto direitos e garantias.

Assim, com base nesse contexto, em sede de objetivos específicos a serem desenvolvidos com a presente pesquisa, em um primeiro eixo temático, o trabalho destina-se a realizar um retrospecto acerca da discriminação racial no Brasil, tendo como alicerce o prisma histórico e cultural. Do mesmo modo, em uma segunda seção, o trabalho promove observação acerca da ascensão, desenvolvimento e transformação do povo negro na esfera social contemporânea, permeando pressupostos de conquistas e novas configurações.

Por fim, o terceiro e último eixo temático do presente artigo tem como objetivo desenvolver o ponto de confluência existente entre a necessidade de uma cidadania inclusiva, a qual só será efetivada com base na potencial observância e respeito aos princípios constitucionais. Nessa mesma senda, tendo como suporte o entendimento ora explorado, será observado os argumentos expostos na ADPF nº 186 e as diretrizes que puderam cristalizar a efetivação das ações afirmativas como instrumentos potencializadores da igualdade material.

No que diz respeito ao aporte teórico que será utilizado na consecução e desenvolvimento do artigo em tela, conta-se com uma estrutura consubstanciada em autores de viés constitucionalista, de modo a contri-

buir na solidificação do entendimento e nas nuances dos princípios constitucionais, bem como legislação e doutrina jurídica pertinente ao assunto ora tratado. Igualmente se estende tal premissa para os autores que serão utilizados no tratamento da discriminação do povo negro e suas lutas por direitos e inclusão efetiva.

Do ponto de vista metodológico, o artigo conta com o método de abordagem hipotético-dedutivo, o qual se justifica a partir do olhar do panorama discriminatório pelo qual o povo negro ainda está imbuído no Brasil, de modo a constatar que os princípios constitucionais podem ser instrumentos exponenciais e extremamente úteis a fim de garantir uma efetiva cidadania inclusiva dessa seara social e o respeito aos seus direitos e garantias esculpidos na Constituição Federal de 1988.

Conjuntamente ao método de abordagem elencado, coaduna-se a utilização do método de procedimento histórico e funcionalista, visto que o primeiro se justifica a partir de uma necessária observância do retrospecto histórico de luta e discriminação vivenciado pelo povo negro na sociedade passada e também contemporânea, ao passo que o método funcionalista, que tem o condão de ser mais interpretativo do que efetivamente investigativo, contribui ao corroborar com o novo panorama de ascensão e desenvolvimento do povo negro na morfologia social da atualidade. Combinados com tais métodos utiliza-se a técnica de pesquisa baseada em fonte documental e bibliográfica, a partir de escritos, tais como textos, notícias, doutrina, bem como, legislação pertinente e doutrina jurídica.

## 2 A discriminação racial no Brasil: um olhar a partir do panorama histórico, cultural e jurídico

A discriminação racial no Brasil constitui-se de um grave problema que circunda diversos vieses, matizes e compassos de entendimento, uma vez que seu alicerce teórico diz respeito a uma visão construída tanto social como historicamente. Nesse sentido, cumpre um olhar acerca desse panorama, travando uma análise reflexiva acerca do prisma histórico e cultural desse meandro.

Sendo assim, inicialmente cumpre reportar que é legado do pensamento político clássico o Princípio da Igualdade de todos perante as leis, o qual está solenemente proclamado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A partir dessa baliza jurídica, entende-se que todos os cidadãos devem estar submetidos às mesmas leis, independentemente de suas diferenças de classe, gênero, etnia, procedência regional, convicção religiosa ou política. Da mesma forma, tais cidadãos devem gozar dos mesmos direitos assegurados constitucionalmente, uma vez que as leis não podem discriminar privilégios, e, dessa forma, promover a exclusão de uns em benefício de outros<sup>1</sup>.

Muito embora os diplomas jurídicos edifiquem, a partir de arcabouço normativo tal igualdade, esta não se perfaz quando se materializa a vivência dentro do lócus social. Ou seja, a discriminação, seja por credo, religião, gênero, orientação sexual e, especificamente, racial, objeto de verificação nesse eixo temático, acontece de forma velada e muito fortemente acontece de forma explícita em diversos contextos da sociedade atual.

Nesse contexto, se levanta a guisa de discussão acerca das críticas às teorias evolucionistas como a Teoria de Spencer, o determinismo racial de Lombroso e o darwinismo social, que apostaram em uma continuidade entre dados físicos e morais, os quais afetam a possibilidade de uma discussão acerca da discriminação racial calcada na história dos conflitos entre povos decorrentes das diferenças fenotípicas, conforme conceituado por Darwin (1809-1882). Logo, é possível elencar uma discriminação racial calcada, sobretudo em conceituações históricas, fundamentadas em análise especialmente fenotípica, tendo por base alguns dados

<sup>1</sup> ADORNO, Sergio. Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo. In: ADORNO, S. *A criminalidade negra no banco dos réus: discriminação e desigualdade no acesso à justiça penal*. Relatório de Pesquisa. Acordo NEV/USP-Geledés (Instituto da Mulher Negra). São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 1994, p. 46. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/203942/mod\\_resource/content/1/Adorno.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/203942/mod_resource/content/1/Adorno.pdf). Acesso em: 01 fev. 2019.

e estudos nesse sentido, o que propuseram construções também de natureza social, política, econômica e jurídica que permanecem até a contemporaneidade.

Nesse contexto, o conceito de raça, enquanto um fator determinado biologicamente, não é mais considerado pela maioria das áreas do conhecimento, sejam a das humanas ou mesmo da genética<sup>2</sup>. Entretanto, o uso desse conceito como forma de distinguir os grupos humanos não deixou de existir<sup>3</sup>, mesmo tendo a sua vertente biologizante do século XIX suplantada por estudos sobre esse tema<sup>4</sup>.

Assim, atualmente é possível encontrar a conceitualização da chamada raça social, que se apoia em marcadores fenotípicos de determinados grupos. Tal forma de sistematização é diferente das apontadas pelas teorias racionalistas e biológicas do século XIX, pois não se amparam em critérios genéticos<sup>5</sup>. Todavia, essa forma de separar grupos tendo como aceitação e distinção a cor da pele, ainda hoje é utilizada no tecido social como meio de caracterizar as diferenças entre grupos humanos, e é identificado por alguns autores como sendo uma construção específica de raça<sup>6</sup>.

Nessa mesma senda, Silvério<sup>7</sup> destaca:

Raça pode significar um grupo de pessoas que são socialmente definidas pelas suas marcas físicas exteriores como, por exemplo, a pigmentação da pele. Para evitar confusão, alguns autores especificam “raça social” quando usam o termo raça com este significado, isto é, de um grupo social definido por visibilidade somática.

Nessa circunstância, uma forma de autoengano tem constituído um obstáculo sério ao avanço da sociedade, tanto no que diz respeito ao Brasil quanto em países como a África do Sul. Trata-se da chamada democracia racial, uma vez que esta se constitui em um mito que ajuda a estruturar uma suposta falta de conflito nas relações raciais, e consubstancia o discurso conservador que nega a promoção de políticas afirmativas voltadas para a população negra<sup>8</sup>. Quer dizer, essa visão do Brasil como um paraíso racial ainda serve como argumento para aqueles que não reconhecem ou não admitem que, historicamente, a população brasileira sempre esteve em desvantagem para a competição por posições que poderiam lhe dar algum tipo de mobilidade na obtenção de ganhos ou de posição social, que sempre foi majoritariamente dos brancos<sup>9</sup>.

No mesmo entendimento, pontua Rigon<sup>10</sup>:

Consciência negra? Somos um país de mestiços! Não sei qual é a dessa gente que quer transformar nosso país em uma nação dividida entre brancos e negros. Somos a mistura de dois ou mais a soma de diversas outras etnias.

Logo, com essa ideia de identidade nacional calcada na miscigenação entre os diferentes povos que formaram o país<sup>11</sup>, sem ter a atuação estatal que pudesse segregar, de forma clara e institucionalizada, apresenta uma impressão de que o Brasil não possui problemas relacionados ao racismo<sup>12</sup>, assim como notadamente

<sup>2</sup> MAIO, Marcos Chor. *O Brasil no concerto das nações: a luta contra o racismo nos primórdios da UNESCO*. 1998. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid). Acesso em: 02 fev. 2019.

<sup>3</sup> SILVÉRIO, Valter Roberto. *Raça e racismo na virada do milênio: os novos contornos da racialização*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Unicamp, Campinas, 1999.

<sup>4</sup> HOFBAUER, Andréas. *Uma história de branqueamento ou o negro em questão*. São Paulo: Unesp, 2005.

<sup>5</sup> GUIMARÃES, A. S. A. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1999.

<sup>6</sup> ASSIS, Marcelo Francisco de; AMORIM, Cleyde Rodrigues de. *Racismo@online.com.br: Revista da ABPN*, v. 2, n. 4, p. 131-149, mar./jun. 2011. Disponível em: <http://www.abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/325/299>. Acesso em: 02 mar. 2019.

<sup>7</sup> SILVÉRIO, Valter Roberto. *Raça e racismo na virada do milênio: os novos contornos da racialização*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Unicamp, Campinas, 1999. p. 56.

<sup>8</sup> SILVÉRIO, Valter Roberto. *Raça e racismo na virada do milênio: os novos contornos da racialização*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Unicamp, Campinas, 1999. p. 138.

<sup>9</sup> HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: UPERJ, 2005.

<sup>10</sup> RIGON, Angelo. *Opinião e notícia*. Disponível em: <http://angelorigon.blogspot.com>. Acesso em: 01 jun. 2018.

<sup>11</sup> TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

<sup>12</sup> DAMATTA, Roberto Augusto. *Relativizando: uma introdução à Antropologia Social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1984.

aconteceu como países como os Estados Unidos ou a África do Sul<sup>13</sup>, que deflagraram uma circunstancial segregação.

Entretanto, graças aos esforços perseverantes de décadas do movimento social negro brasileiro, uma parte crescente da sociedade tem identificado a democracia racial como uma visão perigosa<sup>14</sup>. Esse processo convergiu para a redução de imensas desigualdades sociais, fundando as bases para um mundo ético regido pelo reconhecimento do outro como sujeito de direitos. Com base nessa perspectiva, estabeleceu-se um nexos histórico entre justiça social e igualdade jurídica<sup>15</sup>.

Essa concepção de que não existe conflito étnico racial no Brasil está enraizada na sociedade desde a abolição da escravidão, conforme destaca Assis e Amorim<sup>16</sup>. Durante aquela época, o paradigma pensado para uma país democrático estabelecia um conjunto social em que a presença do negro se delimitava a um espaço circunscrito, tendo na figura do branco o sujeito dominante<sup>17</sup>. Isso aconteceu porque, mesmo com o fim da escravidão, o negro continuou sendo privado de políticas e direitos que eram teoricamente tangíveis a todos os cidadãos. A esse aspecto, Fernandes<sup>18</sup> afirma que “o negro não era repellido frontalmente, mas, também não era aceito sem restrições, abertamente, de acordo com as prerrogativas sociais que decorriam de sua nova condição jurídico política”.

Sendo assim, consoante Assis e Amorim<sup>19</sup>, a inserção do negro enquanto ator social ficou vinculado à imagem do ex-escravo e, mesmo com a abolição da escravidão anos mais tarde, ele continuou estigmatizado, sem ser reconhecido concretamente como novo cidadão dotado de direitos e prerrogativas a serem alcançadas pelo Estado.

Entretanto, com a evolução e desenvolvimento social, abrem-se novos espaços para a instituição de um debate fecundo sobre todos os aspectos da construção de uma nova sociedade e uma nova nação brasileira no século XXI. Considerando-se os casos compostos pelos Estados Unidos durante a década de 1960 e 1970, bem como Cuba revolucionária a partir de 1959, e a África do Sul, com o desmantelamento do sistema de *apartheid*, a partir de 1992, o Brasil se converteu, apenas, no quarto país, desde a Segunda Guerra Mundial, a lançar uma tentativa de reforma de sua ordem sócio racial<sup>20</sup>.

Logo, o Brasil, atualmente, sinaliza aos olhos do mundo possibilidades de transformações importantes. De natureza inédita a Lei 10.639/03<sup>21</sup>, potencialmente transformadora, torna obrigatório o ensino da história e cultura afro-brasileira nos estabelecimentos públicos e particulares, incluindo o estudo da história da África e dos africanos. Se aplicada com o requerido vigor e rigor, essa medida poderia ter um impacto permanente nas consciências das gerações vindouras. Dessa forma, a implementação dessa lei pioneira abriu uma nova porta para a sociedade inteira reavaliar as bases da fundação do Brasil como entidade histórica nos tempos modernos, e reconsiderar as relações étnico-raciais nele travadas.

<sup>13</sup> Ibidem, 2003.

<sup>14</sup> MUGANGA, Kabengele. Algumas considerações sobre “raça”, ação afirmativa e identidade negra no Brasil: fundamentos antropológicos. *Revista USP*, São Paulo, n. 68, p. 46-57, dez./fev. 2005-2006.

<sup>15</sup> ADORNO, Sergio. Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo. In: ADORNO, S. *A criminalidade negra no banco dos réus: discriminação e desigualdade no acesso à justiça penal. Relatório de Pesquisa. Acordo NEV/USP-Geledés* (Instituto da Mulher Negra). São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 1994, p. 46. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/203942/mod\\_resource/content/1/Adorno.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/203942/mod_resource/content/1/Adorno.pdf). Acesso em: 02 fev. 2019.

<sup>16</sup> ASSIS, Marcelo Francisco de; AMORIM, Cleyde Rodrigues de. Racismo@online.com.br. *Revista da ABPN*, v. 2, n. 4, p. 131-149, mar./jun. 2011. Disponível em: <http://www.abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/325/299>. Acesso em: 02 fev. 2018. p. 139.

<sup>17</sup> ASSIS, Marcelo Francisco de; AMORIM, Cleyde Rodrigues de. Racismo@online.com.br. *Revista da ABPN*, v. 2, n. 4, p. 131-149, mar./jun. 2011. Disponível em: <http://www.abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/325/299>. Acesso em: 01 jun. 2018. p. 139.

<sup>18</sup> FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1978.

<sup>19</sup> FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1978. p. 139-140.

<sup>20</sup> WEDDERBURN, Carlos Moore. *O racismo através da história: da antiguidade à modernidade*. Copyright, 2007.

<sup>21</sup> Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”, e dá outras providências.



É o Princípio de Necessidade de evolução da raça que norteará os pensadores brasileiros, muitos desses influenciados pelas ideias europeias e de pensadores que vinham ao Brasil para compreender a miscigenação, como mencionados por Schwarcz<sup>22</sup>. Este afirmava “quem quiser ter um exemplo do que é a degeneração e a mistura racial extremada, venha ao Brasil e terá a prova da degeneração local”.

Nesse concernente, a discriminação racial, sobretudo dos negros, é um fenômeno eminentemente não conceitual, ele deriva de fatos históricos concretos ligados a conflitos reais ocorridos na história dos povos, uma vez que a noção forjada durante o recente período sombrio da história humana, constituída pela conquista das Américas e a escravização dos africanos nestas terras, ainda é mantida, uma vez que a noção que ainda permeia ideário conceitual refere-se ao fato de que os povos de raça negra desempenharam papel irrisório na longa e complexa trama da humanidade. Nesse sentido, Wedderburn<sup>23</sup> cita que os negros teriam sido meros coadjuvantes na história, inclusive no seu próprio continente de origem.

Nesse sentido, mesmo após a abolição da escravatura, os brancos continuaram a ocupar a posição de senhores e os negros exerceram, ainda, pertinências dos escravos. Nesse aspecto, Fernandes<sup>24</sup> esclarece:

Na medida em que a ordem social competitiva e a urbanização estavam em plena emergência (...) os negros e os mulatos ficaram à margem ou se viram excluídos da prosperidade geral (...) porque não tinham condições para entrar nesse jogo e sustentar suas regras. (...) Viveram dentro da cidade, mas não progrediam com ela e através dela. Constituíram uma congêrie social (...) e só partilhavam em comum uma existência árdua, obscura e muitas vezes deletéria.

Dando sequência, a partir das ações dos movimentos sociais em 1978, surgiu o Movimento Negro Unificado, que passou a coordenar, em todo o país, outras entidades que surgiam com o propósito de arregimentar forças contra o racismo<sup>25</sup> ou qualquer outra forma de violência ou preconceito. O mais pertinente é destacar o papel do negro na história, os distintos movimentos de resistência cometidos, quais circundam a ação das confrarias religiosas, os quilombos, o movimento abolicionista, as insurreições que contaram com expressiva participação dos negros em diversas lutas pós-abolição, a urbanização, a estratificação. Todo esse contexto, bem como a partir da modernidade capitalista impulsionou o negro a ascender, mesmo que de forma tímida no tecido social.

Nessa senda, ao longo dos séculos, abordaram-se os conceitos sobre raças e classes sociais e alguns constataram que concepções racistas foram utilizadas para legitimar o sistema mercadológico escravocrata da época colonial. Esse sistema ainda perdura com outra roupagem, a do capitalismo, para o fim de viabilizar as desigualdades sociais. O descaso governamental em ocultar a contribuição do negro na construção nacional, bem como o preconceito racial, existe por meio de algumas condutas e verificações, também a partir de outras revisões bibliográficas, ou seja, pode-se constatar que as discriminações sejam raciais ou não são designadas e recontadas ao longo dos anos no teor que prepondera com base nas distintas desigualdades sociais<sup>26</sup>.

Se o racismo resiste hoje com a virulência que possui, expandindo-se cada vez mais, apesar de todos os esforços morais e culturais e de todos os avanços no conhecimento científico sobre as diferenças humanas, é porque tem se convertido ao longo do tempo numa realidade tenaz, arraigada na consciência e na prática social. Além disso, as relações raciais engendradas no Brasil tomaram rumos específicos, quais sejam baseadas em um formalismo e patriotismo inerentes à cultura do país, o que pressupõem que elas vêm ao longo da história corroborando a manutenção do sistema vigente, em que se tem um problema que é percebido, mas não admitido<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. Espetáculo da Miscigenação. *Revista Estudos Avançados – USP*, São Paulo, v. 8, n. 20 1996. p. 171. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9652/11222>. Acesso em: 02 fev. 2019.

<sup>23</sup> WEDDERBURN, Carlos Moore. *O racismo através da história: da antiguidade à modernidade*. Copyright, 2007.

<sup>24</sup> FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1978. p. 99.

<sup>25</sup> O racismo é qualquer pensamento ou atitude que separa as raças humanas por considerarem algumas superiores a outras.

<sup>26</sup> LOPES, Eliana Marta Teixeira; GALVÃO, Ana Maria de Oliveira. *História da Educação*. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005. p. 186.

<sup>27</sup> DAMATTA, Roberto Augusto. *Relativizando: uma introdução à Antropologia Social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1984.

Logo, o racismo seria um fenômeno estático, que recuaria constantemente diante da educação, do crescimento econômico — o chamado desenvolvimento — da expansão dos conhecimentos científicos e das mudanças tecnológicas. Segundo essa visão, o racismo teria suas origens na ignorância e na ausência de parâmetros científicos para examinar as diferenças humanas. O sociólogo brasileiro Octávio Ianni, pouco antes de falecer, pontuou, com extraordinária presciência, a falácia dessa crença. Alertou para a extraordinária expansão, em escala planetária, do racismo nas diversas sociedades. A esse respeito, o referido autor pontua<sup>28</sup>:

Mais uma vez, no início do século XXI, muitos se dão conta de que está novamente em curso um vasto processo de racialização do mundo. O que ocorreu em outras épocas, a começar pelo ciclo das grandes navegações, descobrimentos, conquistas e colonizações, torna a ocorrer no início do século XXI, quando indivíduos e coletividades, povos e nações, compreendendo nacionalidades, são levados a dar-se conta de que se define, também ou mesmo principalmente, pela etnia, a metamorfose da etnia em raça, a transfiguração da marca ou traço fenotípico em estigma.

Nesse ponto, o racismo constitui fator permanente na sociedade na medida em que ele é o produto de uma longa elaboração histórica e não intelectual. É por isso que a luta pela diversidade e pluralismo racial, a luta contra o racismo, deve, também, ser um fator permanente da sociedade, articulando-se igualmente e de maneira cambiante. A luta permanente, multiforme e em todos os níveis contra o racismo — seja qual for sua forma, o contexto ou a instância na qual se manifeste — é a única estratégia possível e viável. Dessa feita, verifica-se que a discriminação racial no Brasil é um problema grave engendrado historicamente e perpassado culturalmente, lesando uma extrema gama de indivíduos. Nesse contexto, Assis e Amorim<sup>29</sup> destacam que questões como preconceito e política são vistas como algo que foge ao mundo concreto, real, como se a população, de forma geral, estivesse à margem de tudo isso.

Todavia, ao fim e ao cabo, é também perceptível compassos de mudança, uma vez que novos alicerces sociais estão sendo construídos no Brasil, calcados, sobretudo, no crescimento econômico, no nível de escolaridade e educação, bem como no acesso a bens imateriais e culturais. Assim, se verifica que é possível desconstruir alguns paradigmas nocivos e altamente prejudiciais. Nesse contexto, se destina o eixo temático a seguir, com objetivo de verificar a transformação e o desenvolvimento social com base no prisma da ascensão dos negros na contemporaneidade. É o que se passa a verificar.

### **3 A transformação, ascensão e o desenvolvimento social do povo negro na contemporaneidade**

A partir do século XIX, o negro emerge, enquanto influente social ativo, em distintas perspectivas, combatendo e vivenciando contraditoriamente o racismo num país originalmente escravocrata. Nesse sentido, passa a desempenhar funções que, até então, usualmente, não fazia ou estava proibido, passa a ser, efetivamente, um sujeito de direitos, o que lhe permissionará desenvolvimento intelectual, científico, político, econômico e jurídico.

Com esses enfrentamentos sociais, ocorridos durante séculos, os descendentes da escravidão ficaram à margem da sociedade e perpetuaram a maioria, até nos dias de hoje, alguns aspectos. Todavia, uma emergente minoria dos negros passou a ascender de maneira econômica, política, acadêmica, dentre outros campos da sociedade.

Nesse contexto, Pereira<sup>30</sup> esclarece:

<sup>28</sup> IANNI, Octavio. *A dialética da globalização: teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 22.

<sup>29</sup> ASSIS, Marcelo Francisco de; AMORIM, Cleyde Rodrigues de. Racismo@online.com.br. *Revista da ABPN*, v.2, n. 4, mar./jun. 2011. p. 142. Disponível em: <http://www.abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/325/299>. Acesso em: 02 fev. 2019.

<sup>30</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito de família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. v. 5. p. 66.

A ascensão social dos negros no Brasil, embora de maneira tímida, é fato. De cada seis negros que se movem na pirâmide social do país, cinco melhoram sua condição de vida. A população negra corresponde a um terço da classe média do país.

Logo, no contexto da ascensão social, tendo em vista a contradição que há em relação à estatística sobre o posicionamento do negro socialmente, o surgimento das classes e as desigualdades sociais, alguns negros resistem à discriminação e ao preconceito, bem como o racismo e emergem nessa sociedade visivelmente racista, preconceituosa e altamente complexa. Segundo Figueiredo, a mobilidade na esfera social é apontada para mudanças de comportamentos e valores dos sujeitos ou grupos, ou seja, tal conceito é verificado no processo de ascensão, e trata-se de uma característica de todos os indivíduos ou grupos que ascendem as mudanças e atitudes de ações<sup>31</sup>. Para a referida autora,

quando um indivíduo passa de uma ocupação de status baixo para uma ocupação de status mais alto de classe média, por exemplo, o movimento tende a ser acompanhado de vários ganhos em termos de oportunidades econômica, educacionais e sociais, assim como de mudança de valores, de atitudes e de horizonte cultural.

Portanto, com base nas citações anteriores, nessa forma de querer ser enxergado, tornando-se branco na classe média que se estabelece, o negro, também, se torna invisível por falta de posicionamento, frente à discriminação. No processo de desigualdade social o negro, em sua maioria, possui baixa escolaridade, dessa maneira, se depara com muitas barreiras para ascender socialmente, a dificuldade de se inserir no mercado de trabalho, com precárias qualificações, ressaltando o aumento da desigualdade socioeconômica<sup>32</sup>.

A segregação, a partir da cor da pele restringe as aspirações de mobilidade social. Nas últimas décadas, ocorreram no Brasil mudanças, a população preta e parda continua sofrendo desvantagens no mercado de trabalho, em virtude do racismo. Por meio dessa ideologia racista, a identidade negra é abalada por sinal de inferioridade e desqualificação na esfera social. A qualificação ou desqualificação desse sinal não é assunto da aspiração dos diversos grupos da sociedade, no ambiente das relações sociais, buscam uma subversão sobre o fazer social de cada um de nós<sup>33</sup>.

Para tanto, com o esclarecimento econômico sociopolítico, no período de transição para uma sociedade de classes, visavam manter a distância entre o branco e o negro, preconceito e discriminação, nas condições histórico-sociais, preservavam as estruturas elaboradas sob o regime escravocrata. Mudanças de comportamentos e valores do negro que ascende, pontuou a construção da classe média negra, mas, ao mesmo tempo, fechou as possibilidades de que o negro e o mulato fossem beneficiários dos direitos e garantias sociais.

O racismo institucional, ou modalidade institucional, é claramente demonstrado em dados oficiais, como os fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O negro, o índio, o judeu, o cigano, os retirantes, os boias frias, os garimpeiros, os peões, os mendigos, os bêbados, os gigolôs, os homossexuais, a mulher — sobretudo negra — e toda sorte de marginalizados, destituídos e enjeitados são oculta ou abertamente discriminados em nosso sistema de trabalho, na Justiça, na Economia, na Política e nas demais instituições.

Sendo assim, nesse contexto que se inseriu o negro na atualidade, buscando melhores oportunidades, de acesso ao trabalho, bem como escolaridade, melhores salários e despontando até mesmo em meandros como a política, altos cargos de liderança e de aspectos econômicos. Nesse sentido, o que se verifica na prática ainda é uma resistência muito forte a esse povo negro usufruir de espaços — público ou privados — que hegemonicamente estão restritos aos brancos. Isso se deve a arraigados aspectos de natureza social, histórica e cultural.

<sup>31</sup> FIGUEIREDO, Rita Vieira. Políticas de inclusão: escola gestão da aprendizagem na diversidade. In: ROSA, Dalva E.; SOUZA, Vanilton C. Gonçalves e. *Políticas organizativas e curriculares, educação inclusiva e formação de professores*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 34.

<sup>32</sup> BASTIDE, Roger. *Le rêve, la transe et la folie*. 1972, p. 20.

<sup>33</sup> HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Rio de Janeiro, 1988.

Logo, dentro desse meandro, se verifica a necessidade de uma aplicação mais lógica e coerente do Princípio da Dignidade Humana como instrumento balizador da luta pela cidadania, mas esta não meramente ilustrativa, mas sim firmada no compromisso inclusivo, alicerçada em políticas públicas de educação, para que se alcancem melhores condições de vida e direitos que sejam também atinentes a essa parcela social, de modo a dar vez e voz aos indivíduos que, por muito tempo, estiveram segregados ou à margem de direitos e oportunidades na sociedade branca e escravocrata. Logo, é sobre tal perspectiva que o próximo tópico passa a tratar.

## 4 Os princípios constitucionais e o povo negro na luta pela cidadania inclusiva: uma perspectiva com base na ADPF n° 186

Preliminarmente, cabe referir que o eixo em tela tem como preocupação principal tratar acerca da visualização do povo negro no Brasil em uma perspectiva principiológica, a partir da Constituição Federal de 1988, com o condão de trabalhar o conceito de cidadania inclusiva em uma análise da ADPF n° 186 e a utilização de tais princípios de baliza constitucional para efetivar tais mandamentos com base na criação de mecanismos específicos de igualdade material, a exemplo das ações afirmativas.

Sendo assim, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5° caput, verifica-se o tratamento dispensado pelo documento máximo do ordenamento jurídico para o Princípio da Igualdade, todavia trata-se da igualdade formal, que não estabelece distinção alguma entre as pessoas, de modo que todos devem ser tratados igualmente<sup>34</sup>. Entretanto, segundo Maia<sup>35</sup>, em outra circunstância tem-se a igualdade material, também chamada de substancial ou aristotélica, a qual o filósofo Aristóteles, 300 A.C, proferiu que “devemos tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades”, que se tornou, posteriormente, o conceito jurídico de igualdade material, onde, tratamento diferenciado é dado a certos grupos de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade ou que necessitem de ferramentas que possibilitem o alcance efetivo a direitos e garantias.

Nessa trajetória, Aristóteles<sup>36</sup> aponta:

pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade — e de fato é, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si. Para pessoas iguais o honroso e justo consiste em ter a parte que lhes cabe, pois nisto consistem a igualdade e a identificação entre pessoas; dar, porém, o desigual a iguais, e o que não é idêntico a pessoas identificadas entre si, é contra a natureza, e nada contrário à natureza é bom.

Nesse contexto, impende-se que as pessoas são diferentes “em sua personalidade e em sua ambição, diferentes em sua condição cultural e em sua capacidade de produção econômica” conforme diretrizes apontadas por Czajkowski<sup>37</sup>. Logo, nesse meandro Frischeisen<sup>38</sup> aponta que “as condições de igualdade precisam ser produzidas por meio de ações que o Poder Público realiza, visando o efetivo exercício da igualdade, base

<sup>34</sup> Esclarece o dispositivo constitucional que: Art. 5° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>35</sup> MAIA, Marcos Chor. *O Brasil no concerto das nações: a luta contra o racismo nos primórdios da UNESCO*. 2017. p. 60. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid). Acesso em: 02 fev. 2019.

<sup>36</sup> ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 228.

<sup>37</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. A crise do princípio da isonomia e a propriedade. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. (coord.) *Direito civil constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 190.

<sup>38</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 58.

de toda a ordem social”. Do mesmo modo, Suiama<sup>39</sup>, coloca que “a identidade de cada um não é um dado, mas sim algo construído a partir das relações que se estabelecem nas sociedades humanas”.

Desse modo, são cada vez mais necessárias as interferências estatais, por meio do ordenamento jurídico para promover a igualdade entre os indivíduos sociais e eliminar as desigualdades. Sobre tal compasso, Streck<sup>40</sup> aponta:

Esse novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.

Nesse aspecto, a igualdade material trata-se de uma das mais importantes normas jurídicas e requer esforço dos intérpretes para uma aplicação (indispensável aplicação) adequada<sup>41</sup>. Esta exige de quem a define uma tomada de posição (política, ideológica), com o que, numa expressão de Canotilho<sup>42</sup>, “desafivelam-se as máscaras” e revela-se a intenção (“o tom e o dom”). Verifica-se, então, que a interpretação desses princípios está alicerçada muitas vezes nos conceitos de hermenêutica constitucional, haja vista a necessidade de uma exegese acerca de alguns princípios e regras jurídicas constitucionais que carecem de uma determinabilidade.

A igualdade se expressa, dessa forma, em termos jurídicos, sob a forma de norma jurídica do tipo “princípio”, que se caracterizam segundo critérios apontados por Canotilho<sup>43</sup>, por um grau de abstração relativamente elevado e por serem vagos e indeterminados, pois dependerem de “mediações concretizadoras” por terem um caráter de fundamentalidade no sistema, por traduzirem “exigências de justiça” e por serem fundamento de regras (“natureza normogenética”), conforme declara Rothenburg<sup>44</sup>. Por ser princípio jurídico, a igualdade tem sua aplicação condicionada por outras normas (em que se incluem as circunstâncias fáticas), podendo aplicar-se em maior ou menor medida um “mandamento de otimização”<sup>45</sup>.

Desse modo, no mesmo segmento, é possível prescrever algumas formas pelas quais esse princípio de igualdade é perfectibilizada, como a regra que veda “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente” (Constituição brasileira, art. 150, II), a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, (Constituição, art. 7º, XXX), logo, em tais exemplos, é possível visualizar a sedimentação de tal baliza jurídica constitucional.

Também está elencado no rol de Princípios Fundamentais da Constituição Federal de 1988, art. 1º ao 4º, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o Princípio máximo do Estado Democrático de Direito, a cidadania, como procurou conceituar num prisma jurídico, o Professor Ingo Wolfgang Sarlet<sup>46</sup>:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz

<sup>39</sup> SUIAMA, Sergio Gardenghi. Identidades, diferenças. *Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília: ESMPU – Escola Superior do Ministério Público da União, n. 2, abr./jun. 2004. p. 132.

<sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 283.

<sup>41</sup> ROTHENBURG, Walter Claudios. Igualdade Material e Discriminação Positiva: O Princípio da Isonomia. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 2, 2008. p. 79.

<sup>42</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 129.

<sup>43</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sêrvulo da (coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 166-167.

<sup>44</sup> ROTHENBURG, Walter Claudios. Igualdade Material e Discriminação Positiva: o princípio da isonomia. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 2, 2008. p. 79.

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. *La naturaleza de la filosofía del derecho*. Doxa, Barcelona, n.26, 2003.

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.



merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

De outra forma, a Professora Maria Helena Diniz<sup>47</sup> buscou conceituar a dignidade da pessoa humana tendo por moldura o direito de família. Nesse caso a autora observou a necessidade de garantir o pleno desenvolvimento dos anseios e interesses afetivos dos membros familiares, por meio da garantia da assistência educacional aos filhos, com o objetivo de manter a família perene e feliz. Nesse seguimento, destaca a autora<sup>48</sup>:

É preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis para que a prole possa ter pleno desenvolvimento educacional e para que os consortes ou conviventes tenham uma relação firme, que integre respeito, tolerância, diálogo, troca enriquecedora de experiência de vida etc.

Sendo assim, o conceito da dignidade da pessoa humana permeia toda a Carta, tendo, no Art. 1º inciso III, a costura perfeita entre o texto principal e o preâmbulo, pois, quando este fala de direitos individuais, de liberdade, de igualdade, de justiça e tudo sem preconceitos, aquele, traz como fundamento ou alicerce da Constituição a dignidade da pessoa humana, mais adiante, ainda, existe o Art. 4º, inciso II, trazendo os direitos humanos como regente da República e o Art. 5º, que fala da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à igualdade<sup>49</sup>. Nesse seguimento, a Constituição Federal<sup>50</sup> apresenta:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

II - prevalência dos direitos humanos;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

Nessa perspectiva, é possível prescrever que, em muitos casos, a aplicação dos princípios constitucionais, como os que foram supracitados neste artigo, têm uma verdadeira confluência com a inclusão de segmentos sociais e também a diversidade. Logo, tratar a respeito de inclusão impende, necessariamente, tratar a respeito da cidadania. Esta trata como a qualidade ou condição de cidadão se perfaz pela prática dos direitos e deveres de um indivíduo em um Estado. Juridicamente se traduz como condição de pessoa que como membro de um Estado, se acha no gozo de direitos que lhe permitem participar da vida política, sendo um dos instrumentos de efetivação da cidadania inclusiva, é a educação<sup>51</sup>.

Essa inclusão na realidade brasileira tem como ponto de referência o acompanhamento sistemático no interior da escola, de modo que esse método sido reafirmado como estratégia recomendável no processo de integração escolar priorizando o processo coletivo, enfatizando a complexidade da sala de aula e também do ambiente escolar. Para se ter realmente uma escola inclusiva, são necessárias novas estruturas e novas competências, haja vista que os próprios professores devem ter uma formação que rompa com a polaridade existente entre educação comum e especial, tendo como referência básica a diversidade e o aprendizado da inclusão<sup>52</sup>, inclusão de todas as modalidades do tecido social, a exemplo do povo negro.

<sup>47</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. v. 5. p. 18.

<sup>48</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. v. 5.

<sup>49</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 89.

<sup>50</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>51</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 91.

<sup>52</sup> MANTOAN, Maria Tereza Eglér. *Inclusão escolar: o que é? Por quê? Como fazer?* São Paulo: Moderna, 2006. p. 81.

Nesse contexto, a professora Maria Tereza Egler Mantoan<sup>53</sup>, assim, se manifestou:

A noção de base em matéria de integração é o princípio de normalização, que não sendo específico da vida escolar, atinge o conjunto de manifestações e atividades humanas e todas as etapas da vida das pessoas, sejam elas afetadas ou não por uma incapacidade, dificuldade ou inadaptação. A normalização visa tornar acessível às pessoas socialmente desvalorizadas condições e modelos de vida análogos aos que são disponíveis de um modo geral ao conjunto de pessoas de um dado meio ou sociedade: implica de um novo paradigma de entendimento das relações entre as pessoas fazendo-se acompanhar de medidas que objetivam a eliminação de toda e qualquer forma de rotulação.

Nesse panorama inclusivo, tentando ou buscando implementar a lógica de alguns princípios constitucionais como a Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Igualdade material, universidades públicas, visando combater a discriminação racial existente no setor educacional, implantaram o sistema de cotas, a partir da política educacional de Ações Afirmativas, que consiste na concessão do direito a um percentual de vagas não submetida à concorrência ampla, para aqueles alunos que possuem características peculiares ligadas à cor, etnia ou classe social<sup>54</sup>.

Logo, sabe-se que as universidades públicas têm importante papel integrador, pois é onde se formam profissionais que ocuparão os cargos mais elevados da sociedade, tanto no âmbito público como no privado. No entanto, infelizmente, a realidade brasileira mostra que, nas universidades públicas e privadas, predomina uma classe privilegiada da sociedade, impossibilitando, assim, que as pessoas economicamente desfavorecidas tenham acesso a oportunidades melhores e possam ascender na vida<sup>55</sup>.

Todas as ações que visem estabelecer e aprimorar a igualdade entre todos os indivíduos sociais são dignas de apreço. É importante, no entanto, refletir sobre as possíveis consequências da adoção de políticas públicas que levem em consideração apenas o critério racial. Não se pode deixar que o combate ao preconceito e à discriminação em razão da cor da pele, fundamental para a construção de uma verdadeira democracia, reforce as crenças perversas do racismo e divida a sociedade em dois polos antagônicos: “brancos” e “não brancos” ou “negros” e “não negros<sup>56</sup>”. No concernente à própria legislação brasileira já avançou, uma vez que estabelece a punição para o crime de racismo e injúria racial<sup>57</sup>.

A política de reservas de vagas é uma possibilidade que não é totalmente estranha à Constituição vigente, podendo ser encontrado em seu art. 37, inciso VIII, ao qual menciona a reserva de percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência<sup>58</sup>. Por mais que se questione a existência de uma “Democracia Racial” no Brasil, é fato que a sociedade brasileira vivenciou um processo de miscigenação singular. Nesse sentido, elucida Lessa<sup>59</sup> que “O Brasil não tem cor. Tem todo um mosaico de combina-

<sup>53</sup> MANTOAN, Maria Tereza Eglér. *Inclusão escolar: o que é? Por quê? Como fazer?* São Paulo: Moderna, 2006. p. 82.

<sup>54</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 123.

<sup>55</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 123.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. Voto do Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgamento: 25 e 26/04/2012f, p. 25. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2018.

<sup>57</sup> A injúria racial está prevista no artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal, que estabelece a pena de reclusão de um a três anos e multa, além da pena correspondente à violência, para quem cometê-la. De acordo com o dispositivo, injuriar seria ofender a dignidade ou o decoro utilizando elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Já o crime de racismo, previsto na Lei n. 7.716/1989, implica conduta discriminatória dirigida a determinado grupo ou coletividade e, geralmente, refere-se a crimes mais amplos. Nesses casos, cabe ao Ministério Público a legitimidade para processar o ofensor. A lei enquadrada uma série de situações como crime de racismo, por exemplo, recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou às escadas de acesso, negar ou obstar emprego em empresa privada, entre outros. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Conheça a diferença entre racismo e injúria racial, 08 jun. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79571-conheca-a-diferenca-entre-racismo-e-injuria-racial>. Acesso em: 02 fev. 2019.

<sup>58</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>59</sup> LESSA, Carlos. “O Brasil não é bicolor”, In: FRY, Peter e outros (org.) *Divisões Perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 123.

ções possíveis”. Na Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio (PNAD), em 1976, os brasileiros se auto atribuíram 135 cores distintas.

Tal fato demonstra, cabalmente, a dificuldade dos brasileiros de identificarem a sua cor de pele. Para Oliveira<sup>60</sup>, “ser negro é, essencialmente, um posicionamento político, em que se assume a identidade racial negra. Identidade racial-étnica é o sentimento de pertencimento a um grupo racial ou étnico, decorrente de construção social, cultural e política”.

De acordo com Lewandowski<sup>61</sup>, relator da ação, a decisão não contrariou o art. 208, inciso V, da Constituição Federal de 1988, que prevê que os níveis mais elevados de ensino, pesquisa e criação artística serão alcançados segundo a capacidade de cada um, uma vez que “o constituinte teria buscado temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendessem acesso às universidades com o Princípio da Igualdade Material”.

Dessa forma, entende-se que as aptidões dos candidatos devem ser aferidas em conjunto, estando de um lado o seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística e do outro a sua capacidade potencial que ostentam para intervir nos problemas sociais. Outro ponto importante que pode ser observado na utilização do sistema de cotas nas universidades é o convívio de diversos grupos sociais no mesmo ambiente de ensino, sendo bastante enriquecedora a troca de experiências e pensamentos. Apenas com a eliminação das desigualdades sociais será possível verificar um Brasil desenvolvido, não apenas em relação a aspecto social como, também, econômico<sup>62</sup>.

Entretanto, é necessário reforçar a necessidade da natureza transitória da ação afirmativa para que essa medida seja considerada legítima, tendo em vista que a igualdade entre negros e brancos não resulta de uma desvalia natural ou genética de caráter permanente, mas de situações históricas. Isso não quer dizer que não haja problemas “raciais” no Brasil. O preconceito está em toda parte. Como dizia Bobbio, “não existe preconceito pior do que o acreditar não ter preconceitos”. Em vista disso, na medida em que essa desigualdade for sendo corrigida, não haverá mais razão da permanência do sistema de cotas, uma vez que seu objetivo já terá sido alcançado<sup>63</sup>.

Segundo o Min. Lewandowski<sup>64</sup>, caso as políticas de ação afirmativa persistam ao final do quadro de exclusão social ao qual originou, essas medidas passarão ao ser benesses permanentes concedidas em prol de determinado grupo de pessoas, em prejuízo da coletividade como um todo, gerando uma situação incompatível com o Estado Democrático ao qual se firma a Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o Estado brasileiro, pela primeira vez na sua história, trata desigualdades raciais como uma questão racional específica, relevante, importante para a nação do ponto de vista social e econômico. Os conceitos de desenvolvimento, historicamente excludente, pensados com referências na conjuntura e desconsiderando as desigualdades estruturais, estão sendo reformulados no Brasil para incluir os grupos humanos que têm sido, no processo histórico, imobilizados na parte inferior da pirâmide social<sup>65</sup>.

Nota-se, portanto, que a adoção de sistemas de cotas, com base nas cotas étnico racial nas universidades é uma política de ação afirmativa necessária para a eliminação da discriminação racial existente no país como

<sup>60</sup> OLIVEIRA, Fátima. Ser negro no Brasil: alcances e limites, *Revista de Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 50, jan./abr. 2004.

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*. Voto do Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF. Julgamento: 25 e 26/04/2012<sup>a</sup>. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2018.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*. Voto do Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF. Julgamento: 25 e 26/04/2012<sup>a</sup>. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2018. p. 10.

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*. Voto do Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF. Julgamento: 25 e 26/04/2012<sup>a</sup>. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2018. p. 10.

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*. Voto do Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF. Julgamento: 25 e 26/04/2012<sup>a</sup>. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2018. p. 15.

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*. Voto do Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF. Julgamento: 25 e 26/04/2012<sup>a</sup>, p. 22. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2018.

forma de concretização do direito fundamental à igualdade, desde que perdure somente enquanto não seja exterminada a desigualdade<sup>66</sup>.

Nesse sentido, Sarlet<sup>67</sup> sustenta que:

Aplicam-se, portanto, as mesmas diretrizes incidentes nos demais casos de eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, dependendo o grau de proteção da maior ou menor intensidade da ameaça à liberdade por parte dos que exercem o poder social, viabiliza, em caso de manifesta insuficiência ou mesmo omissão do legislador, a realização do dever de proteção pelos órgãos jurisdicionais, inclusive colmatando eventuais lacunas com base nas próprias normas de direitos fundamentais. [...] restando virtualmente incontestes a importância dos assim denominados poderes privados para o problema da vinculação dos particulares e embora controverso – também aqui – o modo e intensidade da vinculação, importa que se deixe consignada a salutar tendência no sentido de se admitir, cada vez mais, que os direitos fundamentais atuam, em verdade, como forma de defesa contra toda e qualquer opressão, auxiliando, de tal sorte, na superação do fenômeno que oportunamente foi designado de “neofeudalismo social”, característico da moderna sociedade industrial tecnológica.

Dessa forma, para que a consolidação do Estado democrático de direito seja realmente efetivada, é necessário a concretização dos direitos fundamentais em toda sua abrangência, principalmente no que diz respeito aos direitos de liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, e por consequência, a efetivação da democracia por meio da participação cidadã<sup>68</sup>.

A matéria atrai, ainda, a análise sobre a noção de reserva da administração e a de reserva de lei. Sabe-se que a reserva de lei, em sua acepção de “reserva de Parlamento”, exige que certos temas, dada a sua relevância, sejam objeto de deliberação democrática, num ambiente de publicidade e discussão próprio das casas legislativas. Busca-se assegurar, com isso, a legitimidade democrática para a regulação normativa de assuntos que sensibilizem a comunidade<sup>69</sup>. A reserva de lei tem especial significado na conformação e na restrição dos direitos fundamentais. A Constituição autoriza a intervenção legislativa no âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais. O conteúdo da autorização para intervenção legislativa e a sua formulação podem assumir significado transcendental para a maior ou menor efetividade das garantias fundamentais<sup>70</sup>.

Nos últimos anos, no que diz respeito ao tratamento da temática racial, têm ocorrido no Brasil mudanças significativas que estão produzindo um intenso debate na sociedade em geral, e no meio acadêmico em particular, acerca da pertinência da adoção de políticas de ações afirmativas. Embora o debate tenha se concentrado fortemente no sistema de cotas para as universidades públicas, a atuação do governo envolve ações afirmativas em outras áreas com características e escopo diferenciados<sup>71</sup>.

Ainda no enfoque das ações afirmativas como instrumentos para efetivação do direito fundamental à educação o Supremo Tribunal Federal, ainda, em 09 de maio de 2012, em maioria de votos confirmou a constitucionalidade do sistema de cotas adotado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), a partir da decisão no julgamento do Recurso Extraordinário (RE 597.285/RS), com repercussão geral, em que um estudante questionava os critérios adotados pela UFRGS para a reserva de vagas.

No Recurso Extraordinário, a universidade argumentou que o programa de cotas raciais deve ser visto como uma tentativa de dar à população negra e àquela de baixa renda outra autoestima, marcada não apenas no esporte, na música ou nas artes, mas também por referências nas profissões liberais, nas empresas, nos

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 89.

<sup>67</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 132-133.

<sup>68</sup> SILVA, Juliana Gomes. *Direitos humanos, constituição e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2015. v. 2 p. 300.

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*. Voto do Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF. Julgamento: 25 e 26/04/2012<sup>a</sup>, p. 25. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2018.

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*. Voto do Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF. Julgamento: 25 e 26/04/2012<sup>a</sup>, p. 25. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2018. p. 26.

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*. Voto do Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF. Julgamento: 25 e 26/04/2012<sup>a</sup>, p. 25. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2018. p. 26.



cargos públicos de comando, enfim, nos diversos espaços sociais. Para isso, transitoriamente (e o programa de cotas é e deve ser transitório), a universidade deve acelerar a formação de lideranças negras para um novo ambiente, marcado pela diversidade nos mais diversos segmentos sociais<sup>72</sup>.

Quando se fala em ações afirmativas, não se pode esquecer que, por meio, desse instituto, se está, acima de tudo, ofertando inclusão social de parte da sociedade que não pôde beneficiar-se do ensino básico que lhe promovesse a igualdade de condições para disputa de vagas em universidade pública<sup>73</sup>. Nessa órbita, a aplicação do Princípio da Igualdade deve primar pelo tratamento desigual entre os desiguais, na medida de suas desigualdades. Nesse sentido, destaca-se a passagem de Rui Barbosa<sup>74</sup>:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualdade aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Por fim, na mesma sequência, é possível prescrever acerca de uma conquista no âmbito do exercício de funções administrativas por parte do povo negro, especialmente a partir do seu ingresso no serviço público. O plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 08 de junho de 2017, concluiu o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 41. Tal ação teve como pressuposto discutir sobre a Lei de Cotas no Serviço Público Federal, uma vez que a Lei nº 12. 990/2014 reserva 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, no âmbito dos três poderes.

Nesse contexto, decidiu, de forma unânime, o plenário do STF pela constitucionalidade da norma. O ministro Luis Roberto Barroso votou, por exemplo, pela constitucionalidade da norma, pois considerou que “a lei é motivada por um dever de reparação história decorrente da escravidão e de um racismo estrutural presente na sociedade brasileira<sup>75</sup>”. Já a ministra Carmen Lúcia salientou que “o preconceito muitas vezes — contra negros ou contra mulheres — é insidioso e existe de forma acobertada, e outras vezes é traduzido em brincadeiras, que nada mais são do que verdadeiras injúrias, que indignam<sup>76</sup>”.

Sendo assim, é matéria de extrema sensibilidade jurídica e social a implementação de ações afirmativas, bem como cotas, nas mais diversas formas e medidas, como instrumentos potenciais que auxiliam na efetivação dos princípios constitucionais amplamente cristalizados na Constituição Federal de 1988, a fim de possibilitar que camadas historicamente sufocadas e oprimidas, como o povo negro, possam se realocar no âmbito da sociedade contemporânea, tendo a oportunidade de ascender social, cultural e economicamente. Desse modo, imprescindível que o Estado estabeleça medidas que proporcionem a inclusão efetiva dessas camadas sociais em direitos assegurados constitucionalmente tais como saúde, educação, moradia, dentre outras prerrogativas extremamente relevantes.

<sup>72</sup> AYUB, Carlos Eduardo Garrastazu. Ações Afirmativas como Direito Fundamental à Educação – (Comentário sobre Acórdão Proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 597.285/RS). *Revista da Ajuris*, v. 42, n. 137, mar. 2015. p. 554.

<sup>73</sup> AYUB, Carlos Eduardo Garrastazu. Ações Afirmativas como Direito Fundamental à Educação – (Comentário sobre Acórdão Proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 597.285/RS). *Revista da Ajuris*, v. 42, n. 137, mar. 2015. p. 556.

<sup>74</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Martin Claret: São Paulo, 2003. p. 19.

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41*. Ministro relator: Min Roberto Barroso. Brasília, DF. Julgamento: 08/06/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>. Acesso em: 02 mar. 2019.

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41*. Ministro relator: Min Roberto Barroso. Brasília, DF. Julgamento: 08/06/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>. Acesso em: 02 mar. 2019.

## 5 Considerações finais

Tratar da discriminação racial no Brasil e efetivamente das práticas muitas vezes de racismo, que são amplamente verificadas no país, não é algo atual, uma vez que o tema vem sendo largamente explorado em diversos meios, como o acadêmico, político e também a seara jurídica. Todavia, o trabalho aqui desenvolvido permeou tal assunto sob a ótica da ascensão do povo negro, trabalhando, ainda, a perspectiva de efetivação dos seus direitos e garantias a partir do respeito e da necessidade de aplicação dos princípios constitucionais, especialmente o da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade em sua modalidade material. Ante ao todo demonstrado, fica perceptível, imediatamente, que a discriminação racial continua existindo no Brasil, muito embora a sociedade tente disfarçar seus preconceitos. Nesse seguimento, o Estado reconheceu a necessidade de garantir igualdade de condições entre negros e brancos, isonomia antes não prevista e não desenvolvida.

Sendo assim, o artigo preocupou-se em delinear tais perspectivas ancorado em três eixos temáticos, sendo o primeiro deslocou um olhar acerca do povo negro dentro do paradigma histórico, cultural e jurídico, potencializando a observância de como o povo negro vinha sendo tratado, sobretudo nessa ampla e irrestrita dinâmica de discriminação racial. De outra banda, o segundo eixo tratou de promover a visualização do povo negro no aspecto contemporâneo, quer dizer acerca das possibilidades de ascensão dentro da morfologia social implementada nos dias de hoje. Por fim, a última seção destacou a necessidade de aplicação dos princípios constitucionais, os quais amplamente respeitados têm o condão de promover uma cidadania efetivamente inclusiva e, dentro desse contexto, destacou-se como ferramenta, a ADPF nº 186.

A Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe consigo muitos dispositivos em prol da igualdade, da não discriminação, da preservação dos direitos humanos. Logo, os direitos fundamentais são inerentes ao homem por sua condição de humano, sendo a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental que não se pode renunciar ou vender. Para que se possam reverter as práticas racistas e segregacionárias implementadas no país, é preciso criar condições para reeducação da sociedade brasileira, nesse concernente que se entende como medida necessária a aplicação de ferramentas que potencializem essas trajetórias de inclusão, como as ações afirmativas que reverberam um caminho a ser seguido.

A discriminação racial fere os direitos humanos na medida em que exalta uns em detrimento de outros, nesse sentido, apesar dos avanços alcançados nos níveis de educação e rendimento da população brasileira, os negros são mais atingidos sobre o aspecto da taxa de analfabetismo. Nesse contexto, a discriminação racial é facilmente percebida e pode ser punida de imediato, todavia a sociedade tem caminhado para um outro tipo de discriminação racial, esta mascarada por normas e atitudes aparentemente inofensivas, que vem sendo reconhecida pelo judiciário, muito embora ainda que tímida a sua punição.

Reconhecer a existência de discriminação racial no Brasil é uma forma de organizar políticas em leis em favor da não discriminação. O Estatuto da Igualdade Racial é um importante instrumento na luta por igualdade, devendo ser conhecido, respeitado e implementado. Uma lei sozinha não é capaz de extirpar da sociedade um problema de gerações, já que a igualdade depende de um maior esclarecimento da população, pois a educação é a base de uma sociedade organizada e justa.

Assim, as ações do Poder Público não são capazes de, sozinhas, promover uma mudança na sociedade, no entanto, a legislação atual em prol da dignidade da pessoa humana e a igualdade, princípios constitucionais, abrem a visão da população com um novo olhar, de um modo geral mais positivo, abrangente, plural e inclusivo. Nota-se, portanto, que a adoção de sistemas de cotas, com base nas cotas étnico-raciais, dentro das universidades, é uma política de ação afirmativa necessária para a eliminação da discriminação racial existente no país como forma de concretização do direito fundamental à igualdade e também aplicação mais que devida do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ambos baluartes da Constituição Federal de 1988 e do ordenamento jurídico pátrio, devendo ser amplamente respeitados e observados, porquanto potencializam as possibilidades de crescimento, desenvolvimento e da exponencial luta pela cidadania inclusiva.



## Referências

- ALEXY, Robert. *La naturaleza de la filosofía del derecho*. Doxa, Barcelona, n. 26, 2003.
- ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- ADORNO, Sergio. Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo. In: ADORNO, S. *A criminalidade negra no banco dos réus: discriminação e desigualdade no acesso à justiça penal*. Relatório de Pesquisa. Acor-do NEV/USP-Geledés (Instituto da Mulher Negra). São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 1994. Disponível em: [https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/203942/mod\\_resource/content/1/Adorno.pdf](https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/203942/mod_resource/content/1/Adorno.pdf). Acesso em: 01 jun. 2018.
- ASSIS, Marcelo Francisco de; AMORIM, Cleyde Rodrigues de. Racismo@online.com.br. *Revista da ABPN*, v.2, n. 4, mar. 2011 – jun. 2011. p. 131-149. Disponível em: <http://www.abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/325/299>. Acesso em: 01 jun. 2018.
- AYUB, Carlos Eduardo Garrastazu. Ações Afirmativas como Direito Fundamental à Educação – (Comentário sobre Acórdão Proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 597.285/RS). *Revista da Ajuris*, v. 42, n. 137, mar. 2015. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/373/307>. Acesso em: 02 mar. 2019.
- BASTIDE, Roger. *Le rêve, la transe et la folie*. 1972.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Martin Claret: São Paulo, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp, 2002.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. *Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010*. Institui o estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm). Acesso em: 01 mar. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*. Voto do Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF. Julgamento: 25 e 26/04/2012f. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*. Voto do Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF. Julgamento: 25 e 26/04/2012a. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41*. Ministro relator: Min Roberto Barroso. Brasília, DF. Julgamento: 08/06/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>. Acesso em: 02 mar. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Conheça a diferença entre racismo e injúria racial*. 08 jun. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79571-conheca-a-diferenca-entre-racismo-e-injuria-racial>. Acesso em: 27 out. 2018.
- CZAJKOWSKI, Rainer. A crise do princípio da isonomia e a propriedade. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. (coord.) *Direito civil constitucional. Situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 187-205.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003

- DAMATTA, Roberto Augusto. *Relativizando: uma introdução à Antropologia Social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1984.
- DAMATTA, Roberto Augusto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. v. 5.
- FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1978.
- FIGUEIREDO, Rita Vieira. Políticas de inclusão: escola gestão da aprendizagem na diversidade. In: ROSA, Dalva E.; SOUZA, Vanilton C. Gonçalves. *Políticas organizativas e curriculares, educação inclusiva e formação de professores*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GUIMARÃES, A. S. A. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1999.
- HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: UPERJ, 2005.
- HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: UPERJ, 1988.
- HOFBAUER, Andréas. *Uma história de branqueamento ou o negro em questão*. São Paulo: Unesp, 2005.
- IANNI, Octavio. *A dialética da globalização: teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- LESSA, Carlos. “O Brasil não é bicolor. In: FRY, Peter et al. (org.) *Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- LOPES, Eliana Marta Teixeira; GALVÃO, Ana Maria de Oliveira. *História da Educação*. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.
- MANTOAN, Maria Tereza Eglér. *Inclusão escolar: o que é? Por quê? Como fazer?* São Paulo: Moderna, 2006.
- MAIA, Marcos Chor. *O Brasil no concerto das nações: a luta contra o racismo nos primórdios da UNESCO*. 1998. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid). Acesso em: 01 jun. 2018.
- MUGANGA, Kabengele. Algumas considerações sobre “raça”, ação afirmativa e identidade negra no Brasil: fundamentos antropológicos. *Revista USP*, São Paulo, n. 68, p. 46-57, dez./fev. 2005-2006. Disponível em: <file:///C:/Users/Bruno%20Barros/Downloads/13482-16456-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2018.
- MUNANGA, Kabengele; GOMES, Nilma Lino. *O negro no Brasil de hoje*. São Paulo: Global, 2006.
- OLIVEIRA, Fátima. Ser negro no Brasil: alcances e limites. *Revista de Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 50, jan./abr. 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito de família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. v. 5.
- RIGON, Angelo. *Opinião e notícia*. Disponível em: <http://angelorigon.blogspot.com>. Acesso em: 01 jun. 2018.
- ROTHENBURG, Walter Claudios. Igualdade Material e Discriminação Positiva: o princípio da isonomia. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 2, 2008. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441>. Acesso em: 07 out. 2018.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. Espetáculo da Miscigenação. *Revista Estudos Avançados – USP*, São Paulo, v. 8, n. 20, 1996. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9652/11222>. Acesso em: 01 jun. 2018.
- SILVA, Juliana Gomes. *Direitos humanos, constituição e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2015. v. 2.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVÉRIO, Valter Roberto. *Raça e racismo na virada do milênio: os novos contornos da racialização*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Unicamp, Campinas, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SUIAMA, Sergio Gardenghi. Identidades, diferenças. *Boletim científico: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília*, n. 2, p. 131-139, abr./jun. 2004.
- TELLES, Edward. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.
- WEDDERBURN, Carlos Moore. *O racismo através da história: da antiguidade à modernidade*. Copyright, 2007.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**As mulheres no contexto da sociedade de classes e sua participação política no processo legislativo e executivo do Brasil: restrições e desafios**

**Women in the class society context and political participation in the legislative and executive process of Brazil: restrictions and challenges**

Rafael Bueno da Rosa Moreira

Marli Marlene Morais da Costa

# As mulheres no contexto da sociedade de classes e sua participação política no processo legislativo e executivo do Brasil: restrições e desafios\*

## Women in the class society context and political participation in the legislative and executive process of Brazil: restrictions and challenges

Rafael Bueno da Rosa Moreira\*\*

Marli Marlene Morais da Costa\*\*\*

### Resumo

As restrições da participação das mulheres no processo legislativo e executivo no Brasil é um fenômeno que ocasiona reflexos negativos no desenvolvimento da cidadania e das políticas públicas para a efetivação de direitos humanos e fundamentais da mulher no contexto da sociedade de classes. Em consonância, a sociedade de classes no atual sistema capitalista impõe condições de conduta em relação à mulher, perpetuando situações de submissão, discriminação e exclusão social, pois existem vários interesses em relação ao trabalho e ao consumo do gênero feminino. Então, como tem sido a participação política das mulheres nos processos legislativos e executivos no Brasil, e a participação social no contexto da sociedade de classes no sistema capitalista? Para o desenvolvimento deste estudo, foram realizadas pesquisas bibliográficas, utilizando-se da doutrina e de estudo de caso factual, por meio da tabulação dos dados das eleições brasileiras de 2014 e 2016 e de sua análise, pelo método de abordagem dedutivo e métodos de procedimento analítico e estatístico. O trabalho é uma abordagem original e que visa contribuir para estudos relativos à participação política feminina.

**Palavras-chave:** Mulheres. Política. Sociedade de classes.

### Abstract

Restriction of women's participation in the executive and legislative process in Brazil is a phenomenon that results on negative points in citizen development and in public policy to the effectiveness of women fundamental rights in a context of class society. The current capitalist system brings a class society that imposes specific conditions of behavior for women, perpetuating submission, discrimination and social exclusion situations, because there are different interests in relation to work and consumption of them. Thus, how has been the political participation of women in legislative and executive processes in Brazil, and the social participation in the context of

\* Recebido em 20/06/2017

Aprovado em 12/09/2017

Este estudo é o resultado de pesquisas feitas junto a Programa de Doutorado e visa ao desenvolvimento de tese de doutoramento.

\*\* Doutorando em Direito com Bolsa Proscap Capes Modalidade II e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Professor do Curso de Graduação da Universidade da Região da Campanha – URCAMP/Bagé. Email: rafaelbmoreira2@yahoo.com.br.

\*\*\* Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com Bolsa Capes. Doutora em Direito (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC), Professora de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado (Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Professora da Graduação em Direito da FEMA (Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa). Coordenadora do Grupo de Estudos “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” (UNISC). Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar. Email: marlimmdacosta@gmail.com.



class society in the capitalist system? In this study, a bibliographical research was carried out, using the doctrine, and of a case study, by tabulating the data of the Brazilian elections of 2014 and 2016 and of its analysis by the method of deductive approach and methods of procedure Analytical and statistical analysis.

**Keywords:** Women. Politics. Class society.

## 1 Introdução

Na atualidade, as mulheres vêm sofrendo com as diversas consequências da estruturação da sociedade em classes sociais, fruto dos interesses do sistema capitalista global, que gera situações de submissão, alienação e preconceito.

Tais situações impactam o afastamento e a exclusão das mulheres da participação nos processos políticos que visam possibilitar o desenvolvimento em sociedade, havendo restrição na conquista de seus direitos. Com o desenvolvimento da pesquisa, buscar-se-á analisar os processos excludentes relacionados à mulher e os impactos em relação à efetivação de direitos humanos e fundamentais, assim como os interesses das classes detentoras do capital em relação à participação feminina nos mercados de consumo e de trabalho.

Foram realizadas pesquisas bibliográficas, valendo-se da doutrina, e de estudo de caso factual, por meio de tabulação e posterior análise dos dados das eleições brasileiras de 2014 e 2016, utilizando o método de abordagem dedutivo e os métodos de procedimento analítico e estatístico.

## 2 A mulher e a sociedade de classes I: reflexões sobre a mulher no sistema capitalista

O sistema capitalista tem por características a circulação de mercadorias, almejando, de um lado, o consumo por parte dos cidadãos, e, de outro, a venda da força de trabalho para a fabricação e/ou comercialização de tais mercadorias. A economia de mercado traz a igualdade jurídica entre as pessoas, obrigando-as a participarem do mercado em decorrência da sua força de trabalho e da necessidade de consumo para a sobrevivência. Tais fatores trazem a ilusão de que as pessoas se beneficiam do mercado em decorrência de seus méritos produtivos que foram remunerados<sup>1</sup>.

No entanto, nem todo trabalho é remunerado. Há trabalhos que excedem o serviço desenvolvido pelo trabalhador e geram riquezas, somente, para o empregador, o que demonstra a exploração de uma classe social por outra, fato que decorre dos interesses do mercado, algo comum em sistemas capitalistas globalizados selvagens como o brasileiro, destacando-se que:

A remuneração do trabalho em dinheiro, portanto, sob forma de salário, disfarça a apropriação, por parte do capitalista, do trabalho excedente do produtor imediato, como que numa substituição de justificativa jurídica já superada da exploração de uma classe social por outra<sup>2</sup>.

Dentre as principais preocupações da teoria marxista, pode-se frisar a busca por garantias aos trabalhadores contra a exploração capitalista e a modificação da desvalorização do ser humano frente à mercantilização das relações em decorrência do consumo. No que concerne às questões feministas, a desvalorização do ser humano intensifica a coisificação do gênero feminino em muitas das relações sociais. Tal teoria desenvolveu-se baseada em preocupações sócio-humanitárias que enfrentavam os interesses burgueses do capital<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 54.

<sup>2</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 57.

<sup>3</sup> QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. *Um toque de clássicos:*

A divisão social do trabalho acaba por criar desigualdades sociais, o que estruturará a divisão em classes sociais da sociedade. Tudo isto é fruto do processo produtivo sistêmico, que gera, incontrolavelmente, a estruturação social<sup>4</sup>.

Sobre a mais-valia, pode-se dizer que a lógica capitalista de mercado consiste na troca da força de trabalho pelo salário, buscando uma ideia de equivalência. Embora, o intuito da lógica de troca seja o de conseguir a equivalência, o contratante da força de trabalho, sempre, irá fazer o máximo para obter a superação das capacidades de produção, gerando maior lucro com mais esforço do contratado, utilizando capacidades que vão além das firmadas no contrato de trabalho. O trabalho excedente gerado, que é desenvolvido no tempo contratado para a realização do serviço, não cria maior lucro para o trabalhador, mas somente para o empresário, que vai ter aumentado o seu capital. O que é produzido durante o tempo de trabalho excedente (ou não pago) beneficia a burguesia, possibilitando acúmulo de capital. Isto é denominado de mais-valia, que compreende o aumento de capital do empregador por uma maior produtividade por parte do empregado. A condição de alienação do empregado dificulta a percepção do trabalhador, fazendo com que pareça que o trabalho excedente é resultado de uma convenção contratual aceita de forma livre e, assim, “a taxa de mais-valia, a razão entre trabalho excedente e trabalho necessário, expressa o grau de exploração da força de trabalho pelo capital”<sup>5</sup>.

O trabalhador é tanto mais pobre quanto mais riqueza produz, quanto mais cresce sua produção em potência e em volume. O trabalhador converte-se numa mercadoria tanto mais barata quanto mais mercadorias produz. A desvalorização do mundo humano cresce na razão direta da valorização do mundo das coisas. O trabalho não apenas produz mercadorias, produz também a si mesmo e ao operário como mercadoria, e justamente na proporção em que produz mercadorias em geral<sup>6</sup>.

Marx defende, ainda, que as leis são feitas pelos burgueses, para serem aplicadas às outras classes sociais. Para os burgueses, as mulheres seriam “meros instrumentos de produção”. O modelo de produção instituído oprime, aliena e corrompe pessoas de várias formas, dentre elas corporalmente (em especial as mulheres)<sup>7</sup>.

O modelo capitalista de mercado tem por característica gerar desigualdades econômicas aos cidadãos de uma sociedade, o que, por consequência, ocasiona diferenças políticas: “Assim, uma economia capitalista de mercado prejudica seriamente a igualdade política — cidadãos economicamente desiguais têm grande probabilidade de serem também politicamente desiguais”<sup>8</sup>.

O sistema capitalista, portanto, sempre trará ganhos para algumas pessoas, prejudicando outras. Destaca-se que a economia de mercado, que é decorrente do sistema capitalista, quando não estiver devidamente regulada pelo governo, poderá ocasionar sérios danos aos membros de uma sociedade<sup>9</sup>.

Pode-se observar uma “aparente liberdade” caracterizada pela exploração de mão de obra de trabalho do empregado. O sistema capitalista de produção, principalmente quando não regulado pelo Estado, é um terreno fértil para a exploração de pessoas<sup>10</sup>.

A mulher, sempre, em todas as épocas da história, contribuiu com o trabalho para o desenvolvimento da riqueza social, assim como para a subsistência da família. Já na época pré-capitalista a mulher desenvolvia papéis de trabalho, colaborando para a sobrevivência e/ou o sustento familiar, não obstante os impedimen-

Marx, Durkheim e Weber. Belo Horizonte: UFMG, 2003. p. 25;28-30.

<sup>4</sup> QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. *Um toque de clássicos*: Marx, Durkheim e Weber. Belo Horizonte: UFMG, 2003. p. 33-34.

<sup>5</sup> QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. *Um toque de clássicos*: Marx, Durkheim e Weber. Belo Horizonte: UFMG, 2003. p. 45.

<sup>6</sup> MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 80.

<sup>7</sup> SAFFIOTI, Heleith. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 117-118.

<sup>8</sup> DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001. p. 175.

<sup>9</sup> DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001. p. 191-193.

<sup>10</sup> SAFFIOTI, Heleith. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 57-59.

tos decorrentes da submissão ao marido, regra predominante na época. No entanto, ela, sempre, foi marginalizada e posta em posições subalternas em relação aos homens, sendo muito desvalorizada no mercado de trabalho, havendo mitos no sentido de ela ter menos capacidade laboral em prol da supremacia masculina<sup>11</sup>.

O sexo feminino, desde o início do sistema de produção capitalista, sofreu com as desvantagens sociais, o que possibilitou a exploração máxima da mais-valia absoluta de mulheres, por meio da “intensificação do trabalho”, “da extensão da jornada de trabalho” e dos “salários mais baixos que os masculinos”, fatores que agiam de forma simultânea. Além disto, as pessoas do sexo feminino ocupavam posições hierarquicamente inferiores às do sexo masculino. A mão de obra feminina era explorada ao extremo, havendo muitas condições de desigualdade em decorrência da subvalorização do trabalho da mulher, o que era muito bom para as camadas dominantes e trazia maior lucratividade. Tais fatores tiveram o seu período mais acentuado durante a Revolução Industrial. O evento da industrialização aumentou a competitividade e as indústrias primavam pela “mais-valia”, ou seja, maior lucratividade com menores custos. As mulheres eram desejadas pelo mercado, pois eram cuidadosas, necessitavam de salários para o sustento de suas famílias e cumpriam com as recomendações<sup>12</sup>.

Dentre os fatores destacados para a discriminação do trabalho feminino, estão os relacionados à maternidade, pois as mães são vistas como possíveis faltosas, considerando que exercem responsabilidades de amamentar, no caso de bebês, e de dispensarem cuidados extras à família, no caso de crianças com problemas de saúde. Tais fatores implicaram a desvalorização dos salários da mulher na relação de trabalho, influenciando como uma espécie de precaução contra a concorrência da atividade profissional em relação à doméstica/familiar<sup>13</sup>.

A liberdade decorrente de as pessoas oferecerem o seu trabalho em troca de lucro, de acordo com a mais-valia, gera a divisão da sociedade em classes sociais. A consequência da estratificação da sociedade é a dominação de uma classe sobre a outra. As condições de sujeito de direitos dos membros de uma sociedade são influenciadas pelo processo de produção capitalista, que gera as divisões sociais e situações de dominação, em um processo excludente e seletivo, no qual todos estão inseridos<sup>14</sup>.

A sociedade burguesa buscou a igualdade formal dentre os membros da sociedade, pois necessitava de mão de obra livre. Entretanto, a igualdade só ocorria no plano jurídico, visto que no plano fático as desigualdades eram consideráveis. O modelo primava pela competitividade, o que gerava desigualdade entre homens e mulheres. A sociedade de classes desenvolveu a dominação burguesa e masculina, estando a mulher em condições de desigualdade nas relações sociais<sup>15</sup>.

A dominação ocasionada pelo modelo capitalista surge em decorrência dos desejos burgueses sobre os proletários, sendo criadas as necessidades sistêmicas de trabalho e de consumo como forma de dominação, o que garante os interesses capitalistas, mantendo-se a luta de classes e a relação entre opressor e oprimido<sup>16</sup>. A opressão torna-se contínua no modelo atual, pois, mesmo que se queira resistir, não há como sobreviver sem estar inserido e colaborar com o modelo dominante, o qual cria as regras de condutas e necessidades constantes, mantendo o sistema de acordo com a padronização social.

No modelo capitalista, sempre ocorrerá a exploração de sujeitos, denominados de proletários, pelas classes dominantes, os burgueses, que são aqueles poucos que detêm o capital. Proletários são os que trabalham, para obter capital, e consomem, mantendo, assim, os interesses burgueses. Deve-se destacar que “as ideias dominantes de uma época são sempre as ideias da classe dominante [...] um fato é comum a todas as épocas, isto é, a exploração de uma parte da sociedade por outra”<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 61-66.

<sup>12</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 67-84.

<sup>13</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 84-94.

<sup>14</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 107-108.

<sup>15</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 159-163.

<sup>16</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003. p. 40-41.

<sup>17</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003. p. 44-46.

Como forma de manutenção do modelo de produção capitalista e buscando a submissão sistêmica dominante em uma sociedade, existem os aparelhos ideológicos. Eles servem para dar sustentação ao modelo dominante, possibilitando o desenvolvimento de sujeitos que irão reproduzir o sistema capitalista, expondo informações, garantindo o hiperconsumo e incentivando o labor. O Estado forma as pessoas desde a infância, reproduzindo o modelo capitalista, com base na multiplicação de informações comportamentais e reprimindo ideias distintas. Para isso servem os aparelhos ideológicos do Estado e de reprodução de ideias dominantes<sup>18</sup>.

As ideologias são originadas com o intuito de formar os sujeitos de acordo com os interesses das classes dominantes, havendo interferências em vários ambientes, sejam eles familiares, educacionais, midiáticos, publicitários, além de outros meios de multiplicação de ideias<sup>19</sup>.

O mercado de consumo atua na lógica de reprodução sistêmica, assim como ocorre nas relações de trabalho. Isto possibilita a expansão da opressão realizada pelas classes dominantes. A lógica do mercado preza pela manutenção da dominação em relação aos seus consumidores, impondo e construindo necessidades constantes de consumo, o que fortalece o hiperconsumo. O novo ganha força e o velho é substituído de forma constante, visando ao aumento do consumo de forma globalizada<sup>20</sup>.

A globalização busca garantir o sistema de economia capitalista no mundo, gerando ampla competitividade, o que prima pelo individualismo em prejuízo da solidariedade. A globalização incentiva o hiperconsumo e a insatisfação constante, para que se possa estar de acordo com uma vida bem-sucedida e atentando para os padrões necessários de consumo e de trabalho. No mercado capitalismo global se busca, “a todo custo, vencer o outro, esmagando-o, para tomar seu lugar”<sup>21</sup>.

Com a finalidade de manter a condição de hiperconsumo, se faz necessária a superprodução, que mantém a dominação econômica e a acumulação do capital. As mulheres são desejadas pelo atual mercado de consumo, pois nunca haverá consumidores suficientes<sup>22</sup>. Nesse sentido: “na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria”<sup>23</sup>.

A realidade das mulheres frente aos homens trouxe preocupações em relação à coisificação do gênero feminino, em especial quando “os corpos das mulheres são elementos comuns das imagens que consumimos na internet”, pois o sujeito de direitos passa a ser tratado como um objeto<sup>24</sup>.

As bases marxistas demonstram que as relações materiais são fruto da existência dos seres humanos e de sua interação em sociedade. Assim, os seres humanos precisam de inserção econômica para a sua subsistência, pois carecem de alimentos, vestimentas, moradia, dentre outras necessidades para convívio em sociedade, que são condições básicas para o desenvolvimento da vida humana e sobrevivência das espécies<sup>25</sup>.

Já os imperativos impostos pelo sistema vão além das condições mínimas para a subsistência. Cada vez surgem mais imposições para uma vida bem-sucedida, criando-se necessidades constantes para a garantia do sistema. Surgem as regras de beleza e a produção estabelece o consumismo, fazendo nascer o fator cultural que impõe condutas sociais aos seres humanos. As criações atendem aos interesses burgueses, que vão se adequando com o desenvolvimento histórico e vão gerando, artificialmente, insatisfações constantes para manter o desejo por mais consumo<sup>26</sup>.

<sup>18</sup> ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Lisboa: Presença, 1969. p. 17-21;43-52.

<sup>19</sup> ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Lisboa: Presença, 1969. p. 93-104.

<sup>20</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003. p. 26-30.

<sup>21</sup> SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 46-55.

<sup>22</sup> BARBER, Benjamin R. *Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos*. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 15-17.

<sup>23</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 20.

<sup>24</sup> CONELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: Uma perspectiva global*. São Paulo: Nversos, 2015, p. 30.

<sup>25</sup> QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. *Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber*. Belo Horizonte: UFMG, 2003, p. 30.

<sup>26</sup> QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. *Um toque de clássicos:*

Nos Estados Unidos, os interesses capitalistas em relação às mulheres ocorreram desde a participação em guerras, o que gerou diversas consequências. Quando os homens foram para as guerras, as mulheres passaram a ocupar os seus lugares no mercado de trabalho e nas universidades. Com o término da guerra, os ex-combatentes voltaram e se apossaram das vagas que as mulheres estavam ocupando, reaparecendo os preconceitos contra as mulheres no mercado de trabalho, voltando a exclusão nos ambientes em que elas passaram a frequentar. No sistema capitalista imperam preconceitos e discriminações em relação às mulheres, como as desigualdades salariais e as ocupações que são exclusivas dos homens<sup>27</sup>.

Fatores como talento e competência não foram levados em conta. As capacidades bem-vindas durante a guerra, com o incentivo à competição, foram deixadas de lado em vista “da necessidade de a mulher cuidar de seus lares” e da não competição com homens. O pensamento impositivo dominante era que as mulheres deveriam voltar para as suas casas para a manutenção da feminilidade, e as ideologias agiram para a garantia do interesse das classes dominantes<sup>28</sup>.

As mulheres mães carregaram fardos pesados no decorrer da história dos Estados Unidos, e foram acusadas de serem causadoras de muitos problemas sociofamiliares, sem uma base científica consistente que amparasse tais alegações:

Sob o microscópio freudiano, porém, um conceito de família muito diferente começou a surgir. Complexo de Édipo tornou-se uma expressão caseira. Frustração de infância era perigo tão sério como a escarlatina. E, em local à parte, recebendo especial atenção, figurava a «mãe». Descobriu-se de repente que ela podia ser culpada de quase tudo. Em casos de perturbações infantis, ou de adultos alcoólatras, suicidas, esquizofrênicos, psicopatas, neuróticos, impotentes, homossexuais; de mulheres frígidas e promíscuas, vítimas de úlceras e de asma, ou de qualquer outra moléstia, a mãe era a culpada. Frustrada, recalcada, perturbada, martirizada, insatisfeita, infeliz mulher. Esposa exigente, irritante, colérica. Mãe dominadora, superprotetora ou desnaturada. A Segunda Guerra Mundial revelou que milhões de americanos eram psicologicamente incapazes de enfrentar o choque da guerra, a vida longe da «mamãe». Era claro que havia algo de errado nesta controvertida figura<sup>29</sup>.

Além de tais acusações, a mãe que trabalhava fora era considerada responsável pela delinquência dos filhos em idade juvenil. Alegava-se que ela não contribuía devidamente para a educação das crianças e adolescentes. Isso foi considerado um mito pela ciência, que demonstrou não haver qualquer relação entre delinquência ou abandono dos estudos dos filhos com o fato de a mãe trabalhar. Ou seja, não havia como relacionar os tópicos como causa e consequência, tampouco apontar a delinquência juvenil como decorrente da ausência da mulher no lar devido às suas atividades profissionais, pois uma mulher que trabalha fora de casa poderá dar ótima educação ao seu filho, assim como a mulher que não trabalha fora de casa poderá ser a responsável por condutas conflitivas de seus filhos com a lei. Portanto, tais afirmações eram míticas, no sentido de preservar a submissão da mulher aos interesses dominantes, que utilizavam, inclusive, os meios de comunicações para manter a reprodução ideológica. As mulheres foram culpadas de vários problemas, sendo construídos conceitos que demonstravam que ela poderia ser considerada “inimiga” da sociedade, elevando-se a partir disso diversas barreiras para sua entrada ou manutenção no mercado de trabalho<sup>30</sup>.

A autora destaca que a mulher fez a “escolha errônea” quando partiu para casa, pois lhe foi fechada a porta ao mundo, ao seu exterior, deixando as suas potencialidades de lado, “[...] a fim de viver somente seu papel sexual, trocando a individualidade pela segurança”<sup>31</sup>. No entanto, acredita-se que não foi uma “escolha” da mulher esse caminho e sim a única opção existente em uma sociedade excludente, dominante, opressiva e intolerante. Às mulheres não houve opções de escolha, pois, caso não aceitassem o que lhe estava

Marx, Durkheim e Weber. Belo Horizonte: UFMG, 2003. p. 30-31.

<sup>27</sup> FRIEDAN, Betty. *Mística Feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971. p. 162.

<sup>28</sup> FRIEDAN, Betty. *Mística Feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971. p. 162;168.

<sup>29</sup> FRIEDAN, Betty. *Mística Feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971. p. 165.

<sup>30</sup> FRIEDAN, Betty. *Mística Feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971. p. 170-171;177-178.

<sup>31</sup> FRIEDAN, Betty. *Mística Feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971. p. 179.



sendo imposto, seriam excluídas e taxadas negativamente.

Já em relação ao comércio, os Estados Unidos dão muita importância aos negócios, passando a mulher a ser cobiçada pelo mercado como dona de casa e como a principal consumidora em todos os setores no cenário após a 2ª Guerra Mundial, o que movimentaria muito dinheiro. E mantendo as mulheres no lar, elas, teoricamente, poderiam consumir mais do que quando estivessem estudando e trabalhando. A mulher era incentivada ao trabalho doméstico e, por isto, buscava uma casa arrumada e com ótimos eletrodomésticos, garantindo o interesse de consumo. O objetivo de muitas mulheres era o de dirigir o lar. Inevitavelmente, muitas buscaram outras profissões e serviços fora do lar, o que não impediu que o mercado criasse alternativas para a manutenção do consumo nas residências.

As mulheres foram constantemente estudadas pelo mercado de consumo, com o intuito de garantir a lucratividade econômica<sup>32</sup>, ou seja, fosse garantido o interesse capitalista mediante o incentivo constante ao consumo de uma infinidade de produtos para o lar, que trariam satisfação pessoal, eficiência e economia de tempo, ou para se vestir, o que possibilitaria a felicidade. O desenvolvimento de novos produtos era direcionado às mulheres, sendo explorado o poder da mídia no sentido de convencer a necessidade do consumo como o modo de vida correto dentro da sociedade estadunidense. As mulheres, mais uma vez, eram exploradas ideologicamente mediante a imposição dominante masculina, visando garantir o interesse econômico do capital<sup>33</sup>.

O mercado e o Estado sempre trouxeram bases para as relações sociais. Enquanto o mercado estuda as questões relacionadas a gênero, o Estado se preocupa em como controlar a discriminação gerada contra as mulheres. Raewyn Conell e Rebecca Pearse, em pesquisa recente, preocuparam-se em debater o tema gênero, Estado e economia em alguns países, concluindo que as políticas de gênero são fundamentais para o enfrentamento da discriminação contra a mulher e que apostar na democratização das políticas que buscam a igualdade de gêneros é uma excelente estratégia para diminuir as condições de submissão<sup>34</sup>.

No Brasil, desde a colonização e o início da formação da economia, foi utilizado um modelo exploratório que visava exclusivamente à lucratividade e à garantia dos interesses europeus. A economia brasileira teve seus rumos ditados do exterior, tendo garantidos unicamente os interesses burgueses<sup>35</sup>.

O trabalhador sempre foi explorado no modelo econômico adotado no Brasil. Primeiro com a escravidão e depois com a industrialização, quando pessoas foram exploradas para satisfazer a alta lucratividade das classes burguesas dominantes. A sociedade de classes começou a surgir da abolição da escravatura e que, também, sempre na história do país, garantiu os interesses das classes dominantes. Nesse interim, as mulheres foram muito exploradas pelo sistema capitalista de produção, em especial as pertencentes às classes pobres e extremamente pobres<sup>36</sup>.

Os interesses do capital trouxeram inúmeras consequências às mulheres no Brasil. Nos anos 1980 e 1990, até mesmo questões éticas foram violadas em prol dos interesses econômicos do País, a exemplo da esterilização feminina, que foi um método contraceptivo muito utilizado, proporcionando uma diminuição acentuada da taxa de fecundidade das mulheres. A esterilização atendia a exigências do Fundo Monetário Internacional (FMI) para reduzir o crescimento demográfico, em um cenário de extrema desigualdade social, comprovando, mais uma vez, as influências econômicas nos direitos e liberdades relacionados à mulher. A diminuição do crescimento demográfico foi alcançada de forma plena, pois a taxa de fecundidade diminuiu de 4,5 filhos por mulher, no ano de 1980, para 2,5 filhos por mulher, no ano de 1996. As maiores taxas de esterilização ocorreram nas regiões e nas classes sociais mais pobres do Brasil, sendo que o País passou a ter

<sup>32</sup> FRIEDAN, Betty. *Mística Feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971. p. 180-185.

<sup>33</sup> FRIEDAN, Betty. *Mística Feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971. p. 185-201.

<sup>34</sup> CONELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: Uma perspectiva global*. São Paulo: Nversos, 2015. p. 242-285.

<sup>35</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 205-210;220.

<sup>36</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 200-205.

um dos maiores índices de esterilização do mundo. Houve notícias de empresas que pediam atestados de esterilização feminina para a contratação de mulheres, o que acentuava a violação de direitos relacionados à reprodução da mulher. Destaca-se que, em todo o cenário exposto, a esterilização não estava regulamentada por lei, passando a ser somente no ano de 1997 e, a partir daí, possibilitando o planejamento familiar e a obrigação de preenchimento de critérios para que ela fosse realizada<sup>37</sup>.

Os interesses do mercado em relação à mulher, também, puderam ser observados em uma análise sobre as tecnologias reprodutivas, abordando as técnicas contraceptivas e conceptivas, que servem para o controle da reprodução humana. O processo de globalização trouxe à tona a corrida pelo consumo de vários tipos de tecnologias pelas pessoas nos ambientes da vida cotidiana, realizando transformações sociais. As novas tecnologias em uma sociedade com grandes desigualdades sociais demonstram o contraste entre a extrema pobreza e a falta de condições mínimas de sobrevivência, de um lado, e as tecnologias avançadas que podem ser acessadas somente por uma parte mínima da população de um país, de outro<sup>38</sup>.

Com o passar dos anos, pode-se evidenciar que o mercado não possui limites morais, pois inúmeras são as imoralidades que estão sendo realizadas em prol de questões econômicas: “Vivemos numa época em que quase tudo pode ser comprado e vendido. Nas três últimas décadas, os mercados — e os valores de mercado — passaram a governar nossa vida como nunca. Não chegamos a essa situação por escolha deliberada”<sup>39</sup>.

### 3 A mulher e a sociedade de classes II: a situação de submissão e o processo de exclusão social

O sistema capitalista é o principal responsável por estruturar a sociedade em classes e, por consequência, impor condições de submissão à mulher. O homem desenvolveu diversas condições de poder na construção do atual sistema, gerando uma base difícil de ser modificada e superada. Não há como precisar as origens das condições de submissão do gênero feminino ao masculino, mas se pode afirmar que elas se acentuaram com o processo de divisão da sociedade em classes, decorrente do sistema capitalista, fator que impôs interesses em relação à mulher.

Desde o início do capitalismo, a mulher vem sofrendo as consequências do sistema, pois, por muito tempo, lhe foram negados direitos políticos e civis, havendo uma consequente restrição aos direitos inerentes à cidadania, assim como uma clara condição de opressão. Havia diversos privilégios de fato e de direito aos homens<sup>40</sup>.

Destaca-se que “a sociedade de classes privou a mulher da igualdade com os homens, discriminando-a não somente de fato, mas também no plano formal do Direito”<sup>41</sup>. A sociedade capitalista explicitou e acentuou o que vem ocorrendo em todas as sociedades: “a dominação do homem sobre a mulher”<sup>42</sup>.

Os processos de industrialização e de urbanização agravaram a situação de exploração das mulheres, pois foi uma época da história em que houve muitas tensões em relação a algumas temáticas: “pobreza”; “precariedade das habitações”; “separação entre a vida em família e a vida ocupacional”; “divisão radical entre o trabalho e os modos de utilização do ócio”<sup>43</sup>.

A tendência cultural relativa à diminuição de importância dos direitos inerentes à mulher ocorre em diversos ambientes, pois a sociedade tende a promulgar a ideia falaciosa da igualdade de gênero. Há diferenças

<sup>37</sup> SCAVONE, Lucila. *Dar a vida e cuidar da vida: feminismo e Ciências Sociais*. São Paulo: Unesp, 2004. p. 59-62.

<sup>38</sup> SCAVONE, Lucila. *Dar a vida e cuidar da vida: feminismo e Ciências Sociais*. São Paulo: Unesp, 2004. p. 69-71.

<sup>39</sup> SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 11.

<sup>40</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 108.

<sup>41</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 108-109.

<sup>42</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 479.

<sup>43</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 109.

de percepção dos problemas sociais nas análises feitas pelas pessoas que não se aprofundam nos estudos em relação a gênero, e as pessoas que realizam estudos científicos, havendo, sempre, tendências de senso comum na busca em diminuir a importância das lutas dos segmentos, grupos ou classes fragilizadas<sup>44</sup>.

Os poderes atribuídos aos homens nas relações sociais geram situações de submissão das mulheres. Em muitas das organizações, são os homens que exercem os cargos de chefia, como, por exemplo, nas forças armadas, em que os comandos são exercidos, geralmente, por eles. Diversos são os casos em que os homens controlam os meios de força ou que utilizem de violência, e essas são questões que influenciam as desigualdades entre gêneros. O poder se dá, também, com a imposição de condutas e padronização comportamental em relação às mulheres, e tudo auxilia na ideia de submissão da mulher ao homem. Em se tratando da produção e do consumo, enquanto o mercado sempre estudou o consumo das mulheres e a buscou como um de seus objetivos, os meios de produção não possibilitaram que as mulheres evoluíssem em suas carreiras<sup>45</sup>.

As condições de exploração da mulher são constantes nas esferas sociais. O casamento, em muitos casos, foi e vem sendo um instituto em que há exploração. Ou seja, a mulher vem sofrendo com relações de subordinação constantes no decorrer da história humana<sup>46</sup>.

O casamento incita o homem a um imperialismo caprichoso: a tentação de dominar é a mais universal, a mais irresistível que existe; entregar o filho à mãe, entregar a mulher ao marido é cultivar a tirania na terra; muitas vezes não basta ao esposo ser aprovado, admirado, aconselhar, guiar: ele ordena, representa o papel de soberano<sup>47</sup>.

Para Engels, a primeira situação de oposição de classes é no casamento, em cuja relação há o antagonismo entre homens e mulheres. Em consequência, a primeira situação de opressão de classes surge quando os homens oprimem as mulheres em uma relação conjugal. Saffioti afirma que o principal aspecto que influencia, negativamente, o desenvolvimento da mulher é a dominação exercida pelo homem. A dominação é um fator que está relacionado a vários aspectos, dentre eles a economia, as condições geracionais, a etnia, o gênero, o sexo, o que restringe a autonomia socioeconômica e cultural<sup>48</sup>.

O divórcio é um requisito para a igualdade entre mulheres e homens, pois com ele a mulher passa a ter a possibilidade jurídica de se desvincular de uma pessoa que não mais lhe convém, trazendo a integração social da mulher<sup>49</sup>.

A situação de dominação do homem sobre a mulher implica restrições para a sua interação social. A situação de dominação serve, também, para aqueles que detêm o poder econômico, pois a mulher será sacrificada e marginalizada em suas relações socioeconômicas, e desempenhará funções naturais de um ser humano inserido ao sistema de produção capitalista, mais as funções de “trabalhadora doméstica” e de “socializadora dos filhos”<sup>50</sup>.

No contexto capitalista de consumo brasileiro, algumas mulheres estão tendo a possibilidade de se inserir no mercado de trabalho, sem a necessidade de ficar com filhos ou ser donas de casas. O acesso à pré-escola é algo que, ainda, ocorre de forma tênue no Brasil, pois o privado é caro e o gratuito não é acessível a todos, mas que possibilita a algumas mulheres tal emancipação. No entanto, devido à falta de capital, em um mercado de trocas, e da não universalização do ensino pré-escolar, ainda há muitas restrições para várias mulheres. Desse jeito, algumas classes de mulheres têm a possibilidade de uma maior inserção social e outras tantas não, pois a maternidade poderá ser um impedimento de acesso ao trabalho devido às responsabilidades geradas, culminando em exclusão social no que tange ao acesso ao mercado de trabalho<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 111.

<sup>45</sup> CONELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: Uma perspectiva global*. São Paulo: Nversos, 2015. p. 160-175.

<sup>46</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 111-113.

<sup>47</sup> BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 616.

<sup>48</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 120-122.

<sup>49</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 137.

<sup>50</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 123-124.

<sup>51</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 124-127.

Não se pode afirmar que a emancipação econômica seja um fator que possa garantir a libertação da mulher de todas as formas de preconceito e de discriminação social, pois ela sozinha não conseguirá superar todos os mitos culturais ainda muito arraigados na sociedade. Para tanto, a mudança da mentalidade de “inferiorização da mulher” é imprescindível, processo lento e contínuo que ultrapassará gerações, e deverá observar as características sociais de cada localidade, necessitando da participação dos cidadãos, pois a sociedade possui responsabilidade nesse processo de libertação da mulher<sup>52</sup>.

Já a divisão da sociedade em classes sociais impede que seja possível a ocorrência da solidariedade entre as mulheres. Afinal, as mulheres da classe dominante vão poder dispor do trabalho dos homens e das mulheres da classe dominada, mas não exercerão domínio sobre os homens da classe dominante. Em consequência, é difícil imaginar a solidariedade entre diferentes classes de diferentes gêneros, principalmente em razão da competição constante decorrente do sistema<sup>53</sup>.

Dentre outras instituições, a Igreja Católica contribuiu com o sistema econômico capitalista e para a manutenção da situação de submissão das mulheres em boa parte da história contemporânea. Foram desenvolvidas posições doutrinárias em que a mulher foi colocada como “ser secundário e suspeito”. A Igreja realiza um esforço para, mesmo que de forma velada, que a mulher se mantenha em uma condição submissa ao homem<sup>54</sup>.

Diversas foram as posições de incentivo à submissão das mulheres por meio de encíclicas da Igreja Católica, sendo promulgadas ideias como uma forma de dominação. As orientações visavam desde demonstrar que a mulher tinha fraquezas, a de sugerir o trabalho doméstico e nas suas residências, sendo considerado como um abuso o trabalho fora das residências por parte das mães, o que implicaria ofender os “deveres” próprios e prejuízos para a educação dos filhos. Para o Papa Pio XI, por exemplo, a mulher não deveria buscar suas satisfações por meio do trabalho para ter a possibilidade de realizar os seus desejos pessoais. A Igreja não se preocupou com a necessidade de emancipação econômica da mulher como uma condição para uma vida em igualdade de condições. Já Pio XII condenou o desenvolvimento da sexualidade, defendendo que os atos sexuais se destinam, somente, à procriação, assim como foi contrário ao divórcio, pois, para ele, o vínculo do matrimônio não poderá ser dissolvido nem quando houver a ocorrência de condutas adúlteras. A visão em relação ao adultério é semelhante à que ocorre hoje, evidenciando a situação de submissão da mulher ao homem, pois, enquanto o homem adúltero é aceito pela própria mulher em muitos casos, a mulher adúltera é repudiada pelo seu marido e pela sociedade. Para Pio XII, a função precípua feminina é a maternidade. Tudo além da maternidade tem função secundária e colaborativa com a do homem<sup>55</sup>.

A psicanálise, também, foi utilizada para defender a ideia de submissão da mulher em relação ao homem com base em questões biológicas e que foram muito criticadas pelas teorias que analisam gênero. De forma paradoxal, a teoria freudiana, que revolucionou as perspectivas relacionadas a temas de sexualidade, contribuiu para deixar a mulher rodeada de questões míticas e discriminatórias, gerando limitações à mudança das perspectivas sociais inerentes a ela. A tentativa realizada por Freud de explicar os traços psicológicos femininos, baseados na anatomia, conduziu-o a conclusões errôneas e desfavoráveis às mulheres, pois Freud demonstrou que a mulher teria seu destino traçado por fatores biológicos, ou seja, com base na anatomia<sup>56</sup>.

Para Freud, as meninas acabam sofrendo traumas na puberdade, transferindo o seu amor ao pai, e desenvolvendo algumas “neuroses”. Há o denominado “complexo de castração”, que aflige tanto os meninos quanto as meninas. Nos meninos, de uma certa forma positiva, porque eles não querem perder o seu órgão sexual. Já nas meninas, de forma negativa, pela ausência de um órgão sexual como o masculino, podendo sentir-se inferiorizada por não possuir um pênis. Tais fatores seriam fundamentais para a teoria freudiana, os

<sup>52</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 128-130.

<sup>53</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 132-133.

<sup>54</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 140-143.

<sup>55</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 144-151.

<sup>56</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 403-404.

quais influenciariam no desenvolvimento pleno da mulher, implicando consequências como: “negação do seu sexo”; e “necessidade de ser amada mais do que de amar”<sup>57</sup>.

Saffioti critica Freud por ele não ter relacionado as condições biológicas com a relatividade cultural relativas às características da mulher, não tendo analisado o contexto cultural em que a mulher estava inserida. Para Saffioti, as mulheres não poderiam ter sido analisadas, somente, sob a ótica da biologia. As mulheres da atualidade possuem características psicológicas muito distintas das descritas por Freud<sup>58</sup>.

Freud, também, legitimou o mito da passividade, por meio do qual a mulher seria o passivo e o homem o ativo. Para Freud, por questões biológicas, o ato sexual é consequência da agressividade do homem, o que independeria do consentimento da mulher<sup>59</sup>.

Outra questão, que possui natureza metodológica, em relação à psicanálise de Freud, de forma crítica é que o estudo dele se baseou em análises de mulheres austríacas ou europeias do século XIX e XX, que estavam passando por uma fase de evolução, no entanto, foi um estudo classista, pois somente avaliou as mulheres que estavam passando por neuroses pertencentes à sociedade burguesa, o que não pode representar toda a sociedade. Nesse sentido, Freud é criticado por não atentar para as diferenciações culturais e sociais, que são relativas e que mudam no espaço temporal e local. Portanto, o estudo feito por ele não pode servir como base tendencial universal em relação à natureza humana. Por tais motivos, as condições femininas não foram alteradas pela psicanálise freudiana, aliás, na verdade, o que aconteceu foi o contrário, pois foram reforçados os mitos em torno da condição da mulher, servindo para aleijar a mulher socialmente e para discriminá-la<sup>60</sup>.

Os mitos relacionados à mulher foram utilizados como ferramentas para realizar controle social do comportamento feminino. Na sociedade capitalista globalizada, os mitos femininos trazem a possibilidade de controle do comportamento das mulheres, de modo que se possa conter as mulheres dentro dos limites desejados, gerando estímulos a se manter nos padrões que são exigidos pelo sistema<sup>61</sup>.

Os mitos femininos desejados pela sociedade de classes seriam:

1. restringir a um mínimo possível a interferência do sistema de parentesco no sistema ocupacional, isto é, permitir a ligação entre os dois sistemas apenas através do chefe de família, a fim de preservar a compatibilidade entre as duas estruturas envolvidas;
2. mistificar a mulher no seu papel de esposa e mãe, de modo a que ela se sinta plenamente realizada enquanto tal;
3. colocar barreiras à ascensão profissional da mulher, de modo a mantê-la em condições desiguais de concorrência com os homens;
4. enaltecer a atividade feminina em setores ocupacionais não disputados pelos homens, quer porque não remuneraram satisfatoriamente, quer porque não conferem grau de prestígio;
5. manter baixas as aspirações femininas a fim de não provocar o surgimento tensões suficientemente intensas para promover a mudança das estruturas vigentes;
6. impedir a extensão dos mecanismos de competição ao grupo familiar não apenas porque isto significaria introduzir mudanças radicais na estrutura da família, mudanças estas de consequências imprevisíveis para a estrutura de classes, mas ainda porque a ampliação do jogo competitivo encontra sérios limites na manutenção do equilíbrio psicológico dos indivíduos<sup>62</sup>.

Portanto, o sistema capitalista primou pelo controle social da mulher, sistematizando a dominação e a manutenção do estado de submissão. A sociedade de classes tem interesse em preservar tal situação no es-

<sup>57</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 405-406.

<sup>58</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 408.

<sup>59</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 408-410.

<sup>60</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 410-416.

<sup>61</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 428-429.

<sup>62</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 429.



tado em que ela se encontra, pois traz benefícios para as classes que estão no controle econômico e impede a ascensão das classes inferiores. As mulheres foram e ainda são oprimidas pelo sistema capitalista, o que confere consequências negativas para o empoderamento da mulher enquanto cidadã<sup>63</sup>.

Em relação às relações sociais, a mulher sofre uma padronização de condutas corretas de ação conforme os fatores de condição social e de sexo, para ser considerada bem-sucedida. Tal padronização é denominada como “mística feminina” e atinge de forma mais acentuada as mulheres casadas e com filhos pequenos<sup>64</sup>.

No entanto, algumas mulheres estão enfrentando as imposições sociais, embora ainda em número baixo. Em locais antes inabitáveis em relação ao trabalho, as mulheres começaram a conviver e a exercer muito bem o seu papel, sempre com muita resistência. Mas existem campos em que, tradicionalmente, a mulher fica excluída, tendo em vista que algumas funções são, exclusivamente, reservadas aos homens pelo sistema imposto, traçando limites de atuação à mulher, mesmo que ela possua potencialidades, limites que se relacionam à classe social e ao sexo<sup>65</sup>.

A mulher foi treinada, educacionalmente, em um universo próprio e à parte do que estava o homem, que primava pela negação do todo feminino, sendo marginalizada. A sociedade via o homem como aquele que pode ascender, deixando a mulher em situação de submissão. Estes são fatores culturais que foram multiplicados pela sociedade e que dependem de modificações educacionais para serem superados, não somente no âmbito científico, como também no social<sup>66</sup>.

A imposição de condutas à mulher fez com que ela fosse dominada pelo sistema, permanecendo em uma situação de submissão, devendo realizar condutas tidas como corretas<sup>67</sup>.

Todos afirmavam que seu papel era procurar realizar-se como esposa e mãe. A voz da tradição e da sofisticação freudiana dizia que não podia desejar melhor destino do que viver a sua feminilidade. Especialistas ensinavam-lhe a agarrar seu homem e a conservá-lo, a amamentar os filhos e orientá-los no controle de suas necessidades fisiológicas, a resolver problemas de rivalidade e rebeldia adolescente; a comprar uma máquina de lavar pratos, fazer pão, preparar receitas requintadas e construir uma piscina com as próprias mãos; a vestir-se, parecer e agir de modo mais feminino e a tornar seu casamento uma aventura emocionante; a impedir o marido de morrer jovem e aos filhos de se transformarem em delinquentes. Aprendiam a lamentar as infelizes neuróticas que desejavam ser poetisas, médicas ou presidentes. Ficavam sabendo que a mulher verdadeiramente feminina não deseja seguir carreira, obter educação mais aprofundada, lutar por direitos políticos e pela independência e oportunidades que as antigas feministas pleiteavam<sup>68</sup>.

As condutas tidas como corretas possuíam uma padronização, a qual a mulher deveria seguir. Os limites de conduta eram excludentes, sendo tais manifestações apoiadas por especialistas. As mulheres em geral realizavam as tarefas domésticas e eram incentivadas a permanecer realizando os cuidados da casa e dos filhos<sup>69</sup>.

A educação, como um aparelho ideológico, era utilizada para propor que a mulher permanecesse nas profissões desejadas pela sociedade, sendo restringida a ascender a certas ocupações, assim como sendo limitada a certos espaços. A educação universitária por um bom tempo não serviu para possibilitar a reflexão crítica, sendo utilizada para manter a manipulação dos interesses dominantes. Entretanto, o ambiente acadêmico, também, serviu para a atuação dos movimentos feministas, sendo desenvolvidos debates em diversos campos sobre a questão feminina. A educação é a melhor ferramenta para a libertação das mulheres, porém ela também pode ser utilizada para a manutenção do estado de submissão, exclusão e de discriminação, pois existem teorias que vão agir nesse sentido<sup>70</sup>.

<sup>63</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 429.

<sup>64</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 430-431.

<sup>65</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 432-436.

<sup>66</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 440-441.

<sup>67</sup> FRIEDAN, Betty. *Mística Feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971. p. 17.

<sup>68</sup> FRIEDAN, Betty. *Mística Feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971. p. 17-18.

<sup>69</sup> FRIEDAN, Betty. *Mística Feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971. p. 17-20.

<sup>70</sup> FRIEDAN, Betty. *Mística Feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971. p. 131-158.

As padronizações de condutas na sociedade trazem formas de se comportar às pessoas. As mulheres que não agirem da forma esperada poderão ser, por consequência, discriminadas e excluídas socialmente. Aqui se verifica a relação da teoria ora abordada com a questão da mística feminina de Friedan, pois se trata da imposição de condutas de agir às mulheres em sociedades patriarcais. Portanto, existem condicionamentos sociais excludentes às mulheres, sendo uma necessidade a mudança de tais imposições culturais<sup>71</sup>.

As imposições sociais fizeram com que as mulheres renunciassem a sua própria existência:

A mística feminina conseguiu enterrar vivas milhões de mulheres. Não há maneira de fugir ao seu confortável campo de concentração, exceto fazendo um esforço — o esforço humano que vai além do biológico, além das estreitas paredes do lar — a fim de colaborar na criação do porvir. Somente por meio de um compromisso pessoal com o futuro poderá sair da armadilha doméstica e realizar-se verdadeiramente como esposa e mãe, concretizando suas possibilidades de ser humano independente e singular<sup>72</sup>.

Verifica-se que a autora demonstra o papel de protagonista da mulher no enfrentamento do ciclo de dominação imposto socialmente. A mulher como sujeito possui papel fundamental no compromisso com um futuro melhor.

Por fim, enfatiza-se a importância fundamental da educação para o rompimento da lógica de submissão da mulher à mística feminina. Os educadores devem atuar para elevar a mulher ao limite máximo de suas capacidades, dizendo não à mística feminina e empoderando-as para diversas profissões que podem alcançar mediante a educação. Pois, com ela, as mulheres poderão romper com a dominação ideológica proposta pela mística feminina, que é excludente e prejudicial, possibilitando a libertação da armadilha doméstica. Para que a educação seja revolucionária nesse sentido, são necessárias campanhas para modificar a cultura existente, o que fará com que a mulher queira fazer parte do processo. Para a obtenção de êxito, é de suma importância o papel universal das instituições de educação, do Estado e da sociedade. A luta é constante a caminho da evolução da condição de mulher, o que leva tempo e enfrenta muita resistência. A evolução em relação às condições de mulher indica o rompimento com as imposições ideológicas da mística feminina<sup>73</sup>.

#### **4 Participação política de mulheres no processo legislativo e executivo no Brasil: marcos históricos, movimentos sociais e análise de indicadores das eleições de 2014 e 2016**

Um dos pontos fundamentais para que se iniciasse o processo de busca pela igualdade de gêneros no mundo foi a universalização dos direitos políticos. O sufrágio universal foi um dos primeiros requisitos para a obtenção da condição de cidadão em um determinado Estado. Por meio dele, passava-se a exercer o direito de participação nas escolhas políticas de determinada localidade.

Em relação à teoria aristotélica, a participação na política era condição básica para que se pudesse ser considerado cidadão em uma cidade grega. Diversas pessoas eram excluídas socialmente por não possuírem os requisitos necessários para o exercício dos direitos inerentes à cidadania. Ou seja, os não cidadãos possuíam diversas restrições, dentre elas a limitação de votar e ser votado em um pleito eleitoral<sup>74</sup>.

Por muito tempo, os direitos relacionados à política foram restritos. As mulheres tiveram acesso ao direito ao voto, de forma universal, no Brasil, somente em 1934. Mas tal garantia foi fruto de um longo processo de luta realizada pelos movimentos sociais de caráter feminista e possibilitou, somente, um direito dentre os

<sup>71</sup> CONELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: Uma perspectiva global*. São Paulo: Nversos, 2015. p. 157.

<sup>72</sup> FRIEDAN, Betty. *Mística Feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971. p. 290.

<sup>73</sup> FRIEDAN, Betty. *Mística Feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971. p. 314-325.

<sup>74</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2015. p. 115-117.

vários relacionados à condição de cidadã<sup>75</sup>.

Portanto, a participação dos movimentos feministas foi fundamental para a obtenção do voto universal das mulheres. As manifestações feministas no Brasil se iniciaram quando da visita de Bertha Lutz a Londres antes da Primeira Guerra Mundial. Quando do retorno ao Brasil, em 1918, Lutz foi a primeira pregadora da emancipação feminina. Em 1919 assumiu o comando do movimento feminista brasileiro e era representante do Brasil, juntamente a Olga de Paiva Meira, no Conselho Feminino Internacional da Organização Internacional do Trabalho. Na primeira Conferência da OIT, foram aprovados como preceitos gerais: “o de salário igual, sem distinção de sexo, para o mesmo trabalho”; “e a obrigação de cada Estado organizar um serviço de inspeção, incluindo mulheres, a fim de assegurar a aplicação de leis e regulamentos para a proteção dos trabalhadores”<sup>76</sup>. Lutz é conhecida como a maior líder na luta pelos direitos políticos das mulheres brasileiras, e um dos seus principais feitos foi a fundação da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino no Rio de Janeiro, em 1922<sup>77</sup>.

Tal Federação teve sua luta delineada em sete finalidades, destacando-se, dentre elas, a busca pelos direitos políticos, que tiveram por objetivo “Assegurar à mulher os direitos políticos que a futura constituição lhe conferir e prepará-la para o exercício inteligente desses direitos”<sup>78</sup>.

Mesmo que o direito ao voto universal tenha sido obtido somente em 1934 no Brasil, a primeira autorização foi anterior, tendo ocorrido em 1927, quando o estado do Rio Grande do Norte possibilitou, mediante lei, o voto sem distinção de sexo. Porém, tal lei não foi reconhecida pelo Senado Federal, tendo sido anulados todos os votos de mulheres registrados nas eleições de 1928 naquele estado. A partir de tal negativa, a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino criou o Manifesto Feminino, declarando os direitos da mulher. Mas, no âmbito do estado do Rio Grande do Norte, as mulheres passaram a votar e a serem votadas na gestão do Governador do Estado, Juvenal Lamartine (1928-1930), tendo, inclusive, mulheres sido votadas para o legislativo municipal, bem como Alzira Soriano foi eleita Prefeita de Lajes, cidade do interior daquele estado, e referida como a primeira mulher da América Latina a assumir o governo de uma cidade<sup>79</sup>.

Lutz atuou, intensamente, na criação de instituições representativas de mulheres, na luta pelos direitos femininos e por direitos políticos. As intensas campanhas em torno da obtenção do voto sem distinção entre sexo foram acolhidas pela Revolução de 1930. O voto feminino foi incorporado ao Código Eleitoral de 1932, mas dependia de uma garantia constitucional que foi obtida no artigo 108 da Constituição de 1934. Superava-se uma luta, mas se intensificavam outras, como a proteção legislativa do trabalho feminino, a garantia de uma jornada de trabalho adequada, a garantia do trabalho à mulher e da proteção à maternidade e à infância, tendo em Lutz uma grande ativista e, também, representante legislativa na Câmara Federal após tal possibilidade<sup>80</sup>.

Os movimentos sociais feministas no Brasil, após a sua origem, foram e vêm sendo de suma importância para a conquista de direitos à mulher e para a sua emancipação como sujeito de direitos. Em diversos momentos da história nacional, nos últimos dois séculos, houve influência positiva da atuação dos movimentos feministas brasileiros de várias correntes ideológicas de pensamento<sup>81</sup>.

A contribuição dos movimentos e de grupos feministas foi fundamental desde a sua origem. Aqueles grupos mais espontâneos trouxeram influências para que fossem institucionalizadas entidades para a defesa dos direitos femininos, possibilitando a consolidação das ideias femininas e da igualdade entre os sexos. Na academia começaram a surgir grupos de pesquisa para estudar as causas femininas, e na esfera social surgi-

<sup>75</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 365-366.

<sup>76</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 357-358.

<sup>77</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 358-359.

<sup>78</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 359.

<sup>79</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 363-365.

<sup>80</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 365-366.

<sup>81</sup> SAFFIOTTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013. p. 366-395.

ram as Organizações Não Governamentais com tal finalidade<sup>82</sup>.

Sobre movimentos sociais, pode-se afirmar que eles fazem com que o cidadão seja protagonista, possibilitando “o desejo político cívico dos cidadãos de decidir voluntariamente porque, como e quando devem organizar-se para defender seus interesses coletivos e, eventualmente, transformar a sociedade e o próprio poder político”. Eles também são “a forma moderna predeterminada de canalizar a participação política e os conflitos dentro da modernidade”<sup>83</sup>.

Os movimentos sociais surgem devido às demandas públicas decorrentes de necessidades fundamentais, sendo um grupo de pessoas que está convencida de que o Estado, os partidos políticos ou demais segmentos públicos não abordam corretamente as reivindicações do grupo, tendo a finalidade de realizar a organização de “uma ação coletiva e suscitam a adesão de um grupo numeroso de ativistas para atrair a atenção dos poderes públicos”<sup>84</sup>.

Os movimentos sociais, além de terem como finalidade buscar melhores condições de vida para determinado segmento da sociedade, são responsáveis por questionar a centralização e burocratização decorrente de ações de partidos políticos, assim como por não aceitarem um Estado autoritário e capitalista<sup>85</sup>.

Como definição para movimentos sociais, pode-se adotar: “[...] trata-se de um conjunto de redes de interação informais entre uma pluralidade de indivíduos, grupos e organizações comprometidas com conflitos de natureza política ou cultural, sobre a base de uma específica identidade coletiva”<sup>86</sup>.

Em relação ao conceito de movimentos sociais, verifica-se que eles se organizam em rede e suas demandas trazem consequências para toda a sociedade; possuem estratégias dualistas, ou seja, buscam suas demandas juntamente às autoridades decisórias, assim como contrariam o modelo social imposto naquele momento; possuem características de informalidade, horizontalidade e descentralização, que são contrárias às utilizadas pelos demais atores sociais; possuem formas não convencionais de participação; buscam de forma deliberada agir na construção de mudanças sociais; necessitam de certo grau de continuidade na ação coletiva para se constituir como movimento social; e “não são entidades uniformes ou homogêneas: em todos eles convive uma variedade de tendências, a princípio discordantes entre si, em relação a aspectos importantes como a ideologia ou a estratégia”<sup>87</sup>.

A seguir, serão analisados os dois últimos pleitos eleitorais no Brasil e a eleição de mulheres, iniciando-se com o ano eleitoral de 2014, que visou ao preenchimento dos cargos de Presidente da República, Governador de estado e do Distrito Federal, no âmbito do Poder Executivo, e de Senador, Deputado Federal, Estadual e Distrital, com cargos para o Poder Legislativo<sup>88</sup>.

Em relação à análise dos eleitos no pleito, verificou-se um total de 1.450 (89%) homens e 177 (11%) mulheres. O único cargo em que o percentual de mulheres eleitas foi superior aos homens foi o de Presidente da República, cargo com vaga única. Para o preenchimento dos cargos, concorreram na eleição um total de 15.912 (71%) homens e 6.470 (29%) mulheres. Verificou-se que o percentual de mulheres eleitas foi consideravelmente inferior ao de homens eleitos para os cargos políticos do Poder Legislativo e Executivo,

<sup>82</sup> SCAVONE, Lucila. *Dar a vida e cuidar da vida: feminismo e Ciências Sociais*. São Paulo: Unesp, 2004, p. 35-38.

<sup>83</sup> GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Beloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011. p. 128.

<sup>84</sup> GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Beloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011. p. 128-129.

<sup>85</sup> GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Beloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011. p. 130.

<sup>86</sup> GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Beloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011. p. 131.

<sup>87</sup> GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Beloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011. p. 133-134.

<sup>88</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas eleitorais*. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-candidaturas-2014/estatisticas-eleitorais-2014-resultados>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

pois houve 29% de mulheres candidatas e 71% homens candidatos, sendo eleitos para os cargos disponíveis 11% de mulheres e 89% de homens<sup>89</sup>.

**Tabela – 1 Número total de eleitos por sexo – Eleições 2014**

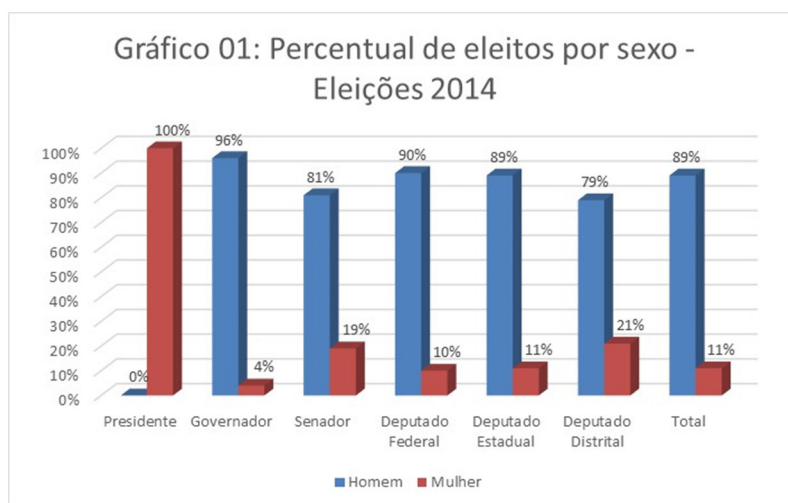
Sexo	Presidente	Governador	Senador	Deputado Federal	Deputado Estadual	Deputado Distrital	Total
Masculino	0	26	22	462	921	19	1.450
Feminino	1	1	5	51	114	5	177

**Fonte: Site do Tribunal Superior Eleitoral.**

O número de mulheres eleitas foi ínfimo em relação aos homens na eleição do ano de 2014, indicando pouca representatividade política feminina no âmbito federal, estadual e distrital, nos cargos inerentes ao Poder Legislativo e Executivo.

No pleito para Governador dos estados e do Distrito Federal, somente para o Estado de Roraima foi, eleita uma mulher. No Senado Federal, o pleito foi para renovação de 27 cadeiras, uma por estado/Distrito Federal, sendo verificadas mulheres eleitas nos estados do Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte, Sergipe e Tocantins, sendo eleitas 5 (19%) mulheres e 22 (81%) homens<sup>90</sup>.

As eleições de 2014 serviram, também, para definir os representantes nas Assembleias Legislativas dos 26 estados da federação, sendo eleitos 921 (89%) homens e 114 (11%) mulheres, e para a Câmara Legislativa do Distrito Federal foram eleitos 19 (79%) homens e 5 (21%) mulheres<sup>91</sup>.



**Fonte: Site do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2014).**

Na Câmara dos Deputados, o pleito foi para a eleição de 513 Deputados Federais, que representam, proporcionalmente, a população dos estados/distrito federal, sendo eleitos 51 (11%) mulheres e 462 (89%) homens. Há estados da Federação que não elegeram nenhuma candidata como representante, o equivalente ao percentual de 0%, como foi o caso de Alagoas, Espírito Santo, Mato Grosso, Paraíba e Sergipe. Outros estados tiveram percentual muito baixo de mulheres eleitas, igual ou menor a 10%, como foi o caso do Rio Grande do Sul, Bahia, Ceará, Maranhão, Pernambuco, Paraná e São Paulo. Os melhores percentuais de eleição de mulheres para a Câmara dos Deputados ocorreram no Amapá e no Tocantins, que foram superior a 50%<sup>92</sup>.

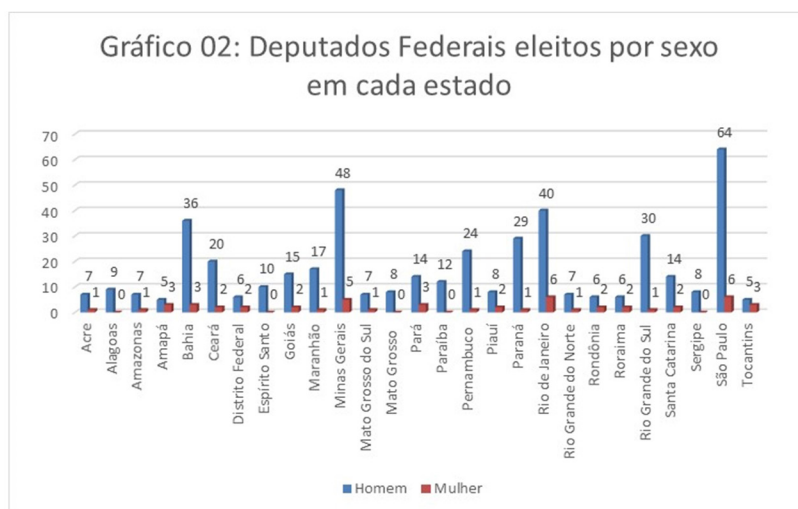
<sup>89</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas eleitorais*. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-candidaturas-2014/estatisticas-eleitorais-2014-resultados>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

<sup>90</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas eleitorais*. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-candidaturas-2014/estatisticas-eleitorais-2014-resultados>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

<sup>91</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas eleitorais*. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-candidaturas-2014/estatisticas-eleitorais-2014-resultados>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

<sup>92</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas eleitorais*. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-candidaturas-2014/estatisticas-eleitorais-2014-resultados>>. Acesso em: 26 dez. 2016.





Fonte: Site do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2014).

Já no ano de 2016 ocorreu o pleito eleitoral nos municípios brasileiros para o cargo de Prefeito (Poder Executivo) e Vereador (Poder Legislativo), buscando-se demonstrar o percentual de mulheres que foram eleitas<sup>93</sup>.

Em relação à análise dos dados do 1º turno, verificou-se um total de 54.868 (87%) homens e 8.454 (13%) mulheres eleitas em todo o país. Na eleição para Prefeito em 2º turno, nos 57 municípios brasileiros, foram eleitos 56 (98%) homens e 1 (2%) mulher<sup>94</sup>.

**Tabela 2 - Número total de eleitos por sexo – Eleições 2016 – 1º Turno**

Sexo	Prefeito	Vereador	Total
Masculino	4.847	50.021	54.868
Feminino	639	7.815	8.454

Fonte: Site do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2016).

Para o preenchimento dos cargos, concorreram na eleição 314.912 (68%) homens e 147.350 (32%) mulheres. Para o cargo de Prefeito, concorreram 14.034 (87%) candidatos homens e 2.105 (13%) candidatas mulheres. Já para o cargo de Vereador concorreram 300.565 (67%) candidatos homens e 145.245 (33%) candidatas mulheres<sup>95</sup>.

**Tabela 3 - Número total de candidatas por sexo – Eleições 2016**

Sexo	Prefeito	Vereador	Total
Masculino	14.034	300.565	314.599
Feminino	2.105	145.245	147.350

Fonte: Site do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2016).

O percentual de mulheres eleitas em relação aos homens para o cargo de Prefeito ficou em 12%, mantendo-se quase na mesma média das mulheres que foram candidatas, que foi de 13% contra 87% de homens candidatos<sup>96</sup>.

cas/estatisticas-candidaturas-2014/estatisticas-eleitorais-2014-resultados>. Acesso em: 26 dez. 2016.

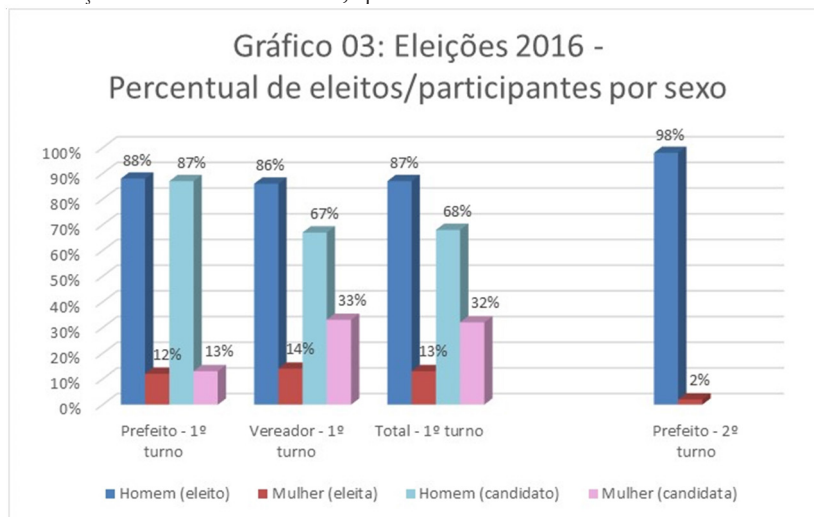
<sup>93</sup> TSE. *Estatísticas eleitorais*. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/resultados>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

<sup>94</sup> TSE. *Estatísticas eleitorais*. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/resultados>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

<sup>95</sup> TSE. *Estatísticas eleitorais*. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/resultados>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

<sup>96</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas eleitorais*. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas>>.

Por sua vez, para os cargos de Vereador, houve uma diminuição no percentual de ocupação das vagas por mulheres em relação aos candidatos do sexo masculino. Enquanto o percentual de mulheres candidatas foi de 33% em relação aos homens candidatos, que foi de 67%, houve a queda para 14% de mulheres eleitas em relação aos homens eleitos, que foi de 86%<sup>97</sup>.



Fonte: Site do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2016).

Portanto, praticamente todos indicadores femininos se encontram inferiores aos masculinos, mesmo após a obrigatoriedade de preenchimento de no mínimo 30% e no máximo 70% de candidaturas de cada sexo, conforme Lei 12.034/2009, norma que teve por objetivo aumentar a participação política feminina.

Para a modificação de tal cenário excludente, a inserção da participação política de mulheres deve ser buscada desde os ambientes de ensino educacionais, pois é nele que ocorre o desenvolvimento da cidadania, para que se obtenha uma sociedade mais tolerante. A crianças e adolescentes deve ser ensinado o respeito aos direitos humanos e fundamentais das mulheres, buscando proporcionar igualdade de gênero. A comunidade é essencial nesse processo de inclusão social e política, pois é a partir da educação universal que serão superados os conceitos de discriminação, preconceito e submissão relacionados à mulher.

Nesse cenário, a família e a sociedade exercem papel primordial na efetivação do direito fundamental à educação que prima pelos direitos humanos de uma determinada comunidade. Dessa forma, “Quanto maior a participação da sociedade, seja na elaboração, seja na implementação e fiscalização dessas políticas, maior será a sua eficácia, porque essas representam verdadeiramente o que determinada parcela da sociedade quer”<sup>98</sup>.

Por fim, fundamental é a busca pela legitimação das mulheres nos pleitos eleitorais, potencializando sua representatividade para o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para a efetivação e a universalização dos direitos de cidadania das mulheres, bem como mantendo, nos ambientes do Poder Executivo e Legislativo, representantes eleitas para defender interesses de gênero.

cas/estatisticas-eleitorais-2016/resultados>. Acesso em: 26 dez. 2016.

<sup>97</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas eleitorais*. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/resultados>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

<sup>98</sup> COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva. A necessidade de implementação de políticas públicas na efetivação do direito fundamental à educação e para a construção da cidadania de crianças e adolescentes. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (Orgs.). *Direito e Políticas Públicas*. Curitiba: Multideia, 2010. v. 4, p. 14-36.

## 5 Considerações Finais

A falta de representatividade feminina é fruto da sociedade de classes, que exclui as mulheres da participação ativa na sociedade, trazendo reflexos restritivos ao desenvolvimento da cidadania e das políticas públicas para a efetivação de direitos humanos e fundamentais da mulher. O sistema capitalista impõe condições de conduta em relação à mulher, o que gera situações de submissão, preconceito, discriminação e exclusão social, pois existem interesses dominantes do mercado de trabalho e de consumo para o gênero feminino.

O principal desafio em busca de direitos e garantias inerentes à cidadania feminina se encontra relacionado à participação de mulheres no desenvolvimento político do Estado, o que poderá possibilitar melhores condições sociais e o enfrentamento das imposições do sistema capitalista e das classes dominantes (elites políticas e burguesas), que desejam manter o atual estado de submissão das mulheres e do proletariado, para garantir seus interesses. Além disso, os homens devem comprometer-se mais com as questões femininas, no sentido de auxiliar na busca de um novo paradigma político, econômico e social que possa beneficiar a igualdade de gênero de fato.

## Referências

- ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Lisboa: Presença, 1969.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução: Pedro Constantin Tolens. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2015.
- BARBER, Benjamin R. *Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos*. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: Uma perspectiva global*. São Paulo: Nversos, 2015.
- COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva. A necessidade de implementação de políticas públicas na efetivação do direito fundamental à educação e para a construção da cidadania de crianças e adolescentes. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (Orgs.). *Direito e Políticas Públicas*. Curitiba: Multideia, 2010. v. 4.
- DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.
- FRIEDAN, Betty. *Mística Feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971.
- GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Belloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manuscritos Econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. *Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.
- SAFFIOTTI, Heleith. *A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade*. São Paulo: Expressão Popular, 2013.
- SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SCAVONE, Lucila. *Dar a vida e cuidar da vida: feminismo e Ciências Sociais*. São Paulo: Unesp, 2004.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas eleitorais*. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-candidaturas-2014/estatisticas-eleitorais-2014-resultados>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas eleitorais*. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/resultados>>. Acesso em: 26 dez. 2016.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Factores asociados a la  
violencia de género en parejas  
adolescentes**

**Factors associated with dating  
violence**

Maria del Carmen Monreal Gimeno



# Factores asociados a la violencia de género en parejas adolescentes\*

## Factors associated with dating violence

Maria del Carmen Monreal Gimeno\*\*

### Resumen

La violencia de género en parejas adolescentes o “Dating violence”, hace referencia a comportamientos abusivos reiterados que un chico adolescente ejerce sobre una chica con la que mantiene o ha mantenido una relación sentimental con la intención de ejercer dominio y control sobre ella y la relación. Este comportamiento se puede manifestar de cuatro formas: agresión: física, psicológica, sexual y económica. Investigaciones recientes hacen visible una realidad que afecta a millones de mujeres de todo el mundo y permiten comprender los mecanismos de la violencia de pareja, que no se puede asimilar ni tratar como otro tipo de violencia. Uno de los hallazgos más importantes de las investigaciones más recientes es poner de manifiesto que el origen de la violencia de género se encuentra en las primeras relaciones de pareja durante adolescencia.

Las relaciones violentas que se establecen entre parejas de jóvenes adolescentes tienen múltiples causas explicativas en su raíz. Cada vez se está poniendo más de manifiesto la necesidad de prevenir este fenómeno en edades tempranas por la repercusión negativa que tendrá en el futuro de estas personas adolescentes. De ahí la necesidad de la implicación del profesorado, padres y madres en los programas de prevención y en el caso de que ésta esté instalada en la pareja en alguna de sus formas, crear programas de intervención multidisciplinar que ayudarían a los/as adolescentes que comienzan una relación de pareja violenta a salir de esta situación. Es necesaria, también, una mayor sensibilidad por parte de los medios de comunicación que presentan como normales situaciones de violencia y hay que tener presente que la violencia de género no surge de forma extrema, se va incrementando poco a poco y adquiriendo manifestaciones más alarmantes. Es necesaria pues, una educación en valores de respeto e igualdad que fomente un cambio hacia unas relaciones más igualitarias y menos discriminatorias en los roles y creencias que se establecen entre chicos y chicas cuando comienzan sus primeras relaciones de pareja.

**Palabras clave:** Violencia de género, Factores de Risco, Políticas para adolescentes; Parejas adolescentes.

### Abstract

Gender violence in adolescent couples or “Dating violence”, refers to repeated abusive behaviors that a teenage boy exercises over a girl with whom

\* Guest author / Autor convidada

\*\* Profesora titular de Psicología Social en la Universidad Pablo de Olavide. Investigadora principal del Proyecto I+D+I (2004-2007) “Los Jóvenes europeos ante los valores constitucionales e instituciones democráticas”. Temáticas de investigación: género, valores, educación de adultos e innovación educativa: Entre sus publicaciones destacan: Monreal Gimeno, M<sup>a</sup> C. (2009). Valores democráticos en los jóvenes europeos. En: Sociedad educadora, sociedad lectora. Universidad de Castilla-la Mancha; Monreal Gimeno, M<sup>a</sup> C. (2010). Esquemas de género y desigualdades sociales. En: Amador, L. y Monreal, M<sup>a</sup> C. (coord.). Intervención social y Género. Madrid: Narcea; Monreal Gimeno, M<sup>a</sup> C. (2010). La prevenzione della violenza di genere a traversa de l’educazione al superamento degli stereotipi. En: Campani, G. (coord.). Genere e globalizzazione. Pisa: Edizioni ETS. Email: mcmongim@gmail.com

he maintains or has maintained a romantic relationship with the intention of exercising dominion and control over her and the relationship. This behavior can manifest itself in four ways: aggression: physical, psychological, sexual and economic. Recent research makes visible a reality that affects millions of women around the world and allows us to understand the mechanisms of intimate partner violence, which can not be assimilated or treated as another type of violence. One of the most important findings of the most recent research is to show that the origin of gender violence is found in the first couple relationships during adolescence.

The dynamics of violent relationship established between pairs of young teens seem to have explanatory multi-causal origins. The need to prevent this phenomenon at an early age is becoming increasingly apparent due to the negative impact it will have on the future of these adolescents. Hence the need for the involvement of teachers, fathers and mothers in prevention programs and in the case that it is installed in the couple in one of its forms, creating multidisciplinary intervention programs that would help adolescents who start a violent partner relationship to get out of this situation. There is also a need for greater sensitivity on the part of the media that present situations of violence as normal, and we must bear in mind that gender violence does not arise in an extreme way, it increases little by little and acquires more alarming manifestations. It is necessary, then, an education in values of respect and equality that encourages a change towards more equal and less discriminatory relationships in the roles and beliefs that are established between boys and girls when they begin their first couple relationships.

**Keywords:** Gender violence, risk factors, policies for teens, teenage couples.

## 1 Introducción

La investigación que analiza la violencia que se presenta en las relaciones de pareja en la adolescencia y juventud es relativamente reciente a pesar de que el abuso infantil y juvenil ha sido ampliamente estudiado con el objetivo de mejorar y prevenir el maltrato a los menores. También, le ha precedido en cuanto área de interés por parte de los investigadores/as el maltrato que tiene lugar en el contexto de una relación de pareja, especialmente la violencia que ocurre en el ámbito de las relaciones maritales<sup>1</sup>.

Es a partir de la década de los 90 cuando distintos autores/as comenzaron a señalar que la frecuencia de casos de la violencia en las relaciones de noviazgo puede ser más elevada que la marital, aunque sus consecuencias fueran menos graves o nefastas, y que la violencia se manifiesta incluso en parejas muy jóvenes<sup>2</sup>. En consecuencia, en las dos últimas décadas se ha incrementado notablemente el número de investigaciones que han analizado diferentes facetas de la violencia en las parejas jóvenes como: la frecuencia de casos, las consecuencias para las víctimas, los posibles factores de riesgo y también la efectividad de programas de intervención y prevención de la violencia de género en las relaciones afectivas durante la adolescencia<sup>3</sup>. Uno de los resultados más sugerentes encontrados en estas investigaciones es que la violencia en pareja comienza, generalmente, en las primeras relaciones sentimentales durante la adolescencia, y que estos patrones violentos de comportamiento se mantienen en la etapa adulta<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Alberdi, I. y Matas, N. La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España. Barcelona: Fundación La Caixa, 2002.

<sup>2</sup> Barnett, O.W., Miller-Perrin, C.L. y Perrin, R.D. Family violence across the lifespan: An introduction. Londres: Sage, 1997.

<sup>3</sup> Cornelius, T.L. y Resseguie, N. Primary and secondary prevention programs for dating violence: A review of the literature. *Aggression and Violent Behavior*, 12, 2007, p. 364–375. Díaz-Aguado, M.J. y Carvajal, M.I. (Dir.). Igualdad y prevención de la violencia de género en la adolescencia. Madrid: Ministerio de Igualdad y Universidad Complutense de Madrid, 2010. Muñoz-Rivas, M.J., Grana, J.L., O'Leary, D.K. y González, M.P. Aggression in adolescent dating relationships: Prevalence, justification, and health consequences. *Journal of Adolescent Health*, 40, 2007, p. 298–304. Ortega, R., Ortega-Rivera, J. y Sánchez, V. Violencia sexual entre compañeros y violencia en parejas adolescentes. *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, 8, 2008, p. 63-72.

<sup>4</sup> Billingham, R.E., Bland, R. y Leary, A. Dating violence at three time periods: 1976, 1992, and 1996. *Psychological Report*, 85, 1999,

Como ya hemos anticipado, este hecho se explica porque la agresión hacia las mujeres, no es similar a cualquier agresión, se dirige hacia ellas por el hecho de ser mujeres, como destacaron las feministas a principios de los años 70. Son resultado de unos estereotipos, que no han desaparecido del todo, según los cuales la mujer es considerada como un objeto que está al servicio del hombre por lo que éste puede imponer su voluntad incluso utilizando la fuerza. De ahí que en pequeño grado sea consentida socialmente<sup>5</sup>.

Los resultados de estas investigaciones en este ámbito constituyen una llamada de atención al destacar la importancia de la violencia en pareja en estos periodos y nos dirigen para avanzar en la dirección correcta. En consecuencia, creemos que es el momento de plantear estudios que se enmarquen dentro de modelos teóricos explicativos que examinen los mecanismos a través de los cuales se manifiesta la Violencia en parejas adolescentes. En este sentido, el propósito de este artículo es, delimitar conceptualmente la violencia de género y sus tipologías, atendiendo a las particularidades de esta etapa, analizar los factores, tanto individuales como contextuales, asociados con la Violencia en parejas adolescentes y finalmente establecer algunas conclusiones en las que se discuten los aspectos fundamentales del artículo.

## **2 Consideraciones conceptuales y prevalencia de la violencia de género en parejas adolescentes (VPA)**

### **2.1 Aspectos conceptuales y tipos de violencia de pareja**

La violencia de género en la pareja se define como aquel comportamiento violento de tipo físico, sexual, psicológico o económico que un hombre ejerce de forma reiterada sobre una mujer con la que mantiene o ha mantenido una relación amorosa con el objetivo de ejercer control y dominio sobre la persona y la relación. No utiliza la violencia para hacerle daño directamente, sino para conseguir que le obedezca y ejercer un control sobre ella. Se trata de una violencia instrumental, es una violencia de la que el hombre se sirve para conseguir sumisión porque cree que es lo que corresponde a las relaciones de pareja en la sociedad patriarcal. El hombre manda y la mujer obedece.

De ahí que la violencia no irrumpe de repente y con fuerza en la pareja. El hombre maltratador comienza utilizando medios sutiles como el aislamiento, la desvalorización, el control, posteriormente estos medios comienzan a ser más evidentes como los gritos, los insultos, las humillaciones, las acusaciones, las amenazas, el abuso emocional, el abuso sexual o cualquier otra estrategia de agresión eficaz para conseguir su propósito. El proceso ha sido paulatino y con algún momento de respiro de manera que la mujer víctima no es consciente de que está atrapada en una red como tela de araña, hasta que ya es muy tarde.

Como el objetivo principal del agresor es el dominio y el control de la víctima y de la relación, cuando la violencia física se presenta, normalmente el maltratador ya ha establecido un patrón previo de abuso verbal, psicológico, económico o sexual. La violencia física “sólo” se emplea si las otras formas de agresión no son eficaces. Esto implica unas creencias en las que no existe reciprocidad, la mujer no es percibida en un plano de igualdad. De ahí que se establezcan estas pautas de comportamiento que implica dominación y corrección<sup>6</sup>.

De acuerdo con su naturaleza existen los siguientes tipos de la violencia:

p. 574–580. Lewis, S. F. y Fremouw, W. Dating violence: A critical review of the literature. *Clinical Psychology Review*, 21, 2001, p. 105–127.

<sup>5</sup> Monreal-Gimeno, M.C. Esquemas de género y violencia hacia la mujer. En Ana M<sup>a</sup> Ruiz Tagle y Rosario Valpuesta (Eds.) *Ni el aire que respiras. Pensamiento científico ante la violencia de Género. Colección Señales. Fundación Obra Social Cajasol. Sevilla, 2008.*

<sup>6</sup> Monreal-Gimeno, M.C. Esquemas de género y violencia hacia la mujer. En Ana M<sup>a</sup> Ruiz Tagle y Rosario Valpuesta (Eds.) *Ni el aire que respiras. Pensamiento científico ante la violencia de Género. Colección Señales. Fundación Obra Social Cajasol. Sevilla, 2008.*

- **Física:** comportamientos que van desde una bofetada hasta el extremo del asesinato. El maltrato físico, además de poner en riesgo la salud y, en los casos más extremos, la vida de las personas agredidas, provoca miedo intenso y sentimientos de humillación.
- **Psicológica:** comportamientos que incluyen aspectos verbales y emocionales. Aquí se incluyen actos como los insultos, los desprecios y las humillaciones. También supone conductas como ignorar (no hablar a alguien o hacer como si no existiera), chantajear y también las amenazas.
- **Sexual:** implica cualquier contacto sexual no deseado. Desde manosear hasta la violación.
- **Económica:** se refiere a conductas que implican control financiero de la víctima. Incluyen actos como prohibir o impedir que la mujer consiga una fuente propia de recursos, incluso no proveer de recursos económicos para los gastos básicos del hogar.

Durante la etapa adolescente las relaciones amorosas marcadas por la violencia física pueden incluir específicamente, empujones, golpes, patadas, bofetadas, pellizcos, tirar del cabello, estrangular o dar puñetazos. La violencia psicológica incluye comportamientos como los insultos o llamar a las chicas por apodosos indeseables, tener celos con frecuencia, amenazarles con hacerles daño a ellas o amenazar suicidarse si no hacen lo que quieren, no permitir a las chicas salir con sus amistades, tratar de localizarlas continuamente (por ejemplo, a través del teléfono móvil) u ordenarles qué ropa deben vestir. Los abusos sexuales incluyen comportamientos como los manoseos y besos indeseados, relaciones sexuales obligadas, privación del uso de medios anticonceptivos o juegos sexuales por la fuerza. Por último, la violencia económica puede incluir conductas de control del gasto o animar a la chica a dejar un trabajo que le reporta ingresos económicos e independencia o incluso sus estudios.

## 2.2 Algunas cifras

Uno de los grandes problemas de la Violencia en parejas adolescentes como de toda violencia de género, es su invisibilidad y su tolerancia social (creencias generalizadas de las desigualdades de género en la sociedad patriarcal). Por una parte, los chicos y chicas no suelen sacar a la luz esta problemática, al considerarla un asunto “íntimo” o justificable en algunas circunstancias, como se indica en el estudio realizado por Díaz-Aguado y Carvajal (2010) con población adolescente en el que, por ejemplo, un 35% de los chicos adolescentes que participaron en el estudio no consideraba una conducta de violencia “controlar todo lo que hace mi pareja”, frente a un 26.2% de las chicas entrevistadas. Por otra parte, hasta hace relativamente poco tiempo no se contaba con información fidedigna proveniente de una investigación rigurosa acerca de la incidencia y la prevalencia de la violencia en la pareja. Ello refleja que en el imaginario colectivo aparece una creencia que relaciona la invisibilidad con la inexistencia. Sin embargo, la realidad dista mucho de esta creencia colectiva.

En España, en los estudios con muestra adolescente española se indica que, por ejemplo, un 7.5% de chicos y un 7.1% de chicas admiten haber empujado o golpeado a su pareja en una o más ocasiones<sup>7</sup>. Muñoz-Rivas y sus colaboradores (2007) indican en su trabajo que aproximadamente en el 90% de las relaciones de parejas adolescentes estudiadas existían agresiones verbales y en el 40% agresiones físicas. En un reciente estudio, un 19% de chicas justifican la violencia como reacción a una agresión, reduciéndose a un 5% las chicas que admiten haber vivido situaciones de maltrato en la pareja con cierta frecuencia<sup>8</sup>. Como vemos, las cifras pueden variar considerablemente en función del tipo de instrumento de medida utilizado y la edad de los/as adolescentes pero lo cierto es que los estudios reflejan cifras muy elevadas.

<sup>7</sup> González, R. y Santana, J.D. Violencia en parejas jóvenes. Análisis y prevención. Madrid: Pirámide, 2001.

<sup>8</sup> Díaz-Aguado, M.J. y Carvajal, M.I. (Dir.). Igualdad y prevención de la violencia de género en la adolescencia. Madrid: Ministerio de Igualdad y Universidad Complutense de Madrid, 2010.

Realmente, no existe un factor que explique por sí solo por qué un adolescente se comporta de manera violenta contra su pareja y otro no lo hace. La violencia es un fenómeno sumamente complejo que hunde sus raíces en la interacción de muchos factores individuales, sociales, culturales, económicos y políticos. En consecuencia, consideramos que, para un análisis riguroso de los factores explicativos de la Violencia en parejas adolescentes es necesario abarcar una perspectiva del individuo en desarrollo (el adolescente) en permanente interacción con un ambiente social específico. A continuación, se ofrece una revisión de los factores explicativos más relevantes que se enmarcan en el modelo ecológico del desarrollo humano.

### 3 El modelo ecológico aplicado al análisis de la violencia en parejas adolescentes

En el ámbito de las Ciencias Sociales, y sobre todo en la Psicología, el modelo ecológico constituye un marco de análisis e intervención especialmente sugerente. El uso de la perspectiva ecológica tiene sus orígenes en los trabajos de Wright y Barker (1950) que toman como referentes los conceptos de espacio vital y campo psicológico de Kurt Lewin (1935). Partiendo de estos referentes, Urie Bronfenbrenner formuló el modelo ecológico del desarrollo humano que recogió en su libro “La ecología del desarrollo humano en 1987”. Para este autor, la conducta es una función de la interacción de los rasgos de la persona y de sus habilidades con el ambiente ( $C=f(PA)$ ). En otros términos, la interacción de los componentes ontogenético y de socialización produce la conducta. Esta teoría también constituye un marco de análisis de situaciones sociales<sup>9</sup> (Bronfenbrenner y Ceci, 1994).

En consecuencia, a diferencia de acercamientos teóricos más individuales, desde este modelo se asume una perspectiva interaccionista que posee implicaciones relevantes tanto en el análisis de las conductas como en el diseño de intervenciones. Además, desde el modelo ecológico, el individuo deja de ser un receptor pasivo, participando activamente en su entorno. En este sentido, para Bronfenbrenner (1977) el desarrollo humano es el resultado de la acomodación entre el ser humano (activo) y los entornos inmediatos, de carácter dinámico, que le circundan.

#### 3.1 Contextos de desarrollo en la adolescencia desde el modelo ecológico

Desde el modelo ecológico se considera que el ser humano se halla integrado en una tupida red de relaciones que se expresan gráficamente en estructuras concéntricas o anidadas y que representan los contextos de desarrollo o ambientes más significativos. De este modo, la conducta es el resultado de la interacción entre diferentes sistemas que se superponen y se relacionan de manera bidireccional y concéntrica; es decir, cada uno de los niveles está contenido en el siguiente. Estos contextos de desarrollo se denominan ontosistema, microsistema, mesosistema, exosistema y macrosistema. A continuación, se describen los diferentes contextos de desarrollo para la adolescencia desde el modelo ecológico:

- El **ontosistema** está relacionado con las características individuales del o la adolescente teniendo en cuenta las diferencias en función del género.
- Un **microsistema** es un patrón de actividades, roles y relaciones interpersonales que la persona en desarrollo experimenta en un entorno determinado. Normalmente, los microsistemas de una persona en desarrollo son aquellos en los que la persona actúa activamente y que influyen de una manera directa en el individuo. Ejemplos de microsistema en la adolescencia son la familia o la pandilla de amigos.

<sup>9</sup> Bronfenbrenner, U. y Ceci, S.J. Nature-nature reconceptualized in developmental perspective: a bioecological model. *Psychological Review*, 101(4), 1994, p. 568-586.



- Un **mesosistema** comprende las interrelaciones de dos o más entornos en los que la persona en desarrollo participa activamente. Un mesosistema es un sistema de microsistemas y, por tanto, su descripción y análisis debe realizarse en los mismos términos que los microsistemas: relaciones, actividades y roles. Por ejemplo, la coordinación de los progenitores con el profesorado para la educación de los adolescentes.
- Un **exosistema** se refiere a uno o más entornos que no incluyen a la persona en desarrollo como participante, pero en los cuales se producen hechos que afectan a lo que ocurre en el entorno que comprende a las personas en desarrollo. De ahí la importancia de vincular de forma efectiva los hechos que suceden en un exosistema con los hechos que acontecen en un microsistema, teniendo siempre presente los cambios evolutivos de la persona en desarrollo. Este nivel está conformado por el sistema de relaciones enmarcadas por las instituciones que median entre la cultura y el nivel familiar del o la adolescente como son la escuela, el barrio o la iglesia.
- El **macrosistema** se refiere a las correspondencias, en forma y contenido, de los sistemas de menor orden (micro, meso y exo) que existen o podrían existir en el nivel de la subcultura o de la cultura en su totalidad. Esta estructura anidada es el nivel más amplio e incluye las formas de organización social, las creencias culturales y los estilos de vida que prevalecen en una cultura o subcultura particular. En este nivel están incluidos las creencias patriarcales sobre las desigualdades de género basadas en los estereotipos de las que derivan los mitos del amor romántico que sostienen las relaciones de pareja poco saludables. Desde el punto de vista cultural, en las parejas adultas y sobre todo en las más jóvenes, las ideas acerca del amor y de la vida en pareja están cargadas de mitos y creencias compartidas que guían las interacciones sentimentales. Algunos de estos mitos y creencias se relacionan especialmente con la presencia de violencia en la pareja ya que se trata de prejuicios profundamente arraigados en un modelo cultural patriarcal basado en la desigualdad y asimetría de género como: “Quien bien te quiere te hará llorar “
- Por último, el **cronosistema**, implica los cambios temporales en el ambiente que producen nuevas condiciones que inciden en el desarrollo.

Si analizamos el problema de la Violencia en parejas adolescente desde este enfoque, debemos considerar que sus causas son múltiples y complejas y que es preciso examinarlas en términos de interacción entre personas y contextos. De acuerdo con ello, es necesario analizar los principales factores tanto individuales como contextuales (relativos al individuo, la familia, la escuela, la comunidad y los medios de comunicación) asociados con los problemas de Violencia en parejas jóvenes.

## 4 Factores asociados con la violencia de género en parejas adolescentes

### 4.1 Factores Individuales

La literatura que se centra en el estudio de las consecuencias de la Violencia en parejas adolescentes señala que, además de los posibles daños físicos, la violencia hacia la pareja adolescentes está asociada con el distress psicológico en las víctimas que es percibido por los/as adolescentes como más grave que los daños físicos<sup>10</sup>. Estudios previos también han vinculado esta violencia con la presencia de síntomas depresivos,

<sup>10</sup> Shorey, R., Cornelius, T. y Bell, K. A critical review of theoretical frameworks for dating violence: Comparing the dating and marital fields. *Aggression and Violent Behavior*, 13, 2008, p. 185–194.

ideación suicida, desórdenes alimentarios, baja autoestima y baja satisfacción con la vida, abuso de sustancias (alcohol y drogas), problemas conductuales y académicos en la escuela y un deterioro general de las condiciones físicas y mentales tanto en las víctimas como en los agresores adolescentes<sup>11</sup>. Por tanto, las relaciones de pareja violentas en la adolescencia tienen graves consecuencias psicosociales tanto para las víctimas como para los jóvenes agresores.

Un aspecto muy importante a destacar es que, el haber ejercido violencia contra una pareja anterior o tener contacto cercano con un adolescente agresor parece ser el predictor más potente de violencia en una relación futura<sup>12</sup>. En el mismo sentido, haber sido víctima de violencia por parte de su pareja o tener contacto cercano con una víctima, incrementa la posibilidad de implicarse en una nueva relación abusiva<sup>13</sup>. En general, los motivos que chicos y chicas proponen para justificar la Violencia son muy diferentes. Los chicos agreden a su pareja principalmente con objeto de dominarla, para ejercer un control sobre ella; en el caso de las chicas, por el contrario, la violencia suele ser un acto de autodefensa, un desahogo en un momento emocional de intensa ira o una respuesta ante una acción inadecuada por parte del chico (por ejemplo, una conducta de infidelidad)<sup>14</sup>. Ahora bien, los hombres, a diferencia de las mujeres, tienden a infravalorar su propia agresión, mientras que las mujeres suelen sobrevalorar lo ocurrido y sentirse, por ello, culpables<sup>15</sup>. Estas diferencias en las reacciones posteriores a la agresión por parte de los chicos o chicas es fiel reflejo de las creencias y patrones culturales de referencia y transmitidos en el proceso de socialización.

## 4.2 Factores Contextuales

Los mitos y creencias sobre el amor romántico son estructuras cognitivas fuertemente arraigadas que configuran en buena parte las ideas sobre las relaciones de pareja que los/as adolescentes asumen como “normales”. Todas ellas se enraízan profundamente en un modelo cultural basado en la desigualdad y el desequilibrio en las relaciones entre hombres y mujeres, modelo que se transmite de generación en generación mediante el proceso de socialización de género. La socialización es el proceso de transmisión de los valores, creencias, normas, actitudes y formas de conducta apropiados para la sociedad de pertenencia, de tal forma que la persona socializada asume como principios-guía de su conducta personal los objetivos socialmente valorados.

Específicamente, la socialización de género hace referencia al proceso por el cual las personas llegan a pensar y actuar de forma diferente según sean hombres o mujeres; cada mujer y cada hombre se construye mediante modelos, a través de imágenes compartidas socialmente con las que cada quien se identifica. Se espera que cada uno y cada una ejerzan el rol de género asignado de manera “adecuada”. Integrarse en una cultura significa asumir los roles que la definen, no hacerlo implica romper, enfrentarse, cambiar normas fuertemente arraigadas con los consecuentes costes emocionales que esto implica<sup>16</sup>.

La violencia es una conducta que también se socializa y se aprende. De esta forma algunos autores han identificado que la mayor implicación de los chicos en formas de agresión física podría deberse al aprendi-

<sup>11</sup> Cleveland, H., Herrera, V. y Stuewig, J. Abusive males and abused females in adolescent relationships: Risk factor similarity and dissimilarity and the role of relationship seriousness. *Journal of Family Violence*, 18(6), 2003, p. 325–339.

<sup>12</sup> Vézina, J. y Hébert, M. Risk factors for victimization in romantic relationships of young women. A review of empirical studies and implications for prevention. *Trauma, Violence, and Abuse*, 8(1), 2007, p. 33–66.

<sup>13</sup> Arriaga, X.B. y Foshee, V. Adolescent dating violence: Do adolescents follow their friends', or their parents' footsteps? *Journal of Interpersonal Violence*, 19, 2004, p. 162–184.

<sup>14</sup> Foshee, V.A., Bauman, K.E., Linder, F., Rice, J. y Wilcher, R. Typologies of adolescent dating violence: Identifying typologies of adolescent dating violence perpetration. *Journal of Interpersonal Violence*, 22, 2007, p. 498–519.

<sup>15</sup> Jackson, S.M. Issues in the dating violence research: A review of the literature. *Aggression and Violent Behavior*, 4, 1999, p. 233–247.

<sup>16</sup> Meras, A. Prevención de la violencia de género en adolescentes. En I. Silva (Coor.), Aspectos psicosociales de la violencia juvenil, n° 62, 2003, pp. 143–150. 2003.

zaje de “patrones de violencia diferenciados por género”<sup>17</sup>. El proceso de socialización a través del cual las personas asumen reglas y normas de comportamiento tiene lugar, fundamentalmente en el contexto de la familia. Pero debemos considerar que, en la adolescencia, existen otros microsistemas o contextos inmediatos del desarrollo tan importantes o más que la familia para los jóvenes como son los iguales o la escuela. A estos agentes socializadores fundamentales se añaden en la actualidad los medios de comunicación de masas que se ubican en el ámbito macrosocial de influencia desde los que se transmiten muchos de los mitos, creencias y representaciones del amor y la violencia.

### 4.3 Los Iguales

La relación con los iguales juega un papel fundamental en el desarrollo de la Violencia en parejas adolescentes. Se ha constatado que implicarse con grupos de amigos violentos en la escuela aumenta el riesgo de los adolescentes de ejercer violencia en las relaciones de pareja<sup>18</sup>. Mantener una estrecha vinculación con un grupo de iguales violentos en la escuela puede provocar un cierto contagio social de actitudes negativas hacia las relaciones entre hombres y mujeres y reforzar las creencias y actitudes que justifican las agresiones como aceptables y normales en las relaciones afectivas de pareja. De hecho, durante la adolescencia, la conducta violenta puede ser una forma habitual de relacionarse con los iguales y esta tendencia en el comportamiento de los adolescentes puede afectar a las relaciones afectivas y de pareja que se establecen en esta etapa<sup>19</sup>. Como se indicó anteriormente, tener contacto cercano con un adolescente agresor parece ser el predictor más potente de violencia en una relación futura<sup>20</sup>.

Además, la investigación también ha mostrado que los/as adolescentes que son víctimas de violencia escolar tienen un alto riesgo de sufrir Violencia de pareja<sup>21</sup>, ampliándose de este modo la victimización y sus consecuencias a distintas esferas de la vida de los/as adolescentes. Consideramos que esta confluencia de abusos en distintas relaciones importantes para los/as adolescentes victimizados/as configura una situación de grave riesgo que puede cursar con una baja autoestima y fuerte minusvaloración, una profunda insatisfacción con la propia vida y posible ideación suicida. Por tanto, desde todos los agentes socializadores, y especialmente desde el ámbito educativo, es necesario facilitar pautas de detección de estas situaciones y prestar una atención especial al seguimiento de estos casos.

### 4.4 La familia

La familia es, quizás, una de las áreas que más se ha investigado cuando se trata de explicar la Violencia en parejas adolescentes. La relación de pareja que tienen padre y madre es la primera relación amorosa que perciben las niñas y niños. Foshee y sus colaboradores (2005) encontraron en su investigación una relación entre el ejercicio de Violencia en parejas adolescentes y haber presenciado o haber sido objeto de violencia en su familia de origen, independientemente del género, por la aceptación de dicha violencia y un estilo agresivo de resolución de conflictos.

Los principales factores familiares de riesgo que se relacionan con la Violencia en parejas adolescentes

<sup>17</sup> White, J. W. Gendered aggression across the lifespan. En J. Worrell (Ed.), *Encyclopedia of gender*. New York: Academic Press, 2002.

<sup>18</sup> Capaldi, D.M., Dishion, T. J., Stoolmiller, M. y Yoerger, K. Aggression toward female partners by at-risk young men: The contribution of male adolescent friendships. *Developmental Psychology*, 31(1), 2001, p. 61–73.

<sup>19</sup> Muñoz-Rivas, M.J., Grana, J.L., O’Leary, D.K. y González, M.P. Aggression in adolescent dating relationships: Prevalence, justification, and health consequences. *Journal of Adolescent Health*, 40, 2007, p. 298–304.

<sup>20</sup> Vézina, J. y Hébert, M. (2007). Risk factors for victimization in romantic relationships of young women. A review of empirical studies and implications for prevention. *Trauma, Violence, and Abuse*, 8(1), 2007, p. 33–66.

<sup>21</sup> Arriaga, X.B. y Foshee, V. Adolescent dating violence: Do adolescents follow in their friends’, or their parents’ footsteps? *Journal of Interpersonal Violence*, 19, 2004, p. 162–184. Vézina, J. y Hébert, M. (2007). Risk factors for victimization in romantic relationships of young women. A review of empirical studies and implications for prevention. *Trauma, Violence, and Abuse*, 8(1), 2007, p. 33–66.

son: las prácticas parentales punitivas, la falta de cohesión afectiva, los frecuentes conflictos, los patrones inadecuados de comunicación familiar, las relaciones maritales violentas y los malos tratos y el abuso sexual de los hijos por parte de los padres, según un trabajo de revisión de artículos publicados en este ámbito desde 1986 hasta 2006 por Vézina y Hérbert (2007),

En consecuencia, el valor de estas experiencias iniciales de aprendizaje por observación es de suma importancia. A veces, se puede observar que adolescentes procedentes de hogares fríos y distantes se implican en relaciones amorosas desbordantes (controladoras, celosas, intensas) en una especie de “acción compensatoria”. Sin embargo, un estilo parental que establece límites claros a los jóvenes, combinado con unas relaciones entre padres e hijos marcadas por la cercanía afectiva y la comunicación abierta y positiva parece tener una función protectora para los adolescentes ante la Violencia en parejas jóvenes<sup>22</sup>.

#### 4.5 El profesorado

Los Centros Educativos, tienen entre sus funciones educar para la ciudadanía y una convivencia pacífica. Según Jacques Delors (1994) la educación no debe limitarse a una función instructiva sino que debe “enseñar a pensar, a hacer, a ser y a vivir con, **convivir**”, respetando las ideas y personalidad de las otras personas. Además, el centro por sus características de convivencia y por su función educativa, se convierte en un lugar idóneo para llevar a cabo un análisis crítico de la realidad cotidiana del alumnado, así como de los mensajes educativos no formales que llegan a través de los medios de comunicación o los iguales. El objetivo de este tipo de educación debe ser transformar las bases sociales y culturales que generan en la actualidad la discriminación entre sexos. Desde este modo, dentro de los planes nacionales de erradicación de la violencia contra las mujeres, se han venido elaborando intervenciones dirigidas a prevenir la violencia de género potenciando comportamientos igualitarios en los colegios (por ejemplo, Gorrotxategi y de Haro, 1999).

Al igual que en el caso de los padres y madres, las profesoras/es, son personas significativas y cercanas a los adolescentes e importantes modelos de comportamiento en las relaciones inter-género y en los modos de resolución de conflictos. De ahí que el profesorado deba poner un cuidado especial en que no se premien en el aula aquellas prácticas violentas que socialmente se asocian a la masculinidad. El profesorado tiene la posibilidad de utilizar herramientas como la educación en igualdad o coeducación y el desarrollo de actividades en el aula que permitan a los jóvenes identificar y cuestionar los mitos y creencias que sustentan la Violencia en pareja.

De ahí que sea necesario que el profesorado y centros educativos en general asuman pautas igualitarias de relación y de prevención a todos los niveles: detectando y ayudando a buscar soluciones y alternativas en los casos ya establecidos, incorporando en el currículo el análisis crítico de los mitos y creencias sociales que sustentan la violencia asociada al género, y haciendo un hincapié especial en los estereotipos de género que están manejando tanto los profesores y profesoras como los chicos y las chicas.

Es cierto que la reflexión sobre los estereotipos de género junto con el debate crítico acerca de su plasmación social, puede ser una actividad educativa efectiva, aplicable en cualquier materia y más cuando se produce algún comportamiento agresivo que denota creencias que suponen desigualdad de género. Pero también lo es que una transformación significativa con respecto a la igualdad de trato sólo es posible con la implicación de todo el profesorado del centro<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Vézina, J. y Hérbert, M. (2007). Risk factors for victimization in romantic relationships of young women. A review of empirical studies and implications for prevention. *Trauma, Violence, and Abuse*, 8(1), 2007, p. 33–66.

<sup>23</sup> Monreal-Gimeno, M.C. Esquemas de género y violencia hacia la mujer. En Ana Mª Ruiz Tagle y Rosario Valpuesta (Eds.) *Ni el aire que respiras. Pensamiento científico ante la violencia de Género*. Colección Señales. Fundación Obra Social Cajasol. Sevilla, 2008.

## 4.6 Los Medios de comunicación

Una característica esencial del mundo contemporáneo es su carácter mediático: los medios de comunicación son fácilmente accesibles e inmediatos en un mundo globalizado. Frente a otros periodos de la historia, las parejas contemporáneas ya no solo se construyen al amparo de una única exposición a modelos familiares y comunitarios cercanos sino que también se construyen bajo el importante modelado de los medios. Así, los adolescentes de hoy encuentran en la televisión, Internet y los videojuegos una fuente importante y fundamental de modelos con los que construirse una representación social del amor que guía su conducta amorosa.

Concretamente, las teleseries parecen ser un género de especial importancia en la adolescencia y muchas de ellas están pensadas especialmente para este público. Se considera que el serial televisivo es un género idóneo para el estudio de la transmisión de valores porque “representa historias cercanas a la vida cotidiana y por la función de construir modelos ya que ofrece variedad de personajes que pueden funcionar a modo de ejemplos”<sup>24</sup>. A través de estas series, los/as adolescentes ven reflejados temas sumamente relevantes para la etapa vital que atraviesan (la amistad, los romances, las relaciones con los padres), evalúan su propia situación personal y aprenden de los referentes que tienen ante sus ojos para resolver conflictos o para desenvolverse en distintas situaciones.

Pero los medios de comunicación no son neutros, satisfacen los deseos de la audiencia y transmiten los modelos tradicionales de relación, ideas acerca de las normas, estructura y conducta social (Teoría del cultivo<sup>25</sup>). Además, en este proceso median otros factores y de forma importante las interacciones y estilos parentales, de tal modo que cada adolescente interpreta y percibe los contenidos televisivos. Las preferencias televisivas, si bien proceden de elecciones personales, reflejan los valores y actitudes familiares. Así, por un lado, es importante tener en cuenta el contenido que los adolescentes están viendo (qué valores, roles sociales, etc. se manejan) y, por otro lado, el contexto en el que lo están viendo, es decir la mediación que están realizando los agentes de socialización más directos (padres y profesores). Ya se ha demostrado en múltiples investigaciones el papel mediador del adulto en la visión de programas violentos en televisión y otros medios.

## 5 Conclusión

Como hemos visto a lo largo de este artículo, las cifras sobre violencia de pareja en adultos a nivel mundial son preocupantes. La visibilización de esta realidad ha fomentado el interés y la preocupación de la comunidad social, educativa y académica sobre un problema que afecta a millones de mujeres en todo el mundo. De hecho, en las últimas décadas se han desarrollado un número creciente de investigaciones que ayuda a comprender las causas y las consecuencias de este problema social y una parte de esta investigación ha centrado su interés en el origen de la violencia en las primeras relaciones de pareja que ocurre durante adolescencia.

Las dinámicas de relaciones violentas que se establecen entre parejas de jóvenes adolescentes parecen tener raíces explicativas multicausales. De esta forma, analizar este problema desde el marco teórico explicativo del *modelo ecológico de los factores asociados con la violencia de género en parejas adolescentes*, implica estudiar los diferentes factores individuales, familiares, escolares y sociales que nos permitan comprenderlo de una forma multidisciplinar y sistémica. La implicación de padres y madres, profesorado y de la comunidad en

<sup>24</sup> Montero, Y. Televisión, valores y adolescencia. Barcelona: Gedisa, 2006, p. 26

<sup>25</sup> Gerbner, G., Gross, L., Morgan, M. y Signorielli, N. Growing up with television: The cultivation perspective. En J. Bryant y D. Zillmann (Eds.), *Media effects* (pp. 17–41). Hillsdale, NJ: Erlbaum, 1994.



los programas de prevención y la intervención multidisciplinar en todo el proceso ayudaría a los/as adolescentes que comienzan una relación de pareja violenta a salir de ella. Por otra parte, una mayor sensibilidad de los medios de comunicación hacia esta realidad fomentaría un cambio hacia una mayor igualdad y no discriminación en los roles, creencias y mitos que se establecen entre chicos y chicas cuando comienzan sus primeras relaciones de pareja.

Por último, cada vez son más las voces que desde todos los ámbitos, sobre todo desde el judicial, llaman la atención sobre la importancia de cuidar el proceso educativo y de formación de los/as jóvenes para erradicar esa terrible lacra social que constituye la violencia de género.

## Referencias

- Alberdi, I. y Matas, N. (2002). *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*. Barcelona: Fundación La Caixa.
- Arriaga, X.B. y Foshee, V. (2004). Adolescent dating violence: Do adolescents follow in their friends', or their parents' footsteps? *Journal of Interpersonal Violence*, 19, 162–184.
- Barnett, O.W., Miller-Perrin, C.L. y Perrin, R.D. (1997). *Family violence across the lifespan: An introduction*. Londres: Sage.
- Billingham, R.E., Bland, R. y Leary, A. (1999). Dating violence at three time periods: 1976, 1992, and 1996. *Psychological Report*, 85, 574–580.
- Bronfenbrenner, U. (1977). Toward an experimental ecology of human development. *American Psychologist*, 32, 513-531.
- Bronfenbrenner, U. (1979/1987). *The ecology of human development*. Cambridge, Mass: Harvard University Press. (Ed. cast.: *La ecología del desarrollo humano*. Barcelona: Paidós).
- Bronfenbrenner, U. y Ceci, S.J. (1994). Nature-nature reconceptualized in developmental perspective: a bio-ecological model. *Psychological Review*, 101(4) 568-586.
- Capaldi, D.M., Dishion, T. J., Stoolmiller, M. y Yoerger, K. (2001). Aggression toward female partners by at-risk young men: The contribution of male adolescent friendships. *Developmental Psychology*, 31(1), 61–73.
- Cleveland, H., Herrera, V. y Stuewig, J. (2003). Abusive males and abused females in adolescent relationships: Risk factor similarity and dissimilarity and the role of relationship seriousness. *Journal of Family Violence*, 18(6), 325–339.
- Cornelius, T.L. y Resseguie, N. (2007). Primary and secondary prevention programs for dating violence: A review of the literature. *Aggression and Violent Behavior*, 12, 364–375.
- Delors, Jacques (1994). “Los cuatro pilares de la educación”, en *La Educación encierra un tesoro*. México: El Correo de la UNESCO, pp. 91-103.
- Díaz-Aguado, M.J. y Carvajal, M.I. (Dir.) (2010). *Igualdad y prevención de la violencia de género en la adolescencia*. Madrid: Ministerio de Igualdad y Universidad Complutense de Madrid.
- Foshee, V.A., Bauman, K.E., Linder, F., Rice, J. y Wilcher, R. (2007). Typologies of adolescent dating violence: Identifying typologies of adolescent dating violence perpetration. *Journal of Interpersonal Violence*, 22, 498-519.

- Foshee, V.A., Ennett, S.T., Bauman, K. E., Benefield, T. y Suchindran, C. (2005). The association between family violence and adolescent dating violence onset. Does it vary by race, socioeconomic status, and family structure? *The Journal of Early Adolescence*, 23, 317–344.
- Gerbner, G., Gross, L., Morgan, M. y Signorielli, N. (1994). Growing up with television: The cultivation perspective. En J. Bryant y D. Zillmann (Eds.), *Media effects* (pp. 17–41). Hillsdale, NJ: Erlbaum.
- González, R. y Santana, J.D. (2001). *Violencia en parejas jóvenes. Análisis y prevención*. Madrid: Pirámide.
- Gorrotxategi, M. y de Haro, I.M. (1999). *Materiales didácticos para la prevención de la violencia*. Málaga: Consejería de Educación y Ciencia. Junta de Andalucía.
- Jackson, S.M. (1999). Issues in the dating violence research: A review of the literature. *Aggression and Violent Behavior*, 4, 233-247.
- Lewin, K. (1935). *A dynamic theory of personality*. New York: McGraw-Hill.
- Lewis, S. F. y Fremouw, W. (2001). Dating violence: A critical review of the literature. *Clinical Psychology Review*, 21, 105–127.
- Meras, A. (2003). Prevención de la violencia de género en adolescentes. En I. Silva (Coor.), *Aspectos psicosociales de la violencia juvenil*, nº 62 (pp. 143-150). Madrid: Instituto de la Juventud.
- Monreal-Gimeno, M.C. (2008). Esquemas de género y violencia hacia la mujer. En Ana Mª Ruiz Tagle y Rosario Valpuesta (Eds.) *Ni el aire que respiras. Pensamiento científico ante la violencia de Género*. Colección Señales. Fundación Obra Social Cajasol. Sevilla
- Montero, Y. (2006). *Televisión, valores y adolescencia*. Barcelona: Gedisa.
- Muñoz-Rivas, M.J., Grana, J.L., O’Leary, D.K. y González, M.P. (2007). Aggression in adolescent dating relationships: Prevalence, justification, and health consequences. *Journal of Adolescent Health*, 40, 298–304.
- Ortega, R., Ortega-Rivera, J. y Sánchez, V. (2008). Violencia sexual entre compañeros y violencia en parejas adolescentes. *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, 8, 63-72.
- Shorey, R., Cornelius, T. y Bell, K. (2008). A critical review of theoretical frameworks for dating violence: Comparing the dating and marital fields. *Aggression and Violent Behavior*, 13, 185–194.
- Vézina, J. y Hérbert, M. (2007). Risk factors for victimization in romantic relationships of young women. A review of empirical studies and implications for prevention. *Trauma, Violence, and Abuse*, 8(1), 33–66.
- White, J. W. (2002). Gendered aggression across the lifespan. En J. Worrell (Ed.), *Encyclopedia of gender*. New York: Academic Press.
- Wright, H.F. y Barker, R.G. (1950). *Methods in psychological ecology*. Lawrence: Department of Psychology, University of Kansas.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Os impactos das tecnologias da  
informação no fluxo de pessoas:**  
violações da liberdade em um  
mundo securitizado

**Information technologies'  
impacts on people flows:** liberty  
violations in a securitized world

Elias Jacob de Menezes Neto

Jose Luis Bolzan de Morais

Victoria Layze Silva Fausto



# Os impactos das tecnologias da informação no fluxo de pessoas: violações da liberdade em um mundo securitizado\*

## Information technologies' impacts on people flows: liberty violations in a securitized world

Elias Jacob de Menezes Neto\*\*

Jose Luis Bolzan de Morais\*\*\*

Victoria Layze Silva Fausto\*\*\*\*

### Resumo

Este trabalho aborda as influências das tecnologias da informação e comunicação (TICs) no Estado democrático de direito e delimita-se sobre os algoritmos de *big data* para a construção de mecanismos preditivos que causam efeitos diretos para a percepção espaço-temporal e, desse modo, também nas noções de territorialidade estatal. A justificativa deste trabalho refere-se à necessidade de conhecer os elementos que alteram a existência da estrutura governamental. Sua problemática consiste, outrossim, na violação de elemento fundamental da estrutura democrática, a liberdade, ocasionada pela fluidez das informações e o controle discriminado de pessoas proporcionado pelo processamento dos mesmos dados mencionados. O valor deste texto reside, portanto, na escassa presença de materiais jurídicos que versem sobre matéria tão minuciosa e essencial para a democracia, uma vez que o fenômeno da coleta massiva de dados envolve todos os setores sociais, da esfera pública à privada. A metodologia utilizada possui natureza de pesquisa básica porque discute sobre o problema de modo analítico, criando uma base explicativa para sua teorização; objetivo exploratório, já que desenvolve e esclarece ideias; e, por fim, utiliza, como procedimento técnico, a pesquisa bibliográfica. Esta última característica busca fundamentação nos estudos de, entre outros teóricos, Michel Foucault, Gilles Deleuze e Didier Bigo. Diante deste cenário, objetiva-se esclarecer os principais impactos das TICs na vida das pessoas e do Estado, a partir de onde foi possível chegar à conclusão de como acontece a violação ao direito humano da liberdade de ir e vir pelo enquadramento específico das pessoas em determinados nichos com base nos fluxos de dados.

**Palavras-chave:** Tecnologia da informação. Direitos humanos. Liberdade. Estado democrático de direito. Fluxo de dados.

\* Recebido em 18/06/2018  
Aprovado em 24/07/2018

\*\* Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor adjunto do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, campus de Caicó/RN. Coordenador do Laboratório de Governança Pública da UFRN. E-mail: eliasjacob@ceres.ufrn.br.

\*\*\* Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – Nível 1D. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Mestrado e Doutorado. Email: bolzan@hotmail.com.

\*\*\*\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista do Laboratório de Governança Pública da UFRN e integrante do projeto de pesquisa “Tecnologia da informação e Governança Pública: o potencial dos dados abertos do Poder Judiciário no desenvolvimento de políticas públicas mais eficientes”. Email: victoria@labgov.com.br.

## Abstract

This paper develops an analysis about the effects of Information Technologies (IT) on democracies, focusing how big data and predictive analytics can shift the space-time perception of traditional legal systems, tied to the national state. There are few studies that try to understand how IT affects territorial-bounded governments. It is intended, therefore, to understand violations of liberty and democracy as an effect of both an extremely fluid data flows and increasingly rigid border control systems. This is extremely important to democratic regimes since mass surveillance systems are used by a variety of social players, from both public and private spheres. The adopted methodology was basic research, since it discusses the problem in an analytical method creating an exploratory validity for its theoretical. It is also an exploratory research since it tries to develop and clarify key ideas by using bibliographic research. This latter one characteristic seeks grounds in studies of Michel Foucault, Gilles Deleuze and Didier Bigo, among other theoreticians. It concludes that more transdisciplinary effort is needed to grasp how mass surveillance systems affects real people's lives, showing that people equality are violated when they are classified into specific groups by automatic systems.

**Keywords:** Information Technology. Human rights. Democracy. Liberty. Global data flows.

## 1 Introdução

Este trabalho trata do problema de como a alimentação de sistemas da computação por dados referentes aos cidadãos, em diferentes aspectos da vida, do corpo e das relações, afeta concretamente a democracia, uma vez que causa impacto tanto na estrutura governamental quanto nos direitos humanos, esses últimos abordados, neste artigo, na perspectiva da liberdade de ir e vir. Para a observação desse aspecto, toma-se a compreensão de que aqueles mesmos indivíduos passam a ser inseridos em categorias despersonalizadas e, a depender do pertencimento social dos envolvidos, a eles são atribuídos espaços mais amplos ou mais estreitos de atuação e representação. Para abordar esse assunto de maneira contundente e com maior possibilidade de visualização e abrangência, adota-se como parâmetro, aqui, o fenômeno contemporâneo da multiplicação dos sistemas de coleta massiva de dados viabilizada pela tecnologia da informação e comunicação (TIC).

A metodologia utilizada consiste em natureza de pesquisa básica, uma vez que foca em análise explicativa que compõe o problema teórico neste trabalho apresentado, qual seja o impacto democrático provocado pelos algoritmos preditivos. Além disso, a característica de objetivo explicativo refere-se à identificação e interpretação do objeto de estudo, as TICs. Elas são, ademais, inseridas na realidade descrita como pertencente a um Estado democrático de direito que perde, por sua vez, os limites com os quais era possível separar, antes da vinculação de dados a todos os indivíduos e processos, o seu território de atuação em relação a outras nações. Além disso, a utilização do procedimento técnico de pesquisa bibliográfica decorre da referência, em todo o corpo do texto, a obras e seus respectivos autores que trataram do mesmo foco ou de temas relacionados a este trabalho. Dentre os autores aqui referenciados, destacam-se Michel Foucault, com as ideias de biopoder e panóptico; Gilles Deleuze, em sua concepção de modulação; e Didier Digo, com sua abordagem do banóptico.

É possível abordar o conceito de “*surveillance*”, sumariamente, como a prática organizacional que torna extensível, por meio das tecnologias de informação e comunicação, o controle e coleta e processamento dos dados a todas as esferas sociais de interação. Muito além desse efeito, o fenômeno permite, ainda, categorizar pessoas em grupos distintos com o propósito de tratá-las diferentemente<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> BENNET, C. J. et al. *Transparent lives: surveillance in Canada*. Edmonton: Athabasca University Press, 2014. p. 6.



Em relação a essa perspectiva, apreende-se o biopoder, conceito inserido na literatura pelo filósofo francês Michel Foucault em meados do século XX, como o conjunto de mecanismos de gestão estatal que são utilizados para controlar os fenômenos biológicos por meio de cálculos feitos com base nas informações geradas pelos corpos<sup>2</sup>. A regulação da saúde pública é um dos exemplos mais utilizados desse ponto de vista, uma vez que institutos de prevenção de doenças, por exemplo, podem ser estruturados com base nos dados gerados pela população em relação ao elemento de análise. Na mesma linha de raciocínio ainda estão presentes conceitos como modernidade líquida, *Big Brother*, o modelo panóptico e o banóptico — elementos, com exceção desse último — que será explicado posteriormente ao longo do trabalho — de compreensão mais difundida na literatura sociojurídica.

Nesse contexto, ainda entre as evidências do biopoder, é possível falar, portanto, sobre a modificação do espaço onde ocorrem os fluxos de poder e de dados, agora globalizado e virtualizado, fora dos tradicionais limites do Estado nacional. Essa modificação do espaço será tratada, neste trabalho, como a transformação da propriedade física inerente às fronteiras estatais para a fluidez com a qual os limites são delineados e modificados com base na modulação de informações digitais.

Todos os efeitos sistemáticos que nascem como consequência das relações que as técnicas de *big data* estabelecem nas transições espaço-temporais, contudo, revelam que as TICs são um paradigma da sociedade contemporânea. Nesse sentido, serão explicitadas as tendências das TICs no mundo globalizado (2) e a sua relação com o movimento de securitização (3), explicado com base na ideia de manutenção do estado de exceção como ferramenta para combater o medo líquido, especialmente aquele ligado ao terrorismo.

Sabendo que não somente o tempo, como também o espaço sofre as consequências do fenômeno das TICs, será demonstrado de que forma aquele, o espaço, também sofre os seus efeitos. Uma das formas de isso acontecer dá-se por meio das mudanças que a desterritorialização das fronteiras (3), proporcionalizada pelos fluxos de dados, exerce sobre a liberdade. O “lugar” onde as portas de um país são abertas ou fechadas não corresponde mais, necessariamente, aos limites do território daquela nação. Logo, aqueles que se enquadram no “modelo” de viajante desejável acabam tendo a ideia de que a globalização está, realmente, acontecendo e o trânsito de pessoas está cada vez mais fácil. Por outro lado, as minorias e os indivíduos que não se enquadram naquele “modelo” encontram cada vez mais dificuldade para transitar livremente. Para essas pessoas, os “muros” das fronteiras estão cada vez mais altos e aparecem antes mesmo que saiam do seu país de origem, situação em que fica claro o limite inadequado posto à liberdade fundamental de ir e vir, o que será mais bem exposto com a ideia de banóptico (4).

Para bem compreender os mecanismos de direito do Estado democrático, faz-se necessário, também, entender as mudanças pelas quais passam os entes governamentais, especialmente quando o resultado de tais transformações afeta a categoria dos direitos humanos, elemento-chave da democracia. Por conseguinte, é com o propósito de analisar esse apanhado de compreensões que este trabalho existe.

## 2 Notas introdutórias: tendências das tics no mundo globalizado

Pela natureza tecnologicamente fluida, ágil e presente entre tempos e espaços distintos simultaneamente, é possível depreender que a modernidade líquida, a globalização e as TICs são fenômenos extremamente sinérgicos, já que as práticas desse último têm, como foco, a mobilidade, o movimento e os diversos tipos de fluxos no planeta — capital, pessoas, conhecimento etc.

Como uma forma de introduzir as principais características da *surveillance* no mundo contemporâneo, é

<sup>2</sup> FOUCAULT, M. História da sexualidade I: a vontade de saber. Tradução de Meria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988. p. 132.

possível falar sobre suas nove tendências principais no século XXI<sup>3</sup>. A primeira tendência é a sua expansão, o que ocorre em virtude da difusão da tecnologia da informação para um número cada vez maior de pessoas nos mais diversos lugares do mundo. O que, no passado, era considerado uma prática excepcional passa a ser aceito como normal na sociedade contemporânea — veja-se, por exemplo, que a coleta de informações biométricas deixou de ser uma exclusividade de quem era preso e passou a ser a regra para os eleitores do Brasil.

Uma segunda tendência da coleta massiva de dados viabilizada pelas TICs é que sua demanda aumenta em virtude da busca por maior segurança. Isto pode ser visto, por exemplo, no cenário em que os atentados terroristas geram um frenesi por mais coleta e análise de dados de fontes diversas. No entanto, a tendência parece ser a de incluir a ideia de risco em cada vez mais áreas da vida e a solução é sempre algum dispositivo eletrônico de coleta e processamento de dados. Se o problema são os assaltos, utilizam-se rastreadores veiculares por satélite. Fraudes? Biometria nas transações financeiras. Doenças imprevisíveis? Sequenciamento genético. Enfim, para cada incerteza da vida, a tendência é que haja uma tecnologia cujo objetivo seja “anular” os riscos. Tudo passa a ser monitorado na busca por mais segurança. Nas palavras de Edward Snowden para Laura Poitras<sup>4</sup>,

por enquanto, saiba que cada fronteira que você cruza, cada compra que você faz, cada torre de celular que você passa, [cada] amigo que você mantém, [cada] site que você visita e [cada] assunto que você digita está nas mãos de um sistema cujo alcance é ilimitado, mas cujas garantias não o são<sup>5</sup>.

A terceira tendência é a confusão entre as esferas pública e privada. Se, na modernidade sólida, a vigilância era uma prática associada, quase que exclusivamente, ao Estado — por meio das agências de inteligência, da polícia, das prisões etc. —, este não pode ser visto nas TICs — associadas à modernidade líquida. Pelo alto potencial econômico e de alcance — logo, de poder e influência — que o processamento de dados desperta, é notório que a coleta de informação torna-se uma prática tanto da iniciativa pública quanto de entidades privadas. O fato de a informação ser monetizada faz com que a coleta, processamento e troca de dados sejam negócios incrivelmente lucrativos para a iniciativa privada — o *Facebook*, por exemplo, fechou o ano de 2015 com faturamento de 17.92 bilhões de dólares.

A quarta tendência é o fato de que se torna mais difícil estabelecer os limites entre quais informações são privadas e quais não o são. Existe uma enorme quantidade de dados e metadados que podem ser usados para identificar indivíduos e tirar conclusões sobre diversos aspectos das suas vidas. Nesse sentido, é virtualmente impossível desidentificar uma informação, especialmente, caso se esteja lidando com um grande conjunto de dados<sup>6</sup>.

A quinta tendência é o crescimento do interesse no espaço/tempo, o que ocorre em decorrência da necessidade que a globalização tem de facilitar a mobilidade sem perder a capacidade de intervir. Assim, não basta identificar o indivíduo e suas atividades. Torna-se necessário colocá-lo em um contexto espaço-temporal, o que é viabilizado, em especial, pelo uso de telefones celulares e demais dispositivos portáteis com conectividade sem fio, capazes de enviar, automaticamente, relatórios sobre a localização do usuário.

A sexta tendência é a expansão do caráter global das TICs, ou seja, o modo como o fluxo de dados permite a supressão das tradicionais fronteiras associadas ao Estado-nação. Exemplos disso são sistemas como os API e PNR — sigla em inglês para *Advanced Passenger Information / Passenger Name Record* —, que enviam os dados das reservas de bilhetes aéreos e dos *check-ins* no aeroporto antes mesmo que o viajante chegue ao país de destino.

<sup>3</sup> BENNET, C. J. et al. *Transparent lives: surveillance in Canada*. Edmonton: Athabasca University Press, 2014. viii-ix.

<sup>4</sup> GREENBERG, A. These are the emails Snowden sent to first introduce his epic NSA leaks. *WIRED*, San Francisco, 13 out. 2014. Disponível em: <<https://www.wired.com/2014/10/snowdens-first-emails-to-poitras/>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

<sup>5</sup> No original: “From now, know that every border you cross, every purchase you make, every call you dial, every cell phone tower you pass, friend you keep, article you write, site you visit, subject line you type, and packet you route, is in the hands of a system whose reach is unlimited but whose safeguards are not.”

<sup>6</sup> Como exemplo, pesquisadores da universidade do Texas, em Austin, desenvolveram um programa de computador capaz de “desanonimizar” um conjunto grande de dados, a saber, a base de notas dadas aos filmes pelos usuários do serviço Netflix (NARAYANAN e SHMATIKOV, 2008).

A sétima tendência é a inserção das TICs no cotidiano, o que ocorre em virtude da proliferação de computadores na vida humana. E, aqui, a palavra “computadores” deve ser entendida em sentido amplo: telefones, carros e até mesmo animais — como aqueles que possuem chip RFID ou coleiras com GPS — possuem computadores embutidos. Um exemplo disso é a “Internet das coisas”<sup>7</sup>, que viabiliza a expansão de uma nova camada de computadores e sensores capazes de coletar e transmitir informações sobre o ambiente. Com essa ubiquidade, a TIC torna-se mais disseminada e menos perceptível.

A oitava tendência é a transformação do corpo em fonte de dados analisáveis. Isso inclui o uso de biometria — dados extraídos dos corpos, geralmente com a finalidade de confirmação de identidade — ou bancos de dados de perfis genéticos — sejam eles públicos ou privados — cujas finalidades são diversas: desde persecução penal até a criação de redes sociais de pessoas geneticamente relacionadas, como é o caso da empresa *23andme*<sup>8</sup>, que, até junho de 2015, já tinha sequenciado amostras de DNA de 1.000.000 usuários<sup>9</sup>.

Paradoxalmente, apesar de utilizar informações oriundas do corpo, ou seja, individualizadas, a automatização da análise de dados substitui o ser humano pelos dados compilados sobre ele e que, nem sempre, são fiéis à realidade. Sob essa perspectiva, é fácil perceber que, quanto mais informação é acumulada, menos são vistas as pessoas a quem aqueles dados referem-se<sup>10</sup>.

Por fim, a nona tendência é o crescimento do aspecto social das TICs, consequência da expansão do uso de redes sociais. Como resultado do incentivo para que as pessoas divulguem a própria vida, normaliza-se a ideia de que se está sempre sendo analisado. Por trás dessas nove tendências, está a ideia de modernidade líquida<sup>11</sup>. A tese de que a *surveillance* é líquida já era trabalhada por David Lyon<sup>12</sup> antes mesmo de ter escrito a obra em conjunto com Bauman<sup>13,14</sup>. Isso porque a metáfora da liquidez descreve, com precisão, as relações estabelecidas pelos fluxos de dados e a transformação de informações, inclusive retiradas do próprio corpo, em conjuntos de dados analisáveis.

Essa liquidez faz desaparecer as antigas instituições totais relacionadas, por exemplo, ao modelo panóptico<sup>15</sup>. Se, por um lado, a metáfora panóptica tinha a finalidade de criar restrições de entrada e saída por meio

<sup>7</sup> A Internet das coisas (IoT, na sigla em inglês) é uma rede de objetos cotidianos — livros, chaveiros, carteiras, carros, roupas — equipados com sensores e conectividade com a Internet, o que possibilita que colem e transmitam informações entre eles. Isso permite que objetos interajam uns com os outros, bem como sejam controlados à distância, o que permite uma interação maior entre o mundo físico e o mundo digital.

<sup>8</sup> O *23andme* é uma empresa cuja fundadora é nada menos que Anne Wojcicki, esposa do fundador do Google, Sergey Bin. Muito além de criar “redes sociais de parentes”, o grande propósito da empresa é a aplicação de técnicas de *big data* com dados genéticos e de doenças (fornecido pelos usuários). Como o negócio do *Google* é informação e, certamente, ele não entra nesse jogo para acumular prejuízos, é de imaginar-se como serão utilizados estes perfis genéticos. Os termos de uso do serviço deixam claro que “23andMe may also include your information in Aggregated Genetic and Self-Reported Information disclosed to third-party non-profit and/or commercial research partners who will not publish that information in a peer-reviewed scientific journal. [...] You understand that the technical processing and transmission of the Services, including your Personal Information, may involve (a) transmissions over various networks; and (b) changes to conform and adapt to technical requirements of connecting networks, or devices.”. Disponível em: <<https://www.23andme.com/about/tos/>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

<sup>9</sup> RAMSEY, L. 23andMe CEO defends practice of sharing genetic info with pharma companies. *Business Insider*, New York, 7 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.businessinsider.com/23andme-anne-wojcicki-marketplace-interview-2015-7>>. Acesso em: 19. fev. 2018.

<sup>10</sup> ANDREJEVIC, M. *iSpy: surveillance and power in the interactive era*. Lawrence: University Press of Kansas, 2007. p. 241.

<sup>11</sup> BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

<sup>12</sup> LYON, D. Liquid surveillance: the contribution of Zygmunt Bauman to surveillance studies. *International Political Sociology*, v. 4, n. 4, dez. 2010. p. 325-338. DOI: 10.1111/j.1749-5687.2010.00109.x.

<sup>13</sup> BAUMAN, Z.; LYON, D. *Liquid surveillance: a conversation*. Cambridge: Polity, 2013.

<sup>14</sup> Como já era de esperar-se, o livro foi lançado no Brasil em 2014 e traduzido para o português como “vigilância líquida”, o que não contribui muito para a discussão do fenômeno.

<sup>15</sup> O modelo panóptico trata-se da idealização, por Jeremy Bentham, de um sistema prisional que proporcionaria o alcance completo dos propósitos carcerários, ou seja, reeducar o detento para as ações contrárias às que o colocaram ali, ou seja, ensiná-lo a agir de modo corretamente social. Uma vez dito isso, a construção consistiria em um modelo em que fosse dada a impressão aos prisioneiros de que eles estavam sempre sendo observados e, diante disso, pelo medo e pela incerteza provocados nos vigiados, coagi-los a agir da forma exigida. Na mesma perspectiva, o filósofo Michel Foucault introduz a reestruturação de um paradigma, por meio da vigilância hierárquica, para o alcance eficaz das consequências do poder disciplinar. Para mais informações, conferir: FOUCAULT,

da construção de muros, a TIC no século XXI trabalha com a ideia de modulação. Afinal, ela é utilizada para facilitar alguns fluxos e dificultar outros, o que, como será visto a seguir, é imprescindível para a globalização.

### 3 Globalização, securitização, incerteza e risco

O que significa, então, dizer que a TIC segue os efeitos da globalização? Dizer que algo está sendo globalizado implica afirmar que ocorre um redimensionamento de um processo que, anteriormente, ocorria em escala local<sup>16</sup>. Como resultado dessa interconexão do mundo, os fenômenos de coleta e processamento de dados não podem mais ocorrer somente dentro de estruturas pré-determinadas, como era o caso do panóptico. A globalização demanda a facilitação de fluxos, de modo que qualquer modelo que dependa do confinamento é inadequado para explicar o fluxo de dados no mundo globalizado. Por isso, é extremamente difícil para o Estado-nação controlar os fluxos de dados globais, em razão de que um simples *e-mail* pode dar uma volta ao globo antes de chegar ao destinatário, ainda que ele e o remetente estejam sentados a cinco metros de distância.

Entre as principais mudanças viabilizadas pela TIC, no mundo globalizado, está a superação da sociedade disciplinar pensada por Foucault. Passa-se do confinamento para a modulação, cuja distinção, conforme Deleuze<sup>17</sup>, é a seguinte:

os confinamentos são moldes, distintas moldagens, mas os controles são uma modulação, como uma moldagem auto-deformante que mudasse continuamente, a cada instante, ou como uma peneira cujas malhas mudassem de um ponto a outro<sup>18</sup>.

Isso porque o modelo disciplinar demonstrou ser incapaz de adaptar-se às demandas de modulação da globalização, o que reclama uma nova forma de moldagem capaz de modificar-se instantaneamente junto com a necessidade dos fluxos. Isso é viabilizado pela ideia de invólucro digital, trabalhada por Mark Andrejevic<sup>19</sup>, que se baseia no fato de que a TIC é ubíqua, o que permite a coleta constante de dados em um espaço que é constantemente monitorado.

Todavia, essa ideia de monitoramento constante não deve induzir à falsa conclusão de que existe uma autoridade central, sempre monitorando todos os espaços. Embora, para bem da verdade, os eventos envolvendo Edward Snowden tenham demonstrado a assustadora capacidade de uma única entidade para coletar grande parte dos dados mundiais, a NSA não é responsável pelas diversas redes — especialmente privadas — como *Google*, *Yahoo*, *Facebook* —, que possuem, cada uma, seus próprios objetivos. No atual contexto, é possível afirmar que a NSA está mais próxima de um parasita do que de uma autoridade central, visto que consegue utilizar os recursos dos “hospedeiros” — ou seja, as empresas de tecnologia — sem sua concorrência.

Tal fato ocorre tendo em mente que, na inadequação da metáfora do *Big Brother* para explicar a coleta massiva de dados<sup>20</sup>, o mundo atual é composto por uma série de diferentes redes, controladas por entidades

M. *Vigiar e punir*. história da violência nas prisões. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

<sup>16</sup> MURAKAMI WOOD, D. Beyond the panopticon? foucault and surveillance studies. In: CAMPTON, J. W.; ELLEN, S. *Space, knowledge and power: Foucault and geography*. Andershot: Ashgate, 2007. p. 245-263.

<sup>17</sup> DELEUZE, G. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, G. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: 34, 1992. p. 219-226.

<sup>18</sup> DELEUZE, G. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, G. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: 34, 1992. p. 219-226. p. 221.

<sup>19</sup> ANDREJEVIC, M. *iSpy*: surveillance and power in the interactive era. Lawrence: University Press of Kansas, 2007.

ANDREJEVIC, M. Ubiquitous surveillance. In: BALL, K.; HAGGERTY, K. D.; LYON, D. *Routledge handbook of surveillance studies*. New York: Routledge, 2012. p. 91-98.

<sup>20</sup> Essa constatação existe diante observação de que a *surveillance* ganha uma expansão de alcance e de monitoramento muito mais amplo do que a construção metafórica de George Orwell. Para além disso, a abordagem violenta dessa última existe diametralmente

diversas, cada uma com capacidade distinta para coletar dados. No mesmo sentido, Mark Andrejevic<sup>21</sup> explica que essa descentralização

não exclui a possibilidade de que dados possam ser agregados em um controle centralizado sob certas circunstâncias. A habilidade que autoridades em algumas jurisdições possuem para acessar bancos de dados comerciais, por exemplo, pode tornar possível a coleta, por uma única instituição, de uma ampla série de dados originalmente capturados por diferentes entidades com propósitos variados. Ainda, na medida em que certas plataformas desenvolvidas por empresas privadas como Google ou Facebook podem servir de base para uma série de atividades, entidades comerciais possuem a capacidade de agregar grandes quantidades de dados sob o seu controle.<sup>22</sup>

Esse traço fluido da TIC na sociedade contemporânea viabiliza a “concentração” e “desconcentração” instantânea dos diversos fluxos de dados. Justamente pela sua natureza líquida, o alcance desse tipo de sistema é ilimitado, o que só é possível em virtude da ideia do aumento constante de trocas viabilizado pela globalização.

Entretanto, existe um “lado negro” da globalização, que é o surgimento do medo líquido<sup>23</sup>, um medo que, assim como os fluxos de dados, ultrapassa as fronteiras e ignora a soberania estatal. Isso acontece porque

em um planeta globalizado, habitado por sociedades forçosamente ‘abertas’, a segurança não pode ser obtida, muito menos garantida de maneira confiável, em um único país ou grupo de países: não por seus meios próprios e não independentemente do estado das coisas do mundo<sup>24</sup>.

Essa interconexão cria uma rede de incertezas; afinal, atitudes tomadas de um lado do globo podem gerar consequências danosas para os habitantes do outro lado. Para alguns, como Ulrich Beck<sup>25</sup>, os riscos foram multiplicados em virtude da globalização, constituindo um dos principais problemas a serem resolvidos pelas sociedades. Contudo, a perspectiva de Beck sofre críticas em virtude de o autor entender que o risco é um fenômeno objetivo. Além disso, outros autores consideram que Beck não leva em consideração o fato de que o risco é construído de acordo com interesses políticos e comerciais, o que ficou claramente visto após os atentados nos Estados Unidos, no dia 11 de setembro de 2001.

Sob essa perspectiva, Zygmunt Bauman<sup>26</sup> critica a ideia de que se vive em uma sociedade de risco. Para ele, o risco só existe se for considerado que o mundo funciona de modo regular, sob parâmetros roteirizados, o que é exatamente o contrário daquilo possibilitado pela multiplicação das incertezas.

A razão disso é que os riscos podem ser estatisticamente calculados diante de um cenário de razoável homogeneidade, o que, para Bauman, não acontece no mundo atual. Como resultado, o referido autor entende que o conceito de risco não é compatível com o mundo contemporâneo, “negativamente globalizado”. Para ele, o que torna o mundo atual perigoso é, justamente, a natureza incalculável dos perigos, o que gera um dos grandes paradoxos contemporâneos: por um lado, vive-se em um mundo com ferramentas tecnológicas incríveis e com enormes potenciais para resolver diversos problemas que poderiam gerar incertezas e medo no homem; por outro, nunca os seres humanos sentiram-se tão inseguros.

---

oposta à oferecida pela TIC, essa caracterizada pela sedução e entretenimento envolvidos na disponibilização de dados e concordância com métodos de monitoramento.

<sup>21</sup> ANDREJEVIC, M. Ubiquitous surveillance. In: BALL, K.; HAGGERTY, K. D.; LYON, D. *Routledge handbook of surveillance studies*. New York: Routledge, 2012. p. 91-98. p. 91.

<sup>22</sup> No original: “This is not to rule out the possibility that data might be aggregated under centralized control under certain circumstances. The ability of authorities in some jurisdictions to access commercial databases, for example, would make it possible to collect under one umbrella a range of data originally captured by different entities for varying purposes. Also, to the extent that certain platforms devised by companies like Google or Facebook might serve as the basis for a range of different activities, commercial entities have the ability to aggregate large swathes of data under their control.”

<sup>23</sup> BAUMAN, Z. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

<sup>24</sup> BAUMAN, Z. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 127.

<sup>25</sup> BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

<sup>26</sup> BAUMAN, Z. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 129.



Embora não seja possível concordar integralmente com Bauman — afinal, o risco existe e o seu cálculo em meio à heterogeneidade é o principal propósito das técnicas de *big data* e *predictive analytics* —, pode-se afirmar que a incerteza, mais do que o risco, é uma das características da modernidade líquida.

Como consequência, também, é possível dizer que riscos são, simultaneamente, reais e construídos, ou seja, eles são, em parte, fato; em parte, ficção<sup>27</sup>. São reais porque fazem parte da vida cotidiana, sejam em escala individual ou coletiva, micro ou macro, mas também são construídos, uma vez que a sua percepção pode ser amplificada ou diminuída. Em outras palavras<sup>28</sup>:

de um oceano de possíveis riscos, o poder constrói o conhecimento que destaca, esconde ou nega certos riscos e transforma riscos reconhecidos em aceitáveis ou inaceitáveis. O risco é politizado e o medo coletivo é apropriado como uma forma de estruturar tolerância ou intolerância.<sup>29</sup>

Um dos exemplos clássicos dos medos vividos pelas sociedades contemporâneas é o terrorismo, que, seguindo a tendência de liquefação da modernidade líquida, descentraliza a guerra e a violência, que deixam de ser coordenadas e associadas a um determinado espaço físico.

Logo, a própria ideia de “guerra ao terror” é extremamente contraditória, pois o sentido tradicional de guerra está ligado à modernidade sólida. Os pesados armamentos das grandes guerras mundiais, por exemplo, foram desenhados para localizar e destruir alvos específicos, não as células terroristas, estas caracterizadas pela desvinculação a um território específico, descentralização e mobilidade.

Nesse contexto antiterrorista, a aplicação de ferramentas de *big data* que caracterizaram as novas TICs apostam em técnicas preditivas como forma de neutralizar os riscos, o que acaba por diminuir o limiar entre risco tolerável e intolerável. Como resultado, desvia-se do foco em fatos e passa-se a agir mediante especulações<sup>30</sup>, construindo a ideia de uma constante iminência de ataques terroristas, o que reforça, ainda mais, o desenvolvimento de técnicas preventivas de risco, retroalimentando esse ciclo.

Os ataques terroristas, por sua natureza, constituem um tipo de ameaça que não pode ser prevista ou calculada por meio dos métodos tradicionais — e, portanto, não constituem um “risco”, mas uma incerteza na perspectiva de Bauman<sup>31</sup>. Em uma análise mais sóbria, McCulloch e Wilson compreendem a ameaça do terrorismo, simultaneamente, como incerteza e risco. Segundo os autores<sup>32</sup>,

o risco e a incerteza têm muito em comum e não são conceitos separados ou binários [...] O risco é inerentemente incerteza, e tanto risco quanto incerteza estão ambos ligados à dúvida e à insegurança. O risco, contudo, sugere um conceito mais aberto ao cálculo ou estimação baseada em evidência, enquanto a incerteza é mais próxima ao desconhecido e incalculável<sup>33</sup>.

Logo, os instrumentos preditivos associados às TICs no mundo contemporâneo encontram lugar, justamente, nas incertezas, pois envolvem uma substituição do cálculo do risco pela especulação de modelos

<sup>27</sup> MCCULLOCH, J.; WILSON, D. *Pre-crime: pre-emption, precaution and the future*. New York: Routledge, 2016.

<sup>28</sup> MCCULLOCH, J.; WILSON, D. *Pre-crime: pre-emption, precaution and the future*. New York: Routledge, 2016. p. 38.

<sup>29</sup> No original: “From an ocean of possible risk, power builds knowledge that highlights hides or denies certain risks and constructs acknowledged risks as either acceptable or unacceptable. Risks are politicized and public fears appropriated as a way of structuring tolerance and intolerance.”

<sup>30</sup> Aqui, a “especulação” pode ir longe demais. Em 2001, o DARPA desenvolveu um “mercado futuro do oriente médio” — chamado *Policy Analysis Market*, vinculado ao projeto *FutureMAP* — que funcionava como uma bolsa de valores, permitindo que contratos futuros fossem negociados com base nas possibilidades de desfechos para eventos em países do Oriente Médio — o que levava em conta, inclusive, a tomada de poder por grupos considerados terroristas. A teoria por trás deste mercado é a de que o valor monetário de um contrato futuro reflete a probabilidade de acontecimento de um evento a ele relacionado, uma vez que os investidores negociam contratos com base em informações privilegiadas. Em tese, aqueles com informações sobre mudanças políticas no Oriente Médio forneceriam indiretamente informações aos EUA por meio do aumento ou diminuição do valor de mercado dos contratos futuros no Oriente Médio.

<sup>31</sup> BAUMAN, Z. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 129.

<sup>32</sup> MCCULLOCH, J.; WILSON, D. *Pre-crime: pre-emption, precaution and the future*. New York: Routledge, 2016. p. 41.

<sup>33</sup> No original: “Risk and uncertainty have much in common and are not discrete or binary concepts [...] Risk is inherently uncertain, and both risk and uncertainty are closely related to doubt and insecurity. Risk, however, suggests a concept more open to calculation or estimation based on evidence, while uncertainty is more closely aligned to the unknowable and incalculable.”

computacionais de futuros prováveis. Como consequência da utilização desses modelos, transfere-se cada vez mais poder para os atores públicos e privados, que detêm a tecnologia capaz de realizar essa análise preventiva.

Esse movimento faz parte de uma mudança de paradigma da defesa em direção ao da segurança. Essa “securitização”, que caracteriza a “guerra contra o terror”, significa<sup>34</sup>

[...] o movimento de uma atitude reativa e conservativa em direção a outra ativa e construtiva, tanto dentro quanto fora das fronteiras nacionais: da preservação da atual ordem social e política interna para a sua transformação e, similarmente, de uma atitude de guerra reativa, que responde aos ataques externos, para uma atitude ativa, que busca antecipar o ataque<sup>35</sup>.

Como óbvia consequência, a securitização enfraquece a soberania moderna em virtude da sua capacidade para normalizar uma situação de guerra constante, que deveria ser excepcional. Desestabiliza-se, assim, o poder em direção aos atores públicos — das grandes potências — e privados, detentores da tecnologia da informação.

Tais atores passam a coletar a maior quantidade possível de dados sob a alegação de que, se devidamente analisadas, tais informações podem ajudar a diminuir as inseguranças da sociedade contemporânea. Para esse discurso, a superação das técnicas estatísticas tradicionais em direção aos modelos preditivos permite encontrar sentido no meio do caos, transformando o incalculável em probabilidade e a dúvida, em ação política.

## 4 Surveillance e modificação do espaço: a desterritorialização das fronteiras

A relação existente entre a TIC e o espaço tem fundamento na natureza de expansão de amostras e efeitos que aquela possui e a qual gera, por consequência, o movimento que acontece para além das barreiras físicas, alterando, desse modo, a percepção de espaço como delimitador de territórios. Isso ocorre por dois motivos principais: o primeiro, em virtude da relação entre as novas tecnologias da informação e a desconstrução dos espaços na modernidade líquida. O segundo, em virtude da consequência da análise do panóptico, especialmente no que diz respeito à passagem do modelo panóptico para o pós-panóptico, o que está, diretamente, vinculado à ideia de desterritorialização.

Essa desterritorialização não gera mais liberdade, mas o contrário, como visto na ideia de mudança da sociedade disciplinar para a sociedade do controle. Isso tende a fortalecer novos tipos de estruturas de poder capazes de gerar efeitos negativos para os direitos humanos sem o necessário contraponto do aparato jurídico estatal, cuja possibilidade de controle vê-se reduzida diante da diminuição de importância de elementos típicos de constituição do Estado, como é o caso do território. Nesse mesmo sentido, William Bogard<sup>36</sup> afirma que

[...] nenhum poder de polícia é capaz de controlar a desterritorialização da [surveillance], porque o número de conexões virtuais em uma rede rizomática sempre supera o número de pontos que podem ser verdadeiramente monitorados (se um caminho está bloqueado, outro pode ser encontrado). Se a [surveillance] está relacionada ao controle e à polícia, ela também pode possuir tendências ‘anti-polícia’ e ‘anti-controle’, ambas inerentes à sua desterritorialização<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> HARDT, M.; NEGRI, A. *Multitude: war and democracy in the age of empire*. New York: The Penguin Press, 2004. p. 20.

<sup>35</sup> No original: “[...] the movement from a reactive and conservative attitude to an active and constructive one, both within and outside the national boundaries: from the preservation of the present domestic social and political order to its transformation, and similarly from a reactive war attitude, which responds to external attacks, to an active attitude that aims to preempt attack.”

<sup>36</sup> BOGARD, W. Simulation and post-panopticism. In: LYON, D. *Theorizing surveillance: the panopticon and beyond*. Cullompton: Willan Publishing, 2006. p. 97-122. p. 101.

<sup>37</sup> No original: “[...] no police power is capable of controlling the deterritorialization of surveillance, because the number of virtual connections in a rhizomatic network always exceeds the number that can actually be monitored (if one path is blocked, another

Nessa direção, a ideia de *surveillance assemblage*<sup>38</sup> é extremamente útil, por ser capaz de demonstrar que a reconfiguração horizontal e rizomática das técnicas de coleta massiva de dados viabiliza o exercício do controle independentemente da vinculação a um território específico e das fronteiras.

No entanto, as fronteiras constituem, tradicionalmente, os limites de um determinado território e de um Estado. Por um lado, a globalização necessita de que tais fronteiras sejam permeáveis o suficiente para permitir que pessoas, bens e capitais circulem livremente. Por outro, as fronteiras, também, são locais de controle, ou seja, devem ser capazes de impedir a entrada de indivíduos indesejados. Nas palavras de David Lyon<sup>39</sup>, “[...] em um mundo acelerado e móvel, a ideia de que fronteiras são barreiras ao movimento é uma irritação inaceitável. Contudo, em um mundo dominado pelo medo e inseguro, tais fronteiras fazem muito sentido”<sup>40</sup>.

Essa necessidade de permeabilidade das fronteiras é extremamente difícil, especialmente, em um mundo onde vigora a ameaça difusa e indeterminada do terrorismo. Como possibilitar a livre circulação de pessoas e, ao mesmo tempo, evitar a entrada de potenciais ameaças? Trata-se de uma situação-modelo para a compreensão das TICs, especialmente, quando entendidas como ferramentas capazes de discriminar indivíduos em grupos de interesse e risco.

As fronteiras, sob a perspectiva da coleta e análise massiva de dados, deixaram de ser um espaço físico localizado nos limites geográficos dos Estados. Sob esse aspecto, Peter Adey<sup>41</sup> explica que

... pessoas e coisas cruzam, fluem e intrometem-se contra fronteiras que não são mais encontradas nas bordas dos Estados. As fronteiras podem até mesmo se localizar dentro, e agora fora, dos containers territoriais como corpos muito alongados, informatizados e puxados e empurrados para dentro e através das fronteiras nacionais. A [surveillance] parece desrespeitar os tradicionais limites jurisdicionais do Estado-nação através de sistemas transfronteiriços e interoperáveis nacionais e internacionais, paradoxalmente, com o objetivo de fortalecer as suas fronteiras<sup>42</sup>.

Desde os atentados terroristas de 11 de setembro, o aeroporto passou a ser um dos locais onde a mais alta tecnologia é utilizada para controlar o fluxo de pessoas e objetos. Veja-se, por exemplo, o uso de *scanners* que verificam os corpos dos viajantes para “enxergar” através das roupas na busca por armas, explosivos e itens ilegais (tais tecnologias são conhecidas como *backscattered x-ray* e *millimeter wave scanner*). Embora não seja o propósito deste trabalho, tal nível de tecnologia permite visualizar a quantidade de investimentos que são realizados no segmento de segurança e controle de fronteira.

Porém, tais tecnologias são visíveis somente nos “*checkpoints*” dos aeroportos. Ao contrário delas, o que importa para este trabalho são as formas invisíveis de assegurar o controle do fluxo de pessoas pelas fronteiras. Isso acontece em virtude da capacidade que a tecnologia da informação possui para “desmaterializar” aquilo que é sólido. As pessoas são “virtualizadas” em forma de *data-doubles*, ou seja, agregados de informações reunidas sobre elas. Essas informações são coletadas de bancos de dados diversos — públicos, privados, nacionais, internacionais — e, também, do próprio corpo do indivíduo — por exemplo, por meio

---

can be found). If surveillance is about control and the police, it also has these ‘anti-police’, ‘anti-control’ tendencies too, immanent to its deterritorialization.”

<sup>38</sup> O conceito de *surveillance assemblage* diz respeito à expansão da possibilidade de controle ao distribuir o fluxo de dados entre os grupos que compõem a rede de informação utilizada nas esferas tanto privadas quanto públicas, compondo, com isso, uma unidade funcional de segmentos individuais de fluxos informacionais. É uma perspectiva que proporciona a equiparação dos que, numa perspectiva de verticalidade hierárquica, estariam no controle junto àqueles que, no mesmo ponto de vista, estariam sendo “observados”. Cf. ERICSON, R. V.; HAGGERTY, K. D. The surveillant assemblage. *British Journal of Sociology*, London, v. 51, n. 4, p. 605-622, dez. 2000.

<sup>39</sup> LYON, D. *Surveillance studies: an overview*. Cambridge: Polity, 2007. p. 132.

<sup>40</sup> No original: “[...] in a speeding and mobile world, the idea of borders as barriers to movement is an unacceptable irritation, but in a fearful and unsafe world such borders make a lot of sense.”

<sup>41</sup> ADEY, P. Borders identification and surveillance: new regimes of border control. In: BALL, K.; HAGGERTY, K.; LYON, D. *Routledge handbook of surveillance studies*. New York: Routledge, 2012. p. 193-200. p. 193.

<sup>42</sup> No original: “Peoples and things cross, flow and butt up against borders which are no longer found at the edges of states. Borders might even be located within and now outside territorial containers as bodies too are stretched, made informational and pulled and pushed within and across national boundaries. Surveillance seems to disrespect the traditional jurisdictional limits of nation-states by transborder supranational and interoperable surveillance systems in order to, paradoxically, reinforce their borders.”

da inserção de informações biométricas em passaportes. Assim, perde relevância o “ser humano real”, uma vez que ele somente pode ser analisado quando entra nas bases de dados.

Essa interação entre fronteiras e bancos de dados de origem privada — como os programas de milhagens das companhias aéreas, empresas de cartão de crédito etc. — faz com que as fronteiras percambam, cada vez, mais a sua natureza de limites políticos da soberania de um Estado e passem a ser, cada vez mais, relacionadas aos interesses econômicos dos controladores das bases de dados.

Nessa tendência de virtualização, as fronteiras, também, são transformadas em iterações de programas de computadores e, com isso, passa a predominar a tendência da desvinculação entre a fronteira e o território. Nas palavras de Peter Adey<sup>43</sup>,

em virtude da conjugação contemporânea de todos esses sistemas distribuídos de captura de dados, distribuição e de tomada de decisões, a [surveillance] nas fronteiras é melhor descrita por Mark Salter como deslocalizadas — a fronteira é movida para fora do centro e da costa. A afinidade do Estado pelo “controle remoto” [...] é particularmente evidente em programas de liberação prévia do controle de fronteira [...] vemos novas ideias sobre fronteiras serem propostas através de uma linguagem aprimorada de segurança de fronteira que tem cada vez menos a ver com a ideia enclausurada de controle territorial e mais com o gerenciamento dos fluxos populacionais<sup>44</sup>.

Com isso, as fronteiras, assim como as pessoas, deixam de ser consideradas em sua característica física, como uma linha desenhada no mapa. As fronteiras passam a “acontecer” no momento em que as informações são concatenadas e decisões são tomadas com base nestas concatenações. Dessa maneira, a tecnologia da informação possibilita a desvinculação entre fronteiras e territórios, de modo que os potenciais riscos são avaliados antes mesmo de concretizarem-se.

Esse deslocamento de fronteiras fica claro, por exemplo, quando um brasileiro pretende viajar para os Estados Unidos. Pelas regras atuais, é necessário solicitar uma autorização prévia de viagem (visto) nos consulados localizados no Brasil. Embora a obtenção de um visto não impeça que ocorra nova análise do viajante quando da sua chegada ao território estadunidense, a não concessão dessa autorização prévia impossibilita até mesmo o embarque do passageiro no avião.

Nessa situação, a fronteira estadunidense é “materializada” dentro do Brasil quando um sistema de computador e um oficial de imigração daquele país decidem se o solicitante pode ou não receber o visto. Esse cenário constitui aquilo que Mark Salter<sup>45</sup> vê como “um exemplo concreto de desterritorialização da soberania, onde o Estado desfruta de autoridade e preferência legal fora do seu território nacional”<sup>46</sup>.

Além disso, diversos sistemas permitem uma análise de elegibilidade para entrada em um determinado território antes mesmo de o viajante adentrar nele. Além dos já mencionados API e PNR, sistemas como o *Electronic System for Travel Authorization* (ESTA), nos EUA e a segunda versão do *Schengen Information System* (SIS II), na União Europeia verificam, previamente, se o viajante cumpre determinados requisitos de segurança<sup>47</sup>. Caso esses sistemas não aprovem o viajante, ele é impedido de embarcar na aeronave.

<sup>43</sup> ADEY, P. Borders identification and surveillance: new regimes of border control. In: BALL, K.; HAGGERTY, K.; LYON, D. *Routledge handbook of surveillance studies*. New York: Routledge, 2012. p. 193-200. p. 198.

<sup>44</sup> No original: “Bearing witness to the contemporary assembling of all of these distributed systems of data capture, distribution and decision-making, border surveillance is best described by Mark Salter as delocalized – the border is moved off-center and off-shore. The state’s affinity for “remote control” [...] is particularly evident in border pre-clearance programs. [...] we see new ideas about the border being proposed through an enhanced language of border security which has less and less to do with container-like territorial control but rather the management of population flows.”

<sup>45</sup> SALTER, M. B. The global visa regime and the political technologies of the international self: borders, bodies, biopolitics. *Alternatives*, v. 31, n. 2, abr. 2006. p. 167-189. DOI: 10.1177/030437540603100203. p. 170.

<sup>46</sup> No original: “a concrete example of the deterritorialization of sovereignty, where a state enjoy authority and legal precedence outside of its national territory.”

<sup>47</sup> Diversos outros sistemas possuem, dentre várias funções, a de controlar os fluxos de pessoas antes mesmo de elas chegarem ao território do país de destino, como os exemplos estadunidenses do *Terrorist Identities Datamart Environment* (TIDE); *Secondary Security Screening Selection* (SSSS); *Secure flight program*.

Um outro exemplo de sistema é aquele utilizado pela agência de transportes dos EUA, a TSA, para gerar a já mencionada “*no fly list*”, um banco de dados formado por pessoas com potenciais vínculos com o terrorismo e que não podem embarcar em aviões cujo destino ou origem seja aquele país. No exemplo do brasileiro com um visto válido, caso ele vá parar, posteriormente, naquela lista, a fronteira dos EUA será fechada para ele no momento em que ele efetuar a reserva do bilhete aéreo. Como esse tipo de sistema separa a fronteira do território e o *data-double* da pessoa, é extremamente difícil demonstrar que um nome está naquela lista por um engano. Dá-se mais confiança ao sistema do que ao ser humano concreto, exceto, obviamente, nos casos absurdos — geralmente, envolvendo pessoas poderosas — quando fica claro que a identidade do indivíduo não pode corresponder àquele *data-double*<sup>48</sup>.

Nessa perspectiva de desterritorialização dos espaços e, por conseguinte, das fronteiras, é necessário analisar, ainda, como a alteração do mundo espacial pelas tecnologias de informação é capaz de afetar a liberdade individual de ir e vir, uma vez que os limites das fronteiras, naturalmente, acompanham essas mesmas barreiras. Para visualizar esta implicação, neste trabalho, utiliza-se a ideia de banóptico, tratado a seguir.

## 5 As fronteiras como controle de fluxos: o banóptico

É a partir desse controle das fronteiras que Didier Bigo<sup>49</sup> trabalha a ideia de banóptico. Ainda que tenham sido feitas as ressalvas em relação ao modelo panóptico, é interessante a metáfora elaborada pelo autor em relação à lógica de exclusão de grupos formados por pessoas mais frágeis — pobres, imigrantes, refugiados etc. —, viabilizadas pelas técnicas da *surveillance* — pública ou privada. Embora faça alusão ao panóptico, Bigo busca deixar claro que as práticas da *surveillance* são descentralizadas e que funcionam com base em uma *assemblage* entre fluxos de dados públicos e privados em diversos lugares do planeta. Isso possibilita a compreensão do “*ban-optique*” mais como um jogo de palavras do que como um modelo teórico fundamentado no panóptico.

A palavra “*ban-optique*” é fruto da junção de “bando” (abandono, banimento), empregada por Giorgio Agamben<sup>50</sup> e o panóptico de Foucault. Indica a capacidade que as tecnologias da informação, ao viabilizarem a coleta, transmissão, armazenamento e processamento de dados, possuem para separar grupos de interesses político ou econômico.

No exemplo de Didier Bigo, fica claro como essas técnicas da *surveillance* surgem para fundamentar novos discursos que pregam uma situação de insegurança global e que têm como objetivo ajudar no controle do deslocamento dos indesejados. Esses mecanismos de uso ubíquo — visto que é difícil distinguir entre público e privado, como ficou evidente na associação entre a NSA e empresas privadas no caso Edward Snowden — possibilitam não apenas a exclusão de uma categoria social em um determinado Estado, mas, em virtude da sua indeterminação e fluidez, de diversas estruturas de poder globalmente interconectadas. Nesse sentido, Zygmunt Bauman e David Lyon<sup>51</sup> afirmam que “o banóptico opera nos espaços globalizados além do Estado-nação, assim, os efeitos do poder e da resistência não são mais sentidos somente entre Estado e sociedade”<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Além do exemplo do Senador T. Kennedy, demonstrado anteriormente, existiram situações absurdas quando, até mesmo, crianças de 4 anos de idade foram colocadas na “no fly list” por suspeita de envolvimento com o terrorismo. A matéria da agência *Associated Press* publicada no portal *NBC News* está disponível em <[http://www.nbcnews.com/id/10725741/ns/us\\_news-security/t/-year-old-turns-government-no-fly-list/#.Vvhpm8csZcs](http://www.nbcnews.com/id/10725741/ns/us_news-security/t/-year-old-turns-government-no-fly-list/#.Vvhpm8csZcs)>. Acesso em: 26 mar. 2018.

<sup>49</sup> BIGO, D. Security, exception, ban and surveillance. In: LYON, D. *Theorizing surveillance: the panopticon and beyond*. Cullompton: Routledge, 2006. p. 46-68.; BIGO, D. Globalized (in) security: the field and the ban-opticon. In: BIGO, D.; TSOUKALA, A. *Terror, insecurity and liberty: liberal practices of liberal regimes after 9/11*. New York: Routledge, 2008. p. 10-48.

<sup>50</sup> AGAMBEN, G. *Homo sacer: o poder soberano e a vida na rua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

<sup>51</sup> BAUMAN, Z.; LYON, D. *Liquid surveillance: a conversation*. Cambridge: Polity, 2013. p. 63.

<sup>52</sup> No original: “the ban-opticon operates in globalized spaces beyond the nation-state, so the effects of power and resistance are



É a associação entre o banóptico — viabilizado pela TIC — e a globalização que permite o paradoxal surgimento simultâneo de mobilidade de fluxos de pessoas e a securitização das fronteiras. Para Stephen Graham<sup>53</sup>, essa mudança decorre da transformação da natureza do Estado nacional, que se distancia, cada vez mais, do seu papel de garantidor de uma comunidade de cidadãos dentro de um território. Para o autor, o Estado torna-se, cada vez mais, um ator dentro de sistemas organizadores internacionais cujo objetivo é viabilizar o controle dos fluxos de pessoas, separando entre aqueles que merecem adentrar no território e outros, infelizes, que não são “merecedores” desse direito.

As fronteiras, assim, tornam-se semipermeáveis, uma vez que permitem o trânsito de pessoas, bens e capitais, mas com o contínuo controle destes fluxos. Essa reconfiguração das fronteiras é viabilizada pelas “guerras” desterritorializadas da modernidade líquida, como é o caso da já mencionada “guerra contra o terror”, centrada em ideais vagos de segurança pública em vez da busca pela conquista de territórios, como eram as guerras da modernidade sólida. Como resultado, é possível concluir que essa nova “fronteira virtual” deixa de ser uma estrutura rígida, tornando-se um espaço flexível que se modifica conforme as necessidades de controle dos fluxos<sup>54</sup>.

Pelo exposto, fica óbvio que os tradicionais limites do Estado-nação são modificados pela ideia de *surveillance*, que deve ser entendida não apenas como um olhar vigilante unidirecional, mas como um fenômeno da vida contemporânea que atinge todos os membros das sociedades altamente interconectadas. Como resultado, deslocam-se, também, as fronteiras, que deixam de ser apenas um limite territorial do Estado e passam a fazer parte desses fluxos de dados.

Uma vez que pessoas e fronteiras são “virtualizadas”, as comunicações entre esses dois componentes passam a ocorrer, também, em um ambiente virtual que é independente da sua localização geográfica. Isso faculta que riscos sejam avaliados antes mesmo que as potenciais ameaças cheguem ao território do Estado, além de permitir a passagem daqueles que, pelas regras do sistema, são considerados viajantes “legítimos” — ou seja, de interesse comercial.

É por isso que a ideia de *surveillance* como violadora da liberdade e, por conseguinte, da democracia, é essencial para compreender o fenômeno de desterritorialização das fronteiras. Os critérios para decisão e as fontes dos dados que alimentam esses sistemas, dificilmente, passam pelo crivo democrático, o que facilita a perpetuação de tratamento desigual e discriminatório.

O “local” onde as portas de um país são abertas ou fechadas não corresponde, necessariamente, aos limites do território desse local. Assim, é possível concluir que, para aqueles que se enquadram no “modelo” de viajante desejável, a globalização está realmente acontecendo e o trânsito de pessoas está cada vez mais fácil. Por outro lado, as minorias e os indivíduos que não se enquadram naquele “modelo” encontram, sempre, mais dificuldade para transitar livremente. Para essas pessoas, os “muros” das fronteiras estão cada vez mais altos e aparecem antes mesmo que cheguem ao seu destino.

Desse modo, é imprescindível analisar como a coleta e o processamento de dados violam a democracia e os direitos humanos como um todo, especialmente quando a liberdade daquelas pessoas que são colocadas nas categorias cujas restrições são maiores é delimitada por critérios não democráticos. Isso porque, sendo o processamento de dados elemento essencial para interações pertencentes à estrutura democrática, é fundamental que a ampliação de atuação aconteça, também, para todos os envolvidos.

---

no longer felt merely between state and society.”.

<sup>53</sup> GRAHAM, S. *Cities under siege: the new military urbanism*. London: Verso, 2010. p. 89.

<sup>54</sup> GRAHAM, S. *Cities under siege: the new military urbanism*. London: Verso, 2010.

## 6 Considerações finais

Na análise acima, buscou-se esclarecer que os sistemas de computadores são alimentados com informações sobre seres humanos reais e esta classificação, por mais virtual que pareça, acaba por colocar pessoas em grupos diversos — sejam eles de risco, de interesse, de saúde etc. —, afetando, de modo relevante, as suas vidas.

Essas violações, embora frequentemente ignoradas, são de extrema importância e só podem ser percebidas a partir do paradigma da *surveillance*. Afinal, a abordagem da mera vigilância é incapaz de demonstrar que outros direitos humanos — além da privacidade — podem ser violados como decorrência da capacidade que os sistemas de processamento digitais possuem para analisar e classificar dados.

Está-se, portanto, diante de outro efeito das TICs no território, que é pressuposto da Teoria do Estado. Os limites territoriais são transformados em concatenações de quantidades inimagináveis de dados oriundos de entidades públicas e privadas. Nos mais diversos lugares do mundo, aquelas análises estatísticas servem como fundamento para que um *software* garanta ou impeça a mobilidade das pessoas. Como resultado, o exercício de um direito fundamental — a liberdade de locomoção — fica condicionado às iterações de um sistema cujos critérios de funcionamento são extremamente opacos.

A desnecessidade do elemento confinador — espacial ou territorial —, viabilizada pelas TICs, modifica, também, as relações do homem com o espaço por meio do deslocamento das fronteiras. Tal fenômeno desvincula a tradicional concepção de fronteira como um lugar físico, transformando os limites territoriais dos Estados em um “acontecimento” que surge no momento em que decisões são tomadas por sistemas de computador para permitir ou impedir o fluxo de pessoas pelo globo.

É possível, pois, perceber que as fronteiras não permaneceram incólumes. Além das evoluções na tecnologia da informação, isso decorre da mudança do cenário político, que viabiliza a incessante busca pela criação e ampliação das “áreas seguras”. Essas alterações ficam ainda mais claras quando colocadas a partir do paradigma da *surveillance*. Partindo-se dessa categoria, percebe-se que o controle dos fluxos de pessoas não tem um alvo específico: todos os indivíduos e grupos devem ser constantemente analisados para a determinação do risco que representam.

Uma leitura a partir da matriz teórica dos *surveillance studies* permite concluir que, ao contrário do que poderiam deduzir as visões ingênuas sobre a globalização, o fato de o mundo estar cada vez mais conectado não extinguiu as fronteiras. Os limites territoriais do poder político estatal são, agora, extremamente moduláveis, o que não significa que sejam inexistentes. Para aqueles que se encontram fora dos modelos estatísticos de risco aceitável, as fronteiras nunca foram tão presentes e intransponíveis como são hoje. Ainda é necessário muito mais do que a rede digital expansiva para que a estrutura democrática dos direitos humanos seja não líquida, mas, em contraste à modernidade informacional, sólida — inclusive para aqueles que são considerados “indesejáveis”.

## Referências

- ADEY, P. Bordersm identification and surveillance: new regimes of border control. In: BALL, K.; HAGGERTY, K.; LYON, D. *Routledge handbook of surveillance studies*. New York: Routledge, 2012. p. 193-200.
- AGAMBEN, G. *Homo sacer: o poder soberano e a vida na rua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- ANDREJEVIC, M. *iSpy: surveillance and power in the interactive era*. Lawrence: University Press of Kansas, 2007.

- ANDREJEVIC, M. Ubiquitous surveillance. In: BALL, K.; HAGGERTY, K. D.; LYON, D. *Routledge handbook of surveillance studies*. New York: Routledge, 2012. p. 91-98.
- BAUMAN, Z. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BAUMAN, Z.; LYON, D. *Liquid surveillance: a conversation*. Cambridge: Polity, 2013.
- BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- BENNET, C. J. et al. *Transparent lives: surveillance in Canada*. Edmonton: Athabasca University Press, 2014.
- BIGO, D. Globalized (in) security: the field and the ban-opticon. In: BIGO, D.; TSOUKALA, A. *Terror, insecurity and liberty: illiberal practices of liberal regimes after 9/11*. New York: Routledge, 2008. p. 10-48.
- BIGO, D. Security, exception, ban and surveillance. In: LYON, D. *Theorizing surveillance: the panopticon and beyond*. Cullompton: Routledge, 2006. p. 46-68.
- BOGARD, W. Simulation and post-panopticism. In: LYON, D. *Theorizing surveillance: the panopticon and beyond*. Cullompton: Willan Publishing, 2006. p. 97-122.
- DELEUZE, G. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, G. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: 34, 1992. p. 219-226.
- ERICSON, R. V.; HAGGERTY, K. D. The surveillant assemblage. *British Journal of Sociology*, London, v. 51, n. 4, p. 605-622, dez. 2000.
- FOUCAULT, M. História da sexualidade I: a vontade de saber. Tradução de Meria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GRAHAM, S. *Cities under siege: the new military urbanism*. London: Verso, 2010.
- GREENBERG, A. These are the emails Snowden sent to first introduce his epic NSA leaks. *WIRED*, San Francisco, 13 out. 2014. Disponível em: <<https://www.wired.com/2014/10/snowdens-first-emails-to-poitras/>>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- HARDT, M.; NEGRI, A. *Multitude: war and democracy in the age of empire*. New York: The Penguin Press, 2004.
- LYON, D. Liquid surveillance: the contribution of Zygmunt Bauman to surveillance studies. *International Political Sociology*, v. 4, n. 4, dez. 2010. p. 325-338. DOI: 10.1111/j.1749-5687.2010.00109.x.
- LYON, D. *Surveillance studies: an overview*. Cambridge: Polity, 2007.
- MCCULLOCH, J.; WILSON, D. *Pre-crime: pre-emption, precaution and the future*. New York: Routledge, 2016.
- MURAKAMI WOOD, D. Beyond the panopticon? foucault and surveillance studies. In: CAMPTON, J. W.; ELDEN, S. *Space, knowledge and power: Foucault and geography*. Andershot: Ashgate, 2007. p. 245-263.
- NARAYANAN, A.; SHMATIKOV, V. Robust de-anonymization of large sparse datasets. IEEE SYMPOSIUM ON SECURITY AND PRIVACY, 2008, Washington. *Proceedings*. Washington: IEEE Computer Society, 2008. p. 111-125. Disponível em: <<https://arxiv.org/pdf/cs/0610105v2.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

RAMSEY, L. 23andMe CEO defends practice of sharing genetic info with pharma companies. *Business Insider*, New York, 7 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.businessinsider.com/23andme-anne-wojcicki-marketplace-interview-2015-7>>. Acesso em: 19. fev. 2018.

SALTER, M. B. The global visa regime and the political technologies of the international self: borders, bodies, biopolitics. *Alternatives*, v. 31, n. 2, abr. 2006. p. 167-189. DOI: 10.1177/030437540603100203.

SCHIOCCHET, T. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução: reflexões acerca do uso forense do DNA. *Novos Estudos Jurídicos*, [s.l.], v. 18, n. 3, dez. 2013. p. 518-529. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/view/5137>>. Acesso em: 18 fev. 2018.





**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**El delito de enaltecimiento terrorista.** ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?

**The crime of glorifying terrorism:** a fighting instrument against the dangerous hate-terror speech or a repressive mechanism towards messages from rappers, twitters and puppeteers?

Alfonso Galán Muñoz



## **El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?\***

### **The crime of glorifying terrorism: a fighting instrument against the dangerous hate- terror speech or a repressive mechanism towards messages from rappers, twitters and puppeteers?**

Alfonso Galán Muñoz\*\*

#### **Resumen**

En este trabajo se analiza el delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de sus víctimas. Este delito es uno de los numerosos y controvertidos instrumentos creados por el legislador penal español para luchar contra el discurso del odio terrorista; siendo posiblemente el que de forma más frecuente se ha utilizado por nuestros Tribunales con tal propósito. Precisamente, su uso reiterado por parte de nuestros tribunales ha dado lugar a una interesante evolución jurisprudencial que es analizada en este trabajo y que ha tratado de definir los contornos de dicho delito con el fin de conseguir que su prohibición resulte compatible con el necesario respeto y garantía de la libertad de expresión que debe brindar todo Estado democrático de Derecho que quiera ser tenido realmente como tal.

**Palabras clave:** Terrorismo, discurso del odio, libertad de expresión, Enaltecimiento del terrorismo, humillación de las víctimas del terrorismo, delito de clima.

#### **Abstract**

In this paper is analyzed the crime of glorifying terrorism and humiliating its victims. This crime is one of the numerous and controversial legal instruments created by the Spanish penal legislator to fight against the hate speech of terrorism; being possibly the one that more frequently has been used by our Courts with this purpose. Precisely its reiterated use by our Courts has given rise to an interesting jurisprudential evolution that is analyzed in this research and that tried to delimitate this crime in order to achieve that its prohibition is compatible with the necessary respect and guarantee of the freedom of speech that must be provided by any democratic State of Law that pretend to be really considered as such.

\* Guest Author / Autor Convidado

\*\* Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide. Doctor en Derecho. Premio extraordinario de Doctorado de la Universidad Pablo de Olavide. Becario del Ministerio de Educación, de la Fundación Alexander Von Humboldt y del DAAD, habiendo realizado numerosas estancias de investigación en centros extranjeros de reconocido prestigio, como las Universidades de Friburgo, Munich, Tubinga o Berlín, en Alemania. Profesor invitado en Universidades de Brasil, Méjico, Colombia o Argentina. Email: agalmun@upo.es

**Keywords:** Terrorism, hate speech, freedom of speech, Glorifying terrorism, Humiliating Victims of terrorism, climate crime.

## 1 Introducción

El terrorismo no es algo nuevo. Desgraciadamente, algunos países, como España, conocen bien y han padecido durante años las consecuencias derivadas de la actuación dentro de su territorio de varias organizaciones terroristas que trataban de conseguir fines políticos diversos mediante el empleo de la violencia, la intimidación y el terror.

No puede sorprender entonces, que el ordenamiento español fuese, posiblemente junto al vigente en el Reino Unido, el que disponía, de entre los de nuestro entorno y ya antes de la irrupción del denominado terrorismo *yihadista*, de una mayor variedad de instrumentos penales, tanto materiales como procesales, específicamente destinados a luchar contra este fenómeno delictivo. Unos instrumentos que se caracterizaban tanto por haber procedido a intensificar de forma notable la respuesta punitiva establecida frente a las conductas delictivas que se calificaba como terroristas, como por haber efectuado una notable ampliación y adelantamiento de las posibilidades de intervenir penalmente frente a su posible realización.

Lo primero lo hizo tanto incrementando las penas aplicables a muchos delitos (asesinatos, secuestros, detenciones ilegales, etc...) por el mero hecho de que se hubiesen cometido desde organizaciones terroristas y con las finalidades que éstas perseguían<sup>1</sup>, como estableciendo un régimen especial de determinación y, sobretodo, de ejecución de las penas aplicables a los responsables de dichos delitos mucho más severo y riguroso que el previsto para el resto de conductas delictivas<sup>2</sup>.

Lo segundo lo realizó no solo castigando de forma expresa los actos de participación intentada en dichos delitos terroristas, sino también creando una serie de figuras, (p. ej. la de pertenencia a organización o grupo terrorista (art. 572.2 CP) o la de colaboración puntual con la misma (art. 577 CP)), que han venido a castigar como delitos autónomos y consumados la ejecución de muchas conductas que se cometían dentro o como apoyo a las peligrosas organizaciones terroristas, pero que estaban todavía muy alejadas del comienzo real de la ejecución o incluso de la mera preparación real de los concretos atentados que las caracterizaban.

Los instrumentos y mecanismos de respuesta penal al terrorismo tradicional eran sin duda numerosos, variados, severos y también, por qué no decirlo, bastante controvertidos.

Sin embargo, el terrorismo ha evolucionado o mutado en los últimos tiempos, sobretodo, como consecuencia de la irrupción del denominado terrorismo *yihadista*; un terrorismo que presenta una serie de peculiaridades que lo distinguen y diferencian claramente del que podríamos denominar como terrorismo “tradicional”<sup>3</sup>, lo que ha llevado a que se cuestione seriamente si los instrumentos creados para luchar contra esta forma más clásica de terrorismo pueden resultar realmente adecuados y efectivos para hacerlo también contra esta nueva y diferenciada modalidad.

<sup>1</sup> Así MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. p. 781 o CANO PAÑOS. M. A. “La reforma de los delitos de terrorismo”, en *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 913.

<sup>2</sup> Así sucedió, por ejemplo, con la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, cuyos efectos sobre las penas aplicables a los terroristas, ha comentado, entre otras, LÓPEZ PEREGRÍN, C. “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?” REIC 1 (2003), p. 11 y ss, disponible en <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano1-2003/a12003art2.pdf> (últ. vis. 2-11-2015).

<sup>3</sup> De “nuevo” y “viejo” terrorismo hablaba, por ejemplo, CANO PAÑOS. M. A. destacando las diferencias entre uno y otro en “Reflexiones en torno al “viejo” y al “nuevo” terrorismo”, en REIC 7 (2009), p. 2 y ss, disponible en <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano7-2009/a72009art7.pdf> (últ. vis. 13-11-2017).

## 2 El discurso del odio al infiel como instrumento terrorista

Si algo caracteriza y diferencia al terrorismo *yihadista* es que es una forma de terrorismo que responde a la supuesta existencia de una guerra asimétrica y global que sus integrantes y partidarios han emprendido contra los países a los que consideran contrarios o enemigos de su “pueblo” o comunidad religiosa y de los valores que los caracterizan. Es, por tanto, un terrorismo que no trata de subvertir el orden constitucional del concreto país al que golpea. En ocasiones, ni tan siquiera pretende lograr una finalidad propiamente política respecto a dicho país, (como la de doblegar la voluntad de su opinión pública o de sus políticos para que desistan, por ejemplo, de tomar parte en una determinada campaña militar). Lo que busca en muchos casos es, simple y llanamente, ocasionar dolor y terror a los habitantes del Estado en el que ataca y a los de su entorno como represalia y venganza por los agravios o daños que supuestamente éstos habían contribuido previamente a ocasionar a las personas o colectivos con los que los terroristas se identifican por razones presuntamente religiosas, aunque ni siquiera las conozcan y éstas se encuentren a miles de kilómetros de distancia de donde ellos nacieron, vivieron y, finalmente, atentaron.

Es entonces un terrorismo que tiene, ya en su código genético, un marcado carácter trans- o internacional, cualidad que, sin duda, se ha visto muy favorecida por la difusión en un ámbito global de un discurso muy atractivo para determinados colectivos, marcadamente adoctrinador y basado en una concepción completamente manipulada y tergiversada de las tendencias más radicales del Islam que trata, precisamente, de fomentar y de avivar el odio hacia aquellos a los que califica como “infeles” o “enemigos”, trasladando una visión completamente maniquea del mundo que clasifica a todas las personas en amigos (fieles, a los que hay que proteger y en su caso vengar) y enemigos (infeles, a los que simplemente hay que exterminar). Un discurso que, de hecho, se ha expandido rápidamente a lo largo y ancho del globo, gracias, entre otras cosas, a su difusión en los modernos medios de información y comunicación y, entre ellos, especialmente en Internet y en las redes sociales desarrolladas en su seno.

Precisamente, esta marcada base adoctrinadora del terrorismo *yihadista* es la que puede llevar y, de hecho, ha llevado a que muchas personas, que no contaban con apoyo ni contacto alguno con ninguna organización terrorista, (los conocidos como “lobos solitarios”), hayan efectuado, de forma completamente autónoma y por su cuenta y riesgo ataques contra los “enemigos” de su pueblo o religión y en apoyo de la “guerra santa” que creen deben librar contra los Estados “infeles” y sus habitantes, incluso aunque ello les haya supuesto tener que perder la propia vida para poder llevarlos a cabo, algo que, indudablemente, plantea serios y evidentes problemas a los tradicionales instrumentos penales de prevención y lucha contra el terrorismo.

Resulta evidente, en tal sentido, que de nada sirve, por ejemplo, la previsión y amenaza de imposición de severas y prolongadas penas de prisión (incluso de la tan cacareada pena permanente revisable) para la comisión de asesinatos terroristas, frente aquel que está dispuesto a dar la vida para cometerlos en aras a defender las ideas que le ha inculcado discurso del odio *yihadista*<sup>4</sup>.

Precisamente por ello, los diferentes legisladores penales de los países atacados por el terrorismo *yihadista* y entre ellos, como no, el español, pese a no haber abandonado su tendencia intensificadora de la represión penal referida a esta materia, algo que solo se explica desde un punto de vista preventivo general positivo, cuando no, simplemente desde el más rancio populismo punitivo, han optado por incrementar también el número de figuras delictivas que adelantan la intervención penal respecto a este tipo de actuaciones, viniendo

<sup>4</sup> Así lo ponen de manifiesto, por ejemplo, NÚÑEZ CASTAÑO, E. quien señalaba que respecto a estos terroristas la consecuencia de la no realización del acto terrorista resulta más grave que la posible pena que sufrirían por la imposición del mismo, con lo que la prevención de la norma penal fracasa, ya que “...no es que el “terrorista islámico o religioso” no sea susceptible de ser motivado, sino que es motivado por su propia ley y sus propios sistemas de control social”, en “Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la L. O. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, en Revista Penal, nº 37, 2016, p. 128 o CANO PAÑOS, M. A. “La Reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales”, RGDP 23 (2015), disponible en <http://www.iustel.com> (últ. vis. 13-03-2018), p. 14, entre otros.

do a castigar, entre otras cosas, las iniciales conductas de difusión del discurso del odio que podría llegar a adoctrinar o a captar a futuros terroristas, en lo que supone un claro intento de prevenir los futuros actos lesivos que sus receptores podrían llegar a realizar antes siquiera de que lleguen a plantearse como posibilidad real y concreta el ejecutarlos.

### 3 La proliferación de los instrumentos penales de lucha contra el discurso del odio terrorista

Como es sabido, lo habitual para castigar a aquella persona que comunica a un tercero un mensaje dirigido o destinado a conseguir que se decida a cometer un delito será considerarle bien como inductor, bien como cómplice psíquico de dicho delito<sup>5</sup>. Sin embargo, para poder calificar y castigar como tal al emisor de dicho mensaje, su receptor, tras recibirlo, tendrá que haber comenzado, cuando menos, a ejecutar el delito propuesto (p. ej. tendrá que haber empezado a matar), lo que, en los casos que nos ocupan y dada la magnitud de los delitos que se pueden realizar, se considera que retrasaría demasiado la intervención penal, privando, por tanto, a dicha rama del Derecho de la eficacia preventiva que debería tener frente a tan peligrosos ataques.

Precisamente, para subsanar dicho aparente déficit preventivo, nuestro Código penal hace ya tiempo que optó por castigar, específicamente y en relación a los delitos terroristas, la mera comunicación o transmisión pública de mensajes que tiendan a incitar a cometer algún concreto delito de dicha naturaleza, sin exigir que éste hubiese llegado a empezar a ejecutarse.

Evidentemente, el primer y más evidente paso en esta línea consistió en sancionar los actos de codelincuencia intentada que contemplan los art. 17 y 18 de nuestro Código penal (la provocación, la proposición y la conspiración), paso que hace ya muchos años que dio el legislador y que continúa manteniendo a día de hoy, al castigar, de forma expresa, el vigente artículo 579. 3 CP, tras la reforma realizada por la LO 2/2015 todas esas posibles actuaciones meramente preparatorias de delitos terroristas.

Se lograría así, por ejemplo, que el castigo de la provocación de un delito terrorista o de la apología, como posible forma de provocación, sirviesen para sancionar a quienes se dedican a utilizar Internet o cualquier medio de comunicación de masas para difundir contenidos que estén directa y expresamente dirigidos a incitar a sus posibles receptores a cometer uno o varios delitos terroristas concretos y determinados, aún cuando estos últimos sujetos, por los motivos que fuesen, no solo no comenzasen a ejecutarlos, sino que ni siquiera hubiesen llegado a conocer o a ser convencidos por el mensaje que trataba de motivarles para que lo hiciesen<sup>6</sup>.

Sin embargo, muchas otras formas de inducción intentada continuarían estando al margen de cualquier relevancia penal, algo que el legislador no parecía dispuesto a tolerar.

Así sucedería, por ejemplo, con aquellos supuestos en los que el acto de inducción intentada no se realizase de forma pública, ante una concurrencia de personas o mediante el uso de un medio de comunicación de masas, sino individualmente. Si bien estas conductas, antes de la reforma que la LO 2/2015, eran consideradas por algunos como susceptibles de ser castigadas como formas de proposición al delito al que incitaban<sup>7</sup>, tras la modificación que de esta forma de codelincuencia intentada ha realizado la referida Ley

<sup>5</sup> Sobre la concreta delimitación de ambas formas de participación intelectual en el delito ajeno, véase, por ejemplo, lo comentado por GÓMEZ RIVERO, M. C. *La inducción a cometer el delito*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. p. 172 y ss.

<sup>6</sup> BERNAL DEL CASTILLO, J. “Una visión crítica del nuevo delito de provocación al terrorismo del art. 579.1” *Revista de Derecho Penal* nº 33, 2011, p. 70.

<sup>7</sup> BARBER BURRUSCO, S. *Los actos preparatorios del delito*. Ed. Comares, Granada, 2004, p. 206 o sin embargo, MIR PUIG, S. quien, pese al cambio legislativo producido por la reforma realizada por la LO 1/2005 sobre la regulación de dicho acto preparatorio puni-

Orgánica, han pasado a quedar completamente al margen de la delimitación de dicho acto preparatorio punible contemplado en nuestro art. 17 CP y, consecuentemente, también del art. 579.3 CP. En efecto, tras dicha reforma la proposición ya solo castigará aquellos actos en los que el proponente se ofrezca a actuar como verdadero autor del delito que pretendía cometer y no solo como su mero inductor; delimitación que evidentemente deja al margen del castigo de la proposición a los meros actos de inducción individual intentada y que justifica que el legislador se haya decidido a castigar tales conductas cuando estén referidas a la futura realización de delitos terroristas mediante la inclusión del nuevo art. 579.2 CP que precisamente sanciona a “...quien solicite a otra persona que los cometa”. Esto es, a quien realice una inducción intentada individual o personal referida a la posible comisión por parte de terceros de un delito terrorista concreto; comportamiento que, en caso de que no se hubiese introducido la referida previsión legislativa, permanecería en el ámbito de la más absoluta irrelevancia penal, cuando menos, hasta que no se comenzase a ejecutar el concreto delito que se pretendía incitar a cometer<sup>8</sup>.

Ahora bien, el empeño del legislador por castigar los meros intentos de incitar a terceros para que cometan delitos terroristas no terminó aquí. También le llevó a castigar, en el artículo 579.1 CP, no solo a quien difunda públicamente mensajes o consignas que tengan por finalidad incitar a sus receptores a cometer algún delito terrorista, sino también a quien transmita, de la misma forma, esto es, públicamente, algún contenido que, sin estar expresamente dirigido a fomentar la comisión de un concreto delito terrorista, sí que resulte idóneo para incitar a sus receptores a que lo ejecuten<sup>9</sup>.

Con esto último se conseguiría que el Derecho penal pueda castigar a quien difunda de forma pública (esto es, no individualizadamente, sino ante o hacia un colectivo) una consigna o un mensaje que simplemente resulte objetivamente adecuado, desde un punto de vista *ex ante*, para generar la idea en quienes lo reciban de cometer un delito terrorista y lo distribuya cuando menos conociendo y teniendo consciencia de tal cualidad del mensaje, por más que lo haga sin intención alguna de conseguir dicho efecto.

Lo primero hace posible que este precepto pueda servir para castigar la difusión colectiva de contenidos que no inciten expresa y claramente a cometer un acto terrorista, pero que sí resulten aptos o adecuados para conseguirlo, al transmitir un mensaje que implícitamente (no de forma expresa) sea idóneo para generar dicha idea en su receptor. Lo segundo abre las puertas a que se pueda sancionar penalmente la difusión de tales contenidos, aunque se lleve a cabo por alguien que al transmitirlos no buscaba o no se puede demostrar que buscara incitar a sus destinatarios a efectuar el delito en cuestión. Esto es, a aquellos sujetos que lo hubiesen

---

ble, sigue manteniendo que la proposición continúa castigando “la inducción no seguida de ejecución”, ya que considera que al castigar el vigente art. 28 CP como autor de un delito no solo a quienes lo ejecutan o realizan, sino también a quienes ayudan necesariamente o inducen a otros a ejecutarlo, habrá que continuar entendiendo que haber resuelto cometer un delito, tal y como exige el art. 17.2 CP al proponente, no supone tener que querer ejecutarlo como autor, dado que cometer el delito significa algo más amplio que ejecutarlo. *Derecho penal. Parte General*. Ed. Reppertor, Barcelona, 2015. p. 353.

<sup>8</sup> Sobre esta postura, véase, con mayor extensión GALÁN MUÑOZ, A. “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del código penal de la LO 2/2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º. 15 (2016), p. 117 y ss, quien considera que la nueva redacción dada al art. 17.2 CP, que establece que es propositor quien “invita” a terceras personas a “participar” en el delito que va a cometer y no, como sucedía antes, quien les invitaba “a ejecutarlo”, deja a las claras que solo se podrá considerar como propositor a aquel sujeto que invite a otro a que realice una simple aportación al delito que él pretende cometer y dominar, con lo que lo solicitado, siempre y en todo caso, habrá de ser accesorio o coadyuvante de la conducta delictiva que el propio propositor pretendía efectuar (se debe invitar al destinatario de la proposición a participar, no a cometer o ejecutar por su cuenta). Esto determinará que solo se pueda tener por propositor a quien pretenda ser autor o, cuando menos, coautor del delito en el que propone tomar parte al tercero y no a aquel que tan solo pretendiese inducirle a que fuese él mismo quien lo cometiese a título de autor individual y dominándolo de forma exclusiva, con lo que esta forma de inducción intentada e individual quedará al margen de la nueva redacción típica de la proposición. En el mismo sentido, respecto a la delimitación general de la proposición, se manifiesta, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al Código penal español. Tomo I*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 180.

<sup>9</sup> Muy crítico con dicha ampliación se muestra BERNAL DEL CASTILLO, J. por entender que la misma introduce en nuestro ordenamiento una modalidad preparatoria punible indeterminada y diferente de la provocación propiamente dicha que parece tendrá que servir de tipo de recogida que permita castigar actos enaltecedores o justificadores del terrorismo o de los terroristas tan genéricos o indirectos que no se puedan encuadrar en el delito de apología. En “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas como formas del “discurso del odio””, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º. 16 (2016), p. 40.



difundido sin actuar con la finalidad o dolo directo de inducir a sus receptores a cometer un delito terrorista, pero sí con un dolo que abarcase la idoneidad del contenido distribuido para poder llegar a hacerlo<sup>10</sup>.

Evidentemente, el paso legislativo dado amplía enormemente el número de los posibles mensajes de apoyo al discurso *yihadista* cuya difusión pública podría llegar a ser penalmente relevante, pero lo hace a costa de difuminar y desdibujar de forma notable los caracteres que tradicionalmente habían delimitado a los mensajes incitadores de delitos que podría llegar a tener relevancia penal.

Resulta innegable, en tal sentido, que aunque un mensaje no incite de forma manifiesta y explícita a sus destinatarios a cometer un delito de terrorismo, sí que podrá, sin embargo, resultar idóneo para incitarles a realizarlo dependiendo de factores tales como el concreto momento en que se distribuya o quienes pudiesen ser, en concreto, sus receptores.

Así, por ejemplo, podría suceder que la difusión de un mensaje radicalmente crítico con uno de responsables de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado pudiese ser considerado como constitutiva de este delito si se ejecuta en un momento especialmente conflictivo (p. ej. cuando precisamente dicho cuerpo e individuo se encontraban inmersos en una operación militar criticada por los terroristas que clamaban venganza contra sus integrantes por su realización) y se dirige además a quienes comparten y apoyan los ideales sostenidos y los medios violentos empleados por los terroristas o la “guerra santa” que éstos supuestamente libran, resultando, sin embargo, absolutamente irrelevante, a efectos de dicha figura, si se hubiese difundido en un contexto histórico distinto o entre quienes no solo no compartían los postulados *yihadistas*, sino que los rechazaban de forma tajante.

Muchos son, por tanto, los factores y variables que han de tenerse en cuenta a la hora de calificar un mensaje como inductoramente idóneo y peligroso y, consecuentemente, típico de este delito, lo que, si bien convertirá a esta figura en un instrumento adecuado para castigar muchas conductas susceptibles de inducir o fomentar la realización de delitos terroristas que escaparían a los contornos delimitadores de los actos preparatorios punibles anteriormente comentados, lo hace a costa, como ya hemos señalado, de restar certeza y seguridad jurídica a la delimitación de los mensajes penalmente prohibidos por nuestro Derecho penal, coste que no se puede, ni se debe menospreciar<sup>11</sup>.

Pese a todo, esta figura todavía requiere que el mensaje difundido resulte idóneo, desde un punto de vista *ex ante*, para incitar a sus posibles destinatarios a cometer un concreto y determinado delito de terrorismo. En concreto, el delito que serviría como referente para determinar la pena que se le habría de imponer al emisor del mensaje prohibido por el art. 579.1 CP, lo que obligará a que el mensaje difundido haya de tener un contenido que haga perfectamente determinable, desde un punto de vista *ex ante*, el delito que podía llegar a incitar, consiguiéndose así definir y determinar, en cierta medida, la clase de contenidos cuya difusión podría entrar dentro del tipo delictivo de dicho precepto. Sin embargo y al mismo tiempo, esta exigencia también llevará a que esta figura no resulte plenamente eficaz a la hora de luchar contra algunas de las manifestaciones más habituales del discurso del odio propio del terrorismo *yihadista*. Un discurso que, en muchas ocasiones, trata de incitar a sus receptores a que cometan, no actos o ataques terroristas concretos, determinados o cuando menos determinables, sino cualquiera que puedan realizar contra aquellos a los que califica de “infieles”.

Teniendo en cuenta dicho hecho, nuestro legislador decidió dar un paso más en la lucha contra esta clase discurso y castigó como delito de colaboración terrorista del apartado 2 del art. 577 CP el efectuar cualquier actividad de adoctrinamiento activo (individual o público) que esté dirigida o, y esto es resulta fundamental,

<sup>10</sup> GALÁN MUÑOZ, A. *Op. cit.* ant. p. 119 y ss.

<sup>11</sup> En similares términos CANO PAÑOS, M. A. “La reforma de los delitos de terrorismo” *cit.* ant. p. 945. Críticos con la anterior redacción de este precepto también se mostraban CANCIO MELIÁ, M. En “Delitos de organización: Criminalidad organizada común y delitos de terrorismo” en *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Civitas. Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 665 y BERNAL DEL CASTILLO, J. “Una visión crítica del nuevo delito de provocación al terrorismo del art. 579.1” *Op. cit.* ant. p. 72.

que “por su contenido resulte idónea para incitar a cometer cualquiera de los delitos de terrorismo”.

Se castiga con esta última expresión, la difusión de doctrinas, de meras ideas, que, aunque no estén dirigidas a incitar pública ni expresamente a cometer delitos terroristas, ni se efectúen con intención o dolo de motivar a realizarlos (solo hace falta que sean idóneas para lograrlo y que quien las transmita conozca dicho carácter), sí que pueden llevar a su receptor a cometer algún delito terrorista en general, por más que dicho posible y futuro delito a cometer ni esté definido en el mensaje, ni pueda ser fijado ni predeterminado atendiendo a su contenido ni al contexto en que se emitió<sup>12</sup>.

Lo primero que llama la atención de esta figura es que sancione y prohíba transmitir “doctrinas” y no de forma general ideas o contenidos objetivamente peligrosos, algo que, a nuestro modo de ver, no es en modo alguno casual, sino producto de una muy meditada decisión legislativa, ya que, dicha expresión, si bien mantiene al margen de esta figura, por ejemplo, a todas aquellas actuaciones que podrían realizar aquellos periodistas o cómicos que trasmitan mensajes o viñetas que critiquen o se mofe de las ideas y símbolos que defienden los seguidores de los terroristas, por más que resulten indudablemente idóneas para fomentar la realización de actos terroristas en venganza por su difusión (piénsese, por ejemplo, en las viñetas del Charlie Hebdo), sí que permitirá castigar penalmente la instrucción, transmisión o enseñanza de ideas, creencias u opiniones que se correspondan con los postulados defendidos por el discurso de odio terrorista y se transmitan conociendo su peligrosidad delictiva incitadora.

Podría pensarse entonces que la creación de esta figura es preventivamente positiva y técnicamente acertada, ya que servirá para luchar contra alguna de las modalidades más comunes de apoyo ideológico y fomento de la comisión de actos terroristas que escapaban de las figuras anteriormente comentadas (las que no incitan ni explícita, ni implícitamente a cometer un delito concreto), al tiempo que evitaban castigar penalmente la difusión de ideas que se consideran deben estar protegidas por la libertad de expresión (las no concordantes con las doctrinas terroristas por más peligrosas que puedan ser).

Sin embargo, la pregunta surge de forma inmediata. Si este delito solo permite sancionar la transmisión de ideas defendidas desde el terrorismo (las adoctrinadoras) y no de las que, aunque no tengan dicha naturaleza, pueden llevar, incluso de forma más idónea y segura que las referidas doctrinas, a generar la comisión de delitos de terrorismo (burlas de Alá, sátiras de líderes religiosos o políticos defendidos desde el entorno terrorista etc...), ¿no estaremos dejando de perseguir la transmisión de ideas por la peligrosidad inductora que presentan con respecto a la realización de delitos de terrorismo, para pasar a prohibir y castigar directamente el simple mantenimiento o transmisión de ideas que no nos gustan? ¿No supone esto negar la posibilidad de defender dichas ideas y postulados (los sostenidos por los terroristas) y, por tanto, tratar imponer un pensamiento único sobre los temas que se ponen en tela de juicio desde dichos movimientos acabando de esa forma, radicalmente, con el pluralismo, la libertad de opinión, de expresión e información que debería existir en relación al debate relativo a tales cuestiones?<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Así lo indica tanto que este precepto establezca el castigo de los actos adoctrinadores que se dirijan o que simplemente resulten idóneos para incitar a efectuar “cualquier” delito terrorista y no “alguno” de ellos, como, por ejemplo, hacían las conductas incitadoras indirectas o implícitas de delitos concretos castigadas por el art. 579.1. CP, como que el que el delito de colaboración terrorista en general, contemplado en el art. 577 CP sea una figura que castiga el suministro, por parte de personas, no integradas en una organización o grupo terrorista, de ayudas o contribuciones genéricas a cometer delitos de dicha naturaleza y no las ayudas puntuales que simplemente tiendan a facilitar la comisión de uno o varios de ellos determinados, señalando en tal sentido NÚÑEZ CASTAÑO, E. que la colaboración terrorista “debe ser genérica, es decir no vinculada a una actividad concreta sino que conste en un apoyo genérico...” mientras que “...si este apoyo material se concreta en una determinada conducta delictiva, la colaboración cede ante la coautoría o la complicidad”. En *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 145; postura que también comparte, entre otros, GARCÍA ALBERO, R. *Comentarios al Código penal Español, Tomo II* Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 1926.

<sup>13</sup> En este sentido, hay que recordar que, como señalaba VIVES ANTÓN, T. S. resultaría del todo incongruente con la afirmación de la existencia de la libertad ideológica y de expresión de los Estados democráticos que fuesen precisamente dichos Estados los que decidiesen por los ciudadanos, supuestamente libres y autónomos, qué clase de ideas podrían llegar a conocer y cuáles no, ya que al hacerlo se les estaría negando la racionalidad, autonomía y libertad que supuestamente el ordenamiento les reconoce. En “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico; el problema de la apología del terrorismo”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. p. 41.

Podría tratar de responderse a esta pregunta señalando que, en realidad, dichos temores resultan exagerados, por cuanto el referido delito no castiga simplemente la enseñanza o transmisión de ideas, postulados o doctrinas sostenidos o apoyados por los terroristas, por muy radicales que puedan ser, sino solo las de aquellas que resulten idóneas, en el caso concreto, para poder incitar a sus destinatarios a cometer delitos terroristas en general.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, esta posible interpretación se enfrentaría a un claro y grave problema, ya que, al castigarse en esta figura, como hemos visto, la mera transmisión de determinadas ideas o doctrinas que ni tienen que contener una manifiesta y expresa incitación a cometer delitos terroristas (puede ser tácita o implícita), ni tienen que resultar adecuadas desde un punto de vista *ex ante* para instigar a sus posibles receptores a cometer un concreto y previsible delito de dicha naturaleza (pueden inducir a cometerlos de forma genérica), se desdibujan hasta tal punto los referentes conforme a los que se debería valorar la idoneidad incitadora que las ideas o informaciones típicamente relevantes y, por tanto, prohibidas por este delito, que se hace realmente difícil el determinar cuáles de entre las ideas “adoctrinadoras”, al ser difundidas, podrán resultar idóneas para inducir a alguno de sus receptores a cometer algún delito terrorista y cuáles, sin embargo, al no serlo, se mantendrán en el ámbito de la atipicidad.

Así, por ejemplo, ¿afirmar en un debate televisado con gran audiencia que el tratamiento que estaban recibiendo los musulmanes en un determinado conflicto bélico era delictivo y que la comunidad internacional no estaba haciendo nada para impedirlo, como había previamente afirmado y defendido un determinado grupo u organización terrorista que llamaba, precisamente por ello, a la “guerra santa contra los infieles” como represalia, transmitiría una idea “adoctrinadora” y típica de este delito, por ser adecuada o idónea para que alguno de sus numerosos e indeterminados posibles receptores pudiese decidirse a incorporarse a dicha guerra cometiendo un atentado terrorista de cualquiera naturaleza o, simplemente, integrándose o colaborando con la referida organización o grupo?

Como se puede comprobar, no es fácil responder con la suficiente contundencia y seguridad a dicha cuestión y esto muy previsiblemente llevará a que muchos ciudadanos se abstengan de manifestarse en favor de cualquiera de los postulados que defiendan los terroristas, por si acaso la difusión de su postura se pudiese llegar a considerar como peligrosa y, por tanto, típica de este delito y ello pudiese llevarles a sufrir alguna clase de responsabilidad penal, provocándose así un efecto de desaliento, (*Chilling Effect*), en los ciudadanos respecto a la posible realización por su parte de actos legítimos de ejercicio de su libertad de expresión que determinará una cuestionable y, a nuestro modo de ver, desproporcionada limitación de dicha libertad fundamental, lo que resulta ciertamente difícil de admitir en un Estado democrático de Derecho que realmente pueda ser tenido por tal.

Si a esto se añade que además, el apartado 3 del referido art. 577 CP prevé incluso el castigo de las comentadas y controvertidas conductas adoctrinadoras cuando se efectúen por imprudencia, esto es, por ejemplo, por un sujeto que ni siquiera fuese consciente de la peligrosidad del mensaje que estaba transmitiendo, sino que lo difundiese por no haberlo considerado peligroso pese a serlo, no quedará más remedio que entender que nuestro legislador ha ido demasiado lejos en su empeño de luchar contra el discurso del odio *yihadista*, ya que al crear este delito dirige una prohibición penal a los ciudadanos que previsiblemente les llevará a no difundir ninguna de las ideas sostenidas por los terroristas, aunque no las consideren peligrosas, ante el simple temor de poder equivocarse en dicha valoración y que ello les pudiese llevar a ser sancionados penalmente.

Habría que considerar, por tanto, que el delito de adoctrinamiento activo del art. 577 CP, cuando castiga al transmisión de doctrinas simplemente idóneas para generar la comisión de cualquier delito terrorista sin más, desalienta a los ciudadanos del realizar actos legítimos de ejercicio del derecho a su libertad de expresión, con lo que limita de forma desproporcionada dicho derecho fundamental y se convierte en un delito manifiestamente inconstitucional.

Ahora bien, el arsenal punitivo de nuestro ordenamiento frente al discurso del odio terrorista no acaba con esta controvertida figura.

Ya antes de la irrupción del terrorismo *yihadista* y de la ampliación de instrumentos penales específicamente dirigidos a perseguir y castigar la difusión del discurso del odio que le es propio, nuestro Código penal contemplaba algunos instrumentos que servían y trataban de luchar contra la difusión de determinadas ideas y mensajes que apoyaban o sustentaban la realización de actos propios de lo que hemos denominado como “terrorismo tradicional” y que, evidentemente, también pueden ser y han sido utilizados contra el discurso propio del terrorismo *yihadista*. Se trata de los delitos de enaltecimiento o justificación del terrorismo y del de humillación a las víctimas contenidos en el art. 578 CP; unos delitos estos cuya persecución y sanción judicial parecen estar viviendo en los últimos tiempos una especie de “edad de oro” en nuestro país, lo que ha llevado a centrar nuestra atención en su estudio.

## 4 El delito de enaltecimiento del terrorismo y su cuestionada fundamentación

Antes de la reforma realizada por la LO 7/2000 se solía considerar que los actos de justificación y enaltecimiento del terrorismo de los terroristas solo podían ser castigados cuando supusiesen la realización de un acto de apología de los que hablaba y aún hoy habla el art. 18 de nuestro Código penal, lo que suponía que solo se pudiesen sancionar los actos enaltecedores o justificadores que estuviesen expresa y directamente dirigidos a promover la comisión de un concreto y determinado delito terrorista<sup>14</sup>.

Sin embargo, la entrada en vigor de la referida Ley Orgánica supuso una auténtica revolución respecto a la posible calificación penal de estas conductas, ya que introdujo en nuestro ordenamiento el en aquel entonces novedoso delito contenido en el art. 578 CP que castigaba de forma expresa tanto la mera conducta de enaltecer o justificar públicamente los actos delictivos propios de esta forma de criminalidad o a quienes los realizaban, como la de humillar o menospreciar a sus víctimas, afirmándose en la propia Exposición de Motivos de la comentada Ley Orgánica, que la expresa sanción penal de tales actuaciones se fundamentaba en que su realización constituía “...no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas”.

Pese al cambio legislativo producido, fueron muchos los que continuaron defendiendo que este delito seguía sancionando tan solo aquellas conductas enaltecedoras o justificadoras o humillantes de las víctimas que resultasen apologéticas del terrorismo y, por tanto, constitutivas de actos de provocación y directamente incitadores de la comisión de concretos delitos de dicha naturaleza<sup>15</sup>. Otros, sin embargo, y de forma más correcta, a nuestro modo de ver, afirmaban que dicha posible interpretación se acomodaba mal con el nuevo tenor literal de este delito, ya que resultaba obvio y patente que ninguno de los elementos configuradores de su tipo de injusto obligaba a limitar su posible campo de aplicación a aquellos supuestos en los que hubiese un acto de incitación expresa ni directa a la comisión de uno de dichos ataques<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Sobre esta situación, véase lo comentado, por ejemplo, por CARBONELL MATEU, J. C. “Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado”, en Comentarios a la legislación penal, Tomo II: El Derecho penal del Estado democrático, Ed. Edersa Madrid, 1983, p. 245 o por MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, cit. ant. p. 789.

<sup>15</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas* cit. ant. p.170.

<sup>16</sup> En este sentido, señalaba CARBONELL MATEU, J. C. que “...El “nuevo” delito de enaltecimiento —primera parte de la alternativa— no es otra cosa que la reintroducción de la apología del terrorismo, desprovista de los atributos propios de los actos preparatorios; pues ya no exige incitación, ni directa ni indirecta, a la comisión de futuros delitos de terrorismo; al menos, no lo hace literalmente”, en “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas “más allá de la provocación y la injuria””, en *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 342; mientras CAMPO MORENO, J. C., citando la STS nº 481/2014 de 3 de junio, afirmaba que la apología del art. 18 CP exige la invitación directa a cometer un delito concreto, el enal-



En efecto, el tenor literal del delito del art. 578 CP en modo alguno alude o exige que los actos de enaltecimiento, justificación o humillación de los que habla tengan que estar dirigidos a incitar a otros a cometer uno o varios delitos terroristas determinados. Más bien parece que, para poder apreciar este delito, bastaría con que se constataste que se había realizado una conducta que transmitiera alguno de los mensajes de los que dicho precepto habla. Esto es, un mensaje emitido públicamente que ensalce, elogie o alabe actos terroristas previamente cometidos o a quienes los cometieron o uno que humille o menosprecie a sus víctimas, aún cuando éste último no se hubiese difundido públicamente<sup>17</sup>.

El problema de esta última propuesta parecía evidente, sobretodo, en lo que se refería a las modalidades de enaltecimiento o justificación del terrorismo o de los terroristas, ya que si se interpreta este delito de forma que castigue penalmente la mera realización de actos comunicativos no expresa y directamente dirigidos a fomentar o a incitar la comisión de delitos terroristas concretos, parece que vendría a prohibir y sancionar la simple emisión y el mantenimiento de muchas de las más habituales manifestaciones o expresiones de apoyo o respaldo de los planteamientos sostenidos por los terroristas, lo que convertiría en penalmente relevantes el mero hecho de comunicar o difundir públicamente tales posturas o ideas, algo que podría entrar en contradicción con el respeto y garantía de las libertades fundamentales de expresión y de opinión de los ciudadanos.

La cuestión entonces estaría en encontrar el modo por cual la prohibición y la sanción penal de la difusión de dichas ideas y opiniones, no directamente apologéticas ni incitadoras de concretos actos terroristas no supondrán una desproporcionada e inconstitucional limitación de unas libertades tan fundamentales para la propia existencia y normal funcionamiento de las sociedades democráticas como las citadas.

Para dar solución a dicho posible problema, quienes negaban el carácter necesariamente apologético de las conductas sancionadas en este delito acudieron rápidamente a la utilización de uno de los mecanismos que los tribunales, tanto nacionales como internacionales, habían considerado como justificadores y legitimadores de la posible prohibición y persecución penal de la emisión de ciertos discursos.

Estamos hablando de la prohibición de lo que se ha venido a denominar como “discursos del odio”.

El punto de partida de la prohibición de esta clase de discursos es la conocida como paradoja de la tolerancia de la que ya hablaba POPPER.

A juicio de este autor, debía tenerse presente que, si bien los Estados democráticos se caracterizan por la tolerancia a la difusión y el mantenimiento de toda clase de ideas, ello no debería hacer olvidar que *“...la tolerancia ilimitada debe conducir a la desaparición de la tolerancia. Si extendemos la tolerancia ilimitada aun a aquellos que son intolerantes; si no nos hallamos preparados para defender una sociedad tolerante contra las tropelías de los intolerantes, el resultado será la destrucción de los tolerantes y, junto como ellos, de la tolerancia. Con este planteamiento no queremos significar, por ejemplo, que siempre debemos impedir la expresión de concepciones filosóficas intolerantes; mientras podamos contrarrestarlas mediante argumentos racionales y mantenerlas en jaque ante la opinión pública, su prohibición sería, por cierto, poco prudente. Pero debemos reclamar el derecho de prohibirlas, si es necesario por la fuerza, pues bien puede suceder que no estén destinadas a imponérsenos en el plano de los argumentos racionales, sino que, por el contrario, comiencen por acusar a todo razonamiento;*

---

tecimiento o justificación del terrorismo del art. 578 CP “constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su naturaleza genérica, sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito concreto”, en *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo*: L.O. 2/2015, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 71; postura coincidente con la sostenida por MANJÓN CABEZA, A. en “Apología del terrorismo”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, p. 580; la de RAMOS VÁZQUEZ, J. A. “Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo”, en *AFCUC*, 12, 2008. 784, MIRA BENAVENT, J. “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional”, en *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 303, ALONSO RIMO, A. “La criminalización de la preparación delictiva través de la Parte Especial del Código penal. Especial referencia a los delitos de terrorismo” *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 232; o MUÑOZ CONDE, F. En *Derecho penal. Parte Especial*, cit. ant. p. 790, entre otros.

<sup>17</sup> BERNAL DEL CASTILLO, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas como formas...” cit. ant. p. 22 y 28.



así, pueden prohibir a sus adeptos, por ejemplo, que presten oídos a los razonamientos racionales, acusándolos de engañosos, y que les enseñan a responder a los argumentos mediante el uso de los puños o las armas”, lo que le llevó a concluir que “... Deberemos reclamar entonces, en nombre de la tolerancia, el derecho a no tolerar a los intolerantes.”<sup>18</sup> (la negrita es nuestra).

Se parte, por tanto, de que las sociedades tolerantes pueden e incluso deben protegerse ante los movimientos e ideas intolerantes prohibiéndolas, para evitar que éstos puedan terminar triunfando y utilicen la tolerancia de las sociedades democráticas precisamente para acabar con ella y, como consecuencia, también con la democracia.

Este argumento, como ya hemos señalado, ha sido utilizado reiteradas ocasiones, tanto por nuestro propio Tribunal Constitucional como por otras cortes internacionales (p. ej. TEDH) para considerar como legítimas limitaciones y prohibiciones de determinados discursos intolerantes o generadores del odio hacia ciertos colectivos, como sucedió, por ejemplo, con los justificadores del holocausto judío en la segunda guerra mundial o aquellos que respaldaban y respaldan movimientos tan peligrosos e intolerantes como los defendidos en su día por los nazis en países como Alemania<sup>19</sup>. No puede sorprender entonces que este concepto fuese rápidamente traído a colación en respaldo de la posible legitimidad de la prohibición del mantenimiento y defensa públicas de determinadas posiciones e ideas, como las sostenidas por los terroristas; ideas éstas que, como vimos, tratan precisamente de fomentar la intolerancia y generar o de apoyar un clima de odio y rechazo hacia aquellos a los que se califica y considera como “enemigos” o infieles a los que hay que exterminar o de los que se hay que vengar por los supuestos daños que han contribuido a ocasionar.

De esta forma y a juicio de los defensores de esta propuesta, el delito de enaltecimiento y justificación terrorista no castigaría ya actuaciones apoloéticas o incitadoras de actos terroristas, sino la mera difusión de informaciones intolerantes que, al legitimar y alabar a la violencia intolerante y a quienes la ejercen resultan idóneas para contribuir a generar o mantener un entorno social (un clima) de hostilidad odio u aversión hacia determinados colectivos o instituciones, que podría llevar a que quienes vivan en dicho clima se puedan decidir a realizar cualquier clase de delito terrorista contra sus integrantes.

Ahora bien, y como ya hemos visto, el art. 578 CP no contempla un único delito, sino dos. Por una parte, estaría el delito de enaltecimiento o justificación pública del terrorismo del que acabamos de hablar y, por otra, el de humillación o menosprecio de sus víctimas.

Podría pensarse que el hecho de que esté último delito (el de humillación) aluda y sancione conductas que denigran o menosprecian a las víctimas de terrorismo o a sus familiares<sup>20</sup> daría ya razón de la legitimidad de su existencia, ya que, al prohibir y castigar mensajes que atacarían al honor o a la integridad moral de los integrantes de dichos colectivos, difícilmente se podrían entender que estableciese una prohibición que restringiese o afectase en modo indebido al ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión.

Sin embargo, no tardó demasiado la doctrina en señalar que, en realidad, esta figura no tenía por finalidad la de proteger tales valores individuales o, por lo menos, no la tenía de forma exclusiva. Así se deducía del hecho de que la comentada figura castigue al autor de tales conductas denigrantes con total independencia de que el sujeto o los sujetos supuestamente afectados por su realización hubiesen fallecido con anterioridad a su comisión, de que se hubiesen sentido ofendidos o no por las manifestaciones realizadas, de que hubiesen denunciado su difusión o no, o de que incluso hubiesen perdonado expresamente a aquellos que la efectuaron<sup>21</sup>. Mantener en estas condiciones que lo castigado por este delito era simplemente la ejecución de

<sup>18</sup> POPPER, K. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Ed. Paidós, Barcelona, 2006, Nota al pie 4 del capítulo 7, en p. 585.

<sup>19</sup> Sobre este tema, resulta interesante la lectura de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Libertad de expresión, discurso extremo y Delito. Una aproximación desde la constitución a las fronteras del derecho penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 116 y ss, o de ALCACER GUIRAO, R. En “Opiniones constitucionales”, Indret, 1/2018, p. 2 y ss.

<sup>20</sup> CARBONELL MATEU, J. C. crítica, acertadamente a nuestro modo de ver, que en este tipo se aluda a los familiares de las víctimas en general que sin delimitar adecuadamente el ámbito o extensión de dicho parentesco. En “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: ...” *cit. ant.* p. 343.

<sup>21</sup> MIRA BENAVENT, J. *Op. cit. ant.* p. 306.

una forma agravada o cualificada de injuria que atacaba al honor individual de las víctimas del terrorismo o sus familiares y que esto, por sí solo, era lo que justificaba la existencia y legitimidad de este delito resultaba realmente difícil, por no decir, imposible<sup>22</sup>

El carácter individualmente indisponible de la persecución y castigo penal de este tipo de actuaciones por parte de sus aparentes víctimas directas ponía de manifiesto que su injusto trascendía, en realidad, al mero interés personal de dichos individuos<sup>23</sup> y presentaba un componente más supraindividual o social, cuya persecución y castigo, evidentemente, no podía quedar, ni quedaba en manos individuales. Un componente que, de hecho, parecía estar muy relacionado con el peligroso discurso odio terrorista que pone en peligro a toda la sociedad democrática y que, precisamente por ello, obliga al legislador tener que tratar de erradicarlo, aún cuando no fuese perseguido por sus víctimas directas. Se entendía entonces, que los actos de humillación a las víctimas del terrorismo se diferenciaba de los delitos de injurias, precisamente, porque venía a castigar una parte de aquel discurso que trata, por un lado, de ensalzar a los verdugos, justificando y alabando sus conductas o convirtiéndolos en una suerte de héroes plenos de virtudes, a los que se debe imitar, mientras que, por otro y simultáneamente, denigra y humilla a las víctimas, con el fin de transformarlas en meras cosas, carentes de cualquier valor, en “perros infieles” a los que es legítimo y necesario exterminar.

Lo cierto y verdad es que la consideración de todos los mensajes prohibidos por el delito ahora analizado como manifestaciones del discurso intolerante o del odio terrorista en modo alguno acabó con la polémica que rodeaba a la legitimidad de dicha figura.

Ésta continuó y, de hecho, continúa siendo cuestionada por muchos, ya que no son pocos los que entienden que la escasa lesividad que en muchas ocasiones presentan las conductas que este precepto penal venía a prohibir y sancionar, una vez que se afirma que ni siquiera tienen que ser incitadoras directas o indirectas de la comisión de delitos, no justifica la limitación de derechos que su castigo y persecución penal vendría a ocasionar<sup>24</sup>, ni tampoco da razón del especial tratamiento que otorga a las conductas de humillación a las víctimas frente a la que se establece para las actuaciones que son sancionadas por los delitos generales de injurias<sup>25</sup>.

Si a ello se le une la existencia de los muy numerosos y controvertidos instrumentos penales que, como hemos visto, se han ido creando para luchar contra la difusión de las ideas terroristas, no puede sorprender que se haya afirmado que nuestro legislador ha introducido en nuestro ordenamiento una “...*preocupante batería de posibilidades de intervención del aparato de persecución penal abierta por los delitos de manifestación*” que vulneraría “...*lo que la Constitución de un Estado de Derecho permite*”, llegando incluso a afirmarse, en esta misma línea de pensamiento, que en conjunto parecía que lo que el legislador pretendía al crear todas estas figuras era criminalizar a todo tipo de simpatizantes o supuestos simpatizantes de los terroristas<sup>26</sup>, para lo cual, como señalaba GARCÍA ALBERO, el legislador español ya solo le tenía que franquear un último límite “...*Un límite a*

<sup>22</sup> En tal sentido, señala CARBONELL MATEU, J. C. que “...*Habría que preguntarse, con todo, si el precepto no va bastante más allá de la injuria y considera, por tanto, la quiebra de intereses distintos al honor. Sólo eso explicaría que estemos ante un delito perseguible de oficio y no a instancia de parte, en el que el perdón o la absoluta indiferencia del presumiblemente ofendido no juegan papel alguno.*”, lo que poco después le lleva a afirmar que “...*Descartados el honor y el riesgo de comisión de actos terroristas, sólo los sentimientos de repulsa ante conductas muchas veces repugnantes parecen explicar la introducción de esta variante en el artículo 578*”. En “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: ...” *cit. ant.* p. 344.

<sup>23</sup> En esta línea, ha de destacarse que tampoco compartimos la postura mantenida por MIRÓ LLINARES, F, quien se manifestaba en favor de entender que este delito afectaba “*al honor o dignidad del colectivo de víctimas del terrorismo y de la propia sociedad*”. “Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión”, *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2017, p. 40, ya que ni creemos que el tipo delictivo analizado exija que sus conductas típicas presenten una idoneidad lesiva tan amplia para poder ser tenidas como tales, ni el referido autor explica en qué modo el mero acto de humillación de una víctima en concreto de un determinado delito terrorista que el art. 578 CP castiga, puede afectar a la dignidad o el honor del resto de víctimas que componen dicho colectivo ni menos aún del conjunto de la sociedad.

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, CARBONELL MATEU, J. C. En “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: ...” *cit. ant.* p. 353.

<sup>25</sup> MIRA BENAVENT, J. *Op. cit.* ant. p. 317.

<sup>26</sup> CANCIO MELIA, M. “Delitos de terrorismo (arts. 571, 572, 574, 576, 576 bis y 579)”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 530 y 531.

trazar de acuerdo con principio rector que podría ser enunciado de esta guisa “o estás contra el terrorismo o formas parte de él”<sup>27</sup>.

La polémica estaba servida y se vio acrecentada por el incesante incremento del número de procedimientos judiciales abiertos en relación con la posible comisión de los delitos contemplados en el art. 578 CP desde su aprobación y entrada en vigor<sup>28</sup>. Unos procedimientos que han sido muy publicitados por los medios de comunicación, entre otras razones, porque en muchos supuestos han estado referidos a conductas tan aparentemente inofensivas que su persecución penal ha sido vista con cierto asombro, cuando no como algo incluso “pintoresco” (como sucedió, por ejemplo, con el procesamiento abierto respecto al conocido caso de los denominados “titiriteros de ETA”<sup>29</sup>), lo que, sin embargo, no ha impedido que en algunos de dichos procesos hayan terminado llevando, por desgracia y como parecía irremediable, a la emisión de alguna cuestionada, cuestionable y desgraciadamente celebre sentencia condenatoria para quienes tuvieron la desgracia de verse envueltos en los mismos.

Estamos, por tanto, ante un tema abierto y precisamente por ello, toca ahora concretar, con algo más de detenimiento, los difusos límites que definen los discursos prohibidos por esta controvertida figura delictiva. Esto es, la del delito o, mejor dicho, los delitos contemplados en el art. 578 CP, tarea que se ha de acometer para poder adoptar postura respecto a la posible compatibilidad de su prohibición penal con el necesario respeto y garantía de los derechos fundamentales protegidos por la constitución y que nos obliga tener que prestar especial atención a la interesante evolución que ha seguido nuestra jurisprudencia precisamente a la hora de tratar de interpretar estos delitos de una forma que resulte acorde con el necesario respecto a los derechos fundamentales de los ciudadanos que su existencia parece poner en tela de juicio.

## 5 La controvertida delimitación de los discursos de odio sancionados por los delitos del art. 578 CP

Resulta imposible analizar ahora con todo detalle todas y cada una de las propuestas realizadas en relación a la interpretación y delimitación de los delitos contemplados en el art. 578 CP tendentes a compatibilizar los amplios contornos de las prohibiciones que le son inherentes con el necesario respeto y garantía del derecho a la libertad de opinión y de expresión de los ciudadanos. Sin embargo, creemos que todas ellas se pueden resumir y agrupar, a grandes rasgos, en dos líneas claramente diferenciadas. Dos tendencias que, además, han encontrado un eco significativo en las distintas resoluciones que han ido emitiendo nuestros tribunales con respecto a la aplicación de estas figuras.

Por una parte, estaría aquella corriente que considera que estos tipos delictivos castigan y persiguen

<sup>27</sup> GARCÍA ALBERO, R. “La reforma de los delitos de terrorismo”, en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2010, p. 371.

<sup>28</sup> MIRA BENAVENT, J. quien señala que la amplitud del tipo analizado y la tendencia jurisprudencial a no interpretarlo de forma restrictiva, han llevado a que no se aplique ya exclusivamente a los entornos de apoyo ideológico directo al terrorismo, sino también a personas que nade tienen que ver con dichos entornos no con las organizaciones o grupos terroristas, lo que ha determinado que el número de procedimientos abiertos por este delito por la AN se hayan cuadruplicado en menos de un año. *Op. cit.* ant. p. 320; mientras que MIRÓ LLINARES, F. indica como posible causa del notablemente el número de procedimientos relativos este delito la popularización del uso de Twitter, *Op. cit.* ant. p. 25, en nota al pie 14.

<sup>29</sup> El caso enjuiciaba la conducta de unos titiriteros que representaron en Madrid una obra titulada “la bruja y San Cristobal”, en la que, entre otras cosas, se representaba el ahorcamiento de un juez, mientras que a otro de los personajes (la bruja), víctima de un apaleamiento policial, la policía le colocaba una pancarta en la que se podía leer “Gora ALKA-ETA”, con el fin de justificar su maltrato. Este supuesto de hecho que fue inicialmente investigado por poder constituir un supuesto de enaltecimiento terroristas, fue finamente sobreesido mediante auto de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2016, pues consideró que el uso de dicha pancarta no se realizó con el ánimo de enaltecer o alabar la conducta de las organizaciones criminales a las que hacía referencia (ETA y AL QAEDA), lo que llevaba a que no se pudiese apreciar el dolo del delito del art. 578 CP. Muy crítico con la persecución de estas conductas; se muestra PORTILLA CONTRERAS, G. quien la consideró “...uno de los mayores ataques a libertad de expresión que se recuerdan en España”, en “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Ed. Marcial Pons. Madrid, 2017, p. 88.

determinados discursos intolerantes o de odio que generan un sentimiento de repulsa o rechazo social mayoritario y que, por ello, dan lugar a una sensación general de inseguridad colectiva que afecta a un bien jurídico instrumental y de titularidad colectiva como es la “paz pública”, lo que convertirá a este valor en el verdadero bien jurídico protegido por estas figuras. Por otra y en clara contraposición con la anterior, se encontraría aquella línea de pensamiento que defiende que estos delitos solo será legítimos y se podrán aplicar en la medida en que se limiten a sancionar la difusión de aquellos discursos que actúen como idóneos instrumentos favorecedores o incitadores de la comisión general de futuros, aunque todavía no definidos ni concretados, actos terroristas por parte de sus posibles receptores, lo que convertiría a estas figuras en delitos que no castigarían los discursos enaltecedores, justificadores o humillantes de los que habla por el mero hecho de que fuesen rechazados o generasen un sentimiento de repulsa o inseguridad en la sociedad en general, sino porque actuarían como peligrosos instrumentos de incitación indirecta de ataques terroristas a una amplia y variada gama de posibles bienes jurídicos<sup>30</sup>.

Las repercusiones prácticas de sostener una u otra postura son evidentes.

La primera determinaría que nos encontrásemos ante delitos de conducta que sancionarían la emisión de determinados mensajes que no son realmente lesivos de bienes jurídicos individuales, sino que se prohíben y condenan por representar una ofensa y una lesión de los sentimientos o a la moral colectiva y de los valores más básicos de las sociedades democráticas (la tolerancia, la igualdad, etc...), con lo que su emisión resultaría siempre radicalmente ilegítima y podría ser, por ello, legítimamente prohibida y sancionada incluso mediante la utilización del Derecho penal<sup>31</sup>. La segunda, por su parte, mantiene que los mensajes de justificación o alabanza del terrorismo y de los terroristas o los de humillación o desprecio a sus víctimas, por muy despreciables que puedan parecer a la mayor parte de la sociedad, no podrían ser prohibidos ni castigados penalmente en tanto en cuanto no se constate que resultaban idóneos para provocar la futura comisión de delitos contra terceros, ya que solo así se apreciará aquella lesividad que legitimaría la prohibición y sanción penales de su difusión y la consecuente limitación del derecho fundamental a la libertad de expresión que éstas acarrearían<sup>32</sup>.

Ambas posturas, como se puede comprobar, aparecen claramente enfrentadas y ambas, como ya hemos adelantado, han ido encontrado eco en las diferentes resoluciones emitidas por nuestros Tribunales con relación al delito comentado. Unas resoluciones que, de hecho, se pueden agrupar, a nuestro modo de ver, en dos periodos temporales claramente diferenciados cada uno de los cuales responde, precisamente, al mantenimiento jurisprudencial mayoritario de una u otra postura y que quedan claramente separados por la emisión de la, como veremos, decisiva sentencia 112/2016, de 20 de junio de nuestro Tribunal Constitucional<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Sobre las diferentes propuestas realizadas a la hora de definir los delitos de odio y de justificar su legitimidad, véase, FUENTES OSORIO, J. L. “Concepto de “odio y sus consecuencias penales”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2017, p. 133 y ss.

<sup>31</sup> En esta línea, por ejemplo, MIRÓ LLINARES, F. quien señala que estos delitos no criminalizan la causación de un daño, ni siquiera remoto a bienes jurídicos individuales, sino ofensas a la moral colectiva. *Op. cit. ant.* p. 38 y 42.

<sup>32</sup> En relación a esta posible interpretación y a los motivos que llevan a sus defensores a mantenerla, véase, por ejemplo, lo comentado a este respecto por MIRA BENAVENT, J. quien, entre otras cosas, aludía a lo establecido por la Directiva 2017/541, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, y en concreto a su considerando nº 10 como fuente de respaldo de la necesidad de exigir que los actos castigados por estos delitos deban generar el peligro de posible comisión de otros actos terroristas, dado que de lo contrario esta figura se convertiría en un mero delito de opinión y por ello sería manifiestamente inconstitucional. *Op. cit. ant.* p. 317 y 318.

<sup>33</sup> Evidentemente, resulta imposible analizar en estas páginas con detalle toda la numerosa y controvertida jurisprudencia emitida por nuestros tribunales con respecto a esta figura, por lo que nos hemos decidido a agruparlas seleccionando tan solo algunas de las más recientes y que, a nuestro modo de ver, han tenido mayor repercusión. Para una visión más exhaustiva de la evolución jurisprudencial y de las diferentes opiniones adoptadas por nuestro tribunales a lo largo del tiempo con respecto a este delito, véase, por ejemplo, ALONSO RIMO, A. “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, en RDPC, nº 4, 2010, p. 39 y ss; CUERDA ARNAU, M. L. “Terrorismo y libertades políticas”, disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/61388140.pdf> (últ. vis. 18-9-2018) p. 33 y ss; BERNAL DEL CASTILLO, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas...” *cit. ant.* p. 20 y ss o MIRÓ LLINARES, F. *Op. cit. ant.* p. 32 y ss, entre otros.



Veamos a continuación ambos periodos y los efectos que ha tenido la evolución jurisprudencial producida en la aplicación del delito que nos ocupa.

## 5.1 El discurso del odio terrorista como discurso contra los sentimientos generales

Durante el primero de los periodos de los que hablamos en el epígrafe precedente, nuestra jurisprudencia se decantó claramente por mantener la primera de las posturas allí comentadas, dando lugar a un sinnúmero de muy comentadas y criticadas sentencias.

Entre ellas, alcanzaron especial repercusión social las referidas a los casos de Cesar Strawberry (STS 4/2017, de 18 de enero) y de Cassandra Vera (STAN 9/2017, de 23 de marzo).

En la primera de las referidas sentencias, el Tribunal Supremo enjuició el recurso de casación planteado frente a la sentencia absolutoria por delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas emitida por la Audiencia Nacional<sup>34</sup> respecto a las actividades que había realizado el rapero Cesar Strawberry, -miembro, entre otros, del conocido grupo Def con dos-, quien había publicado en su cuenta de Twitter, entre otros, comentarios como *“el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO”, “a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora”* o *“Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco”*.

El Tribunal Supremo comenzó su sentencia relativa a este caso afirmando *“...hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso”*; realizando a continuación una afirmación que no por obvia, debe ser menospreciada al señalar que *“...El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia.”*

De hecho, y, en esa misma línea, también apuntó que *“Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo.”*

Sin embargo, y tras este esperanzador comienzo, la sentencia ahora comentada, aludiendo a varios precedentes judiciales y, entre ellos, a sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos, (p. ej. SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek vs Turquía*, 4 de diciembre de 2003, *Müslüm vs Turquía*), referidas a la legitimidad de la posible proscripción y sanción del discurso del odio y la compatibilidad de dicho castigo con el necesario respeto al derecho a libertad de expresión de los Estados democráticos, pasó a afirmar *“...que la libertad ideológica o de expresión no pueden ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación”*, ya que afirmaciones como las realizadas por el acusado, a juicio del Alto Tribunal *“...alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano”*.

Todo ello llevó a nuestro Tribunal Supremo a afirmar que las manifestaciones realizadas por Cesar Strawberry no estaban amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión, con lo que podían ser legítimamente castigadas por el Derecho penal, conforme a lo establecido en el delito del art. 578 CP; delito en cuyo tipo objetivo eran perfectamente subsumibles y cuyo tipo subjetivo en modo alguno exigía la existencia de una especial finalidad de apoyo al terrorismo o de humillación a sus víctimas en su autor para poder castigarle por su realización, sino simplemente que tuviese consciencia de que el acto que realizaba era objetivamente enaltecedor o humillante, por lo que, contra el criterio inicialmente absolutorio mantenido sentencia de la Audiencia Nacional, la Sala del Supremo terminó condenando a César Strawberry a una pena de 1 año de prisión, con 6 años y 6 meses de inhabilitación absoluta por la comisión del referido delito.

Como se puede comprobar, en ningún momento de la sentencia se exigió para apreciar este delito que el

<sup>34</sup> STAN 20/2016, de 18 de julio.



mensaje que se tratase de subsumir en el mismo presentase alguna idoneidad incitadora para fundamentar el castigo que dicha figura preveía por su emisión. La resolución se limitó a encajar el discurso emitido por el acusado en el discurso del odio del que hablaba el tipo (el enaltecedor o justificador del terrorismo o el humillante para las víctimas), para a reglón seguido afirmar que con que el sujeto que lo emitiese conociese que el mensaje que transmitía presentaba dichos caracteres se le podría y debería castigar por la comisión del delito del art. 578 de nuestro Código penal.

Con ello, el Tribunal Supremo adoptó una postura claramente favorable a entender que este delito, cuando menos en su modalidad de humillación a las víctimas, castigaba, como expresamente reconocía, aquel discurso del odio “...que erosiona los valores esenciales de la convivencia” y no necesaria y exclusivamente el “...que incita a la comisión de delitos”, en lo que suponía un evidente respaldo a la primera de las líneas interpretativas anteriormente comentadas referidas a este delito.

Algo parecido sucedió en el caso de la sentencia de la Audiencia Nacional 9/2017, de 23 de marzo, emitida en el denominado caso “Casandra”. La acusada en este procedimiento publicó en su cuenta de Twitter comentarios supuestamente jocosos referidos al asesinato en los años setenta, a manos de ETA del Almirante Carrero Blanco, quien en el momento del atentado era presidente del gobierno franquista. Así, por ejemplo, se podían ver en su cuenta de dicha red social frases referidas a dicho atentado como “ETA impulsó una política contra los coches oficiales combinada con un programa espacial”, “Kissinger le regaló a Carrero un trozo de la luna, ETA le pagó el viaje a ella”, “¿Carrero también regresó al futuro con su coche?”, junto a otros contenidos como la imagen de un astronauta con la cara del Almirante, en lo que parecía ser la superficie lunar con la bandera de España de la dictadura, escudo preconstitucional con águila incluida, a lo que añadió siguiente la expresión: “20D”, fecha del atentado que éste sufrió.

La sentencia de la Audiencia Nacional partió de señalar que la propia Exposición de Motivos de la LO 7/2000 que introdujo el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas señalaba, como ya vimos, que su creación vendría a castigar los actos denigratorios de estas últimas por “...la perplejidad e indignación que generaban en la sociedad”, circunstancia ésta que fue, a juicio del Tribunal, la que precisamente llevó al legislador a dar a dicha clase de manifestaciones de discurso del odio, que socavan las bases de la convivencia y humillaban a las víctimas, el tratamiento específico que le otorgaba el art. 578 CP. Este delito, por ello y según afirmaba la comentada sentencia, castigará todos los actos de humillación de las víctimas, ya que tales actos nunca podrían estar amparados por el derecho a la libertad de expresión, sin que se necesite para castigarlos que los mensajes humillantes de los que habla se difundan con finalidad específica alguna, sino simplemente con la consciencia de que su contenido podía humillar o vejar a dichos sujetos, con lo que resultaba del todo irrelevante que en el caso enjuiciado se hubiesen difundido con finalidad humorística o jocosa y no con la de humillar a nadie o la de respaldar o no al terrorismo.

La cercanía de la argumentación mantenida por la Audiencia Nacional con la de la sentencia anteriormente comentada del Tribunal Supremo y, por tanto, también con la primera de las líneas interpretativas referidas al art. 578 CP resulta evidente, por lo que no puede sorprender que esta resolución concluyese, de forma similar a como lo hacía aquélla, condenando a la acusada a una pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de un año, e inhabilitación absoluta durante siete años.

Sin embargo, y como ya dijimos no ha sido ésta la única línea interpretativa que ha encontrado respaldo por parte de nuestros tribunales. También la otra propuesta interpretadora referida al 578 CP ha tenido eco en nuestra jurisprudencia, sobretudo, tras la emisión por parte de nuestro Tribunal Constitucional de la, a nuestro modo de ver decisiva, Sentencia 112/2016, de 20 de junio<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> En tal sentido, destaca ALCACER GUIRAO, R. que dicha sentencia fue, precisamente, la primera en que el TC abordó la cuestionada constitucionalidad del delito de enaltecimiento del terrorismo, en Op. cit. ant. p. 2; aunque bien es cierto que dicho Tribunal ya había tenido ocasión de manifestarse en una ocasión anterior con respecto a este delito. En concreto, lo hizo en el Auto

## 5.2 El discurso del odio terrorista como discurso incitador de delitos

En la sentencia anteriormente citada de nuestro Tribunal Constitucional (la 112/2016, de 20 de junio), se analizaba el recurso de amparo interpuesto por Tasio Erkizia Almandoz contra la condena por delito de enaltecimiento del terrorismo que se le había impuesto por haber participado como orador principal en un acto público de homenaje que se había realizado en Arrigorriaga (Vizcaya) en recuerdo del conocido dirigente de ETA, José Miguel Beñaran Ordeñana, alias ‘Argala’, quien había sido asesinado treinta años antes en Angilu (Francia) por miembros del denominado Batallón Vasco Español.

En dicho acto, presidido por una foto del terrorista homenajeado ante la cual bailaron dantzaris’ que ejecutaron una ‘Ezpatadantza’ o danza de espadas, (baile de conmemoración y rendición de honores en el que los bailarines saludan con espadas de forma similar a la presentación de armas de los actos militares), el acusado, tras depositar flores ante la referida foto, dio un discurso de cierre en el que, tras pedir que se hiciese *“una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático”* concluyó lanzado gritos de *“¡Gora Euskal Herria askatuta’, ‘Gora Euskal Herria euskalduna’ y ‘Gora Argala.’ –¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala. !, gritos que fueron respondidos por el público”*

Dicha actuación fue considerada por la Audiencia Nacional como constitutiva de un delito de enaltecimiento del terrorismo, postura que fue posteriormente refrendada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 180/2012, de 14 de marzo, en la que, tras afirmarse la legitimidad constitucional del delito del art. 578 CP, precisamente, por considerarse que venía a castigar una forma del discurso del odio, cuya prohibición y sanción penales habían sido consideradas como legítimas por el TEDH y el propio TC español en otros casos, se señalaba que la finalidad de este delito era *“...combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático”*, postura ésta que, como se puede comprobar, fundamenta la condena del acusado, de nuevo, en una interpretación del artículo 578 CP acorde con la ya sostenida en las sentencias que comentamos en el epígrafe anterior.

Frente a ello, nuestro Tribunal Constitucional recordó que el derecho a la libertad de expresión no vale solo para *“...la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población», ya que en nuestro sistema «no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”*. De hecho, afirmaba nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia analizada *“...El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas”*.

Sin embargo, señalaba el máximo intérprete constitucional, continuando con su argumentación, lo anterior no puede, ni debe llevarnos a pensar que la libertad de expresión sea un derecho ilimitado. Dicha libertad, como cualquier otro derecho fundamental, se puede limitar y restringir cuando entre en conflicto con otros derechos e intereses legítimos. El problema entonces estaría en delimitar qué discursos o mensajes, por muy reprochables moral o socialmente que puedan resultar, continuarían estando amparados por dicho

---

4/2008, de 9 de enero, en el que, citando expresamente la sentencia previa 235/2007 del alto Tribunal, se inadmitió el recurso de amparo planteado, por considerar que el castigo del recurrente por un delito de justificación del terrorismo no violaba el derecho fundamental a la libertad de expresión, ya que, al haber afirmado el condenado en un escrito titulado “El Escudo”, que la lucha de los presos terroristas estaba cargada de razón y por ello, éstos resistían los intentos resocializadores que se realizaban en prisión, al tiempo que señalaba que si no se sacaba las manos de Euskal Herria, se terminaría por perderlas, se transmitía un mensaje justificador de las conductas terroristas y amenazante que incitaba indirectamente a volver a cometerlas, algo que, como había señalado, la STS 235/2007, no quedaría amparado por el referido derecho fundamental.

derecho fundamental y cuáles, por el contrario, supondrían tal ataque a otros valores legítimos que serán susceptibles de ser prohibidos e sancionados por el legislador incluso mediante el uso del Derecho penal<sup>36</sup>.

Precisamente, para responder a esta cuestión nuestro Tribunal Constitucional acudió a la argumentación que ya había empleado en una sentencia previa referida a la posible legitimidad del castigo de ciertos discursos calificados como “de odio”. En concreto, a lo que ya había manifestado en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, relativa al delito de negación y justificación del genocidio, donde afirmó que lo que legitimaría la prohibición y sanción de los discursos de los que dicho delito hablaba era, precisamente, que tales expresiones podían generar un clima hostil contra determinados colectivos que actuaría como instrumento de promoción o incitación indirecta de la comisión del delito que justificaban o negaban, (el genocidio), contra sus integrantes. De este modo, habrá que pasar a considerar a esta figura como un ejemplo de lo que se ha venido a denominar como “delitos de clima”; unos delitos que castigan una modalidad de incitación indirecta de tal delito, incitación que, sin embargo y a juicio del TC, no se podría apreciar ni siquiera de forma implícita en los discursos meramente negacionistas que prohibía, lo que fundamentó que se calificase a la prohibición penal de esta última clase de discursos de inconstitucional<sup>37</sup>.

Trasladando dichas premisas al delito del art. 578 CP, afirmó nuestro Tribunal Constitucional, en su ya citada STC 112/2016, que, para que los mensajes de los hablan las figuras contempladas en dicho precepto puedan ser considerados como formas específicas del discurso del odio no amparados por el derecho a la libertad de expresión será necesario que con su emisión se aprecie “...una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”, ya que ello sería una condición necesaria para que su

<sup>36</sup> ROLLNER LIERN, G. destaca, precisamente en relación a este tema, la, a su modo de ver, contradictoria argumentación mantenida por el Tribunal constitucional a la hora de analizar el conflicto que genera la prohibición del discurso del odio con la libertad de expresión, ya que, si bien en algunas ocasiones el TC parece considerar dicha clase de discursos como abusos y usos ilegítimos de la libertad de expresión, lo que legitimaría la proporcionada restricción de ésta libertad que ocasionaría su prohibición y castigo, en otras, parece entender tales discursos como completamente ajenos al ámbito de protección de la libertad de expresión, en “El discurso del odio y los límites de a libertad de expresión: de “la zona intermedia” a los estándares internacionales”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2017, p. 257 y 258; postura que, a nuestro juicio, incurre en un equivoco, ya que, en realidad, lo que hace el TC en esta sentencia no es analizar si la prohibición del discurso de odio limita desproporcionadamente la libertad de expresión de los ciudadanos, algo que ya había afirmado en repetidas sentencias anteriores y había sido previamente ratificado por los Tribunales internacionales como el TEDH, sino definir y delimitar qué clase de discurso de apoyo terrorista puede ser considerado como “de odio”, abriéndose así las puertas a su posible persecución penal por no poder entenderse amparada su difusión por la libertad de expresión. Dicho en otros términos, nuestro máximo intérprete constitucional no analiza la cuestión relativa a la posible proporcionalidad de la prohibición de los discursos de odio, porque ya la había afirmado anteriormente. Lo que analiza es si y en qué medida los concretos mensajes prohibidos por el delito del art. 578 CP pueden ser considerados como manifestaciones de discursos de odio y por ello pueden ser castigados penalmente, ya que, de lo contrario, esto es, si no lo fuesen, por muy desagradables que nos pudieran parecer estarían amparados por la libertad de expresión y, por tanto, su comunicación o difusión nunca podría constituir delito.

<sup>37</sup> En concreto, se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007, relativa a la constitucionalidad del delito de negacionismo y justificación del genocidio del, en aquel entonces vigente, art. 607 CP; sentencia en la que, si bien se declaró la inconstitucionalidad del castigo del negacionismo como tal, sí que se admitió la compatibilidad con la Carta Magna de aquella parte del comentado delito que castigaba la justificación del delito de genocidio, precisamente porque la manifestación acorde o la valoración positiva de la realización de tan terrible conducta delictiva presenta un elemento tendencial de creación de un clima social de hostilidad que podría incitar indirectamente a una nueva ejecución de tan odioso delito; delimitación que, por ejemplo, a juicio de RAMOS VÁZQUEZ, J. A. podría transponerse al delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo, convirtiéndolo en un delito de clima que indirectamente incitaría a cometer delitos de dicha naturaleza, en *Op. cit.* ant. p. 788 y ss y 799 y ss. Sobre el origen y desarrollo de esta corriente jurisprudencial que hunde sus raíces en la evolución de la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en concreto de la interpretación que dicho Tribunal ha realizado del art. 10 del CEDH en relación con el art. 17 de dicho convenio, para permitir la prohibición de los discursos de odio, véase, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Op. cit.* ant. p. 221 y ss. Sobre el origen dogmático de esta categoría de delitos y su posible aplicación a otros delitos de nuestro Código penal, como el contenido en el art. 510 CP, véase, lo comentado por GÓMEZ MARTÍN, V. “Discurso del odio y principio del hecho” en *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 89 y ss. Crítico, por otra parte, con la delimitación del esta clase de delitos realizada por el TC en la sentencia comentada se manifiesta ALCACER GUIRAO, R., precisamente, por entender que la delimitación que de los mismos hizo la comentada Sentencia como delito de clima ha permitido legitimar la existencia de delitos (como el de injurias a la corona) que realmente poco o nada tienen que ver con el verdadero origen conceptual de dicha categoría destinada a proteger a colectivos vulnerables o discriminados. En *Op. cit.* ant. p. 7 y ss. También crítica con esta sentencia se manifiesta CUERDA ARNAU, M. L. *Op. cit.* ant. p. 33 y ss.

prohibición y sanción penal pueda resultar acorde y ajustada “...para con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática también aparece en el contexto internacional y regional europeo”.

Se decantó así el Tribunal Constitucional por exigir la constatación de la generación de un riesgo de comisión de delitos como consecuencia de la difusión de los mensajes de los que habla el art. 578 CP, para poder tener su castigo y prohibición penales como acordes a nuestra Constitución, en lo que supuso un claro posicionamiento en favor de entender esta figura como un delito de peligro para los intereses individuales de terceros y no como uno que simplemente protegiese los sentimientos colectivos de la sociedad, por muy legítimos y loables que dichos sentimientos pudiesen ser<sup>38</sup>.

Pese a ello, la Sala, (aunque con el voto discrepante del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos<sup>39</sup>), ratificó la sentencia condenatoria del solicitante de amparo, precisamente, por entender que, teniendo en cuenta sus manifestaciones, los medios que se habían empleado para realizarlas y el contexto social en el que las había efectuado, se podía apreciar la presencia de un acto de instigación a la violencia, afirmando en tal sentido que “...incitar supone siempre llevar a cabo una acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmosfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos: fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social. Por consiguiente, es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia.” (la negrita es nuestra).

La incidencia de esta sentencia no tardó en hacerse sentir en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dando lugar un cambio significativo en la línea jurisprudencial que hasta aquel entonces dicho Tribunal había mantenido.

Una de las muestras más evidentes de este cambio de rumbo se produjo precisamente en la Sentencia 95/2018, de 26 de febrero, que emitió el Tribunal Supremo respecto al recurso de casación presentado en el ya comentado caso de Cassandra Vera.

Como vimos, dicho caso versaba sobre la difusión en una conocida red social (Twitter) de mensajes burlescos sobre el asesinato terrorista del Almirante Carrero Blanco, lo que determinó que la autora de la difusión de tales mensajes (Cassandra Vera) fuera condenada por la Audiencia Nacional, en primera instancia, por la realización de un delito del art. 578 CP en su modalidad de humillación de las víctimas del terrorismo.

Lo primero que hizo el Tribunal Supremo en la sentencia referida a este caso, en clara contradicción con la postura que había mantenido en resoluciones anteriores, fue señalar que el Derecho penal no puede castigar ni perseguir comentarios o ideas simplemente porque provoquen la indignación o el rechazo de la mayoría de la sociedad; posicionamiento que contrastaba, como se puede comprobar, con muchos de los que la Sala había mantenido con anterioridad. Justo a continuación y entrando ya en el análisis del caso concretamente enjuiciado, señaló la Sala que debía tenerse en cuenta que las mofas realizadas por la acusada no estaban referidas a la víctima del atentado terrorista como persona, sino a la forma en que dicho atentado

<sup>38</sup> De hecho y en este sentido, se afirma en el Fundamento Jurídico 4 de la citada sentencia que “...el art. 578 —«el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución»— supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.”

<sup>39</sup> En concreto, en su interesante voto, el Juan Antonio Xiol Ríos señalaba que para apreciar delito del art. 578 CP se requería que la conducta realizada, “...más allá del estricto cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos del delito de enaltecimiento del terrorismo, suponga una incitación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista.”; elemento éste último que no apreció en el hecho en cuestión, dado que, en realidad, las afirmaciones realizadas por el acusado estaban más orientadas a fomentar el debate sobre el fin de la violencia que en promoverla, habiendo sido condenado, a su modo de ver, por expresiones que, si bien se habían producido en el acto en que tomó parte, no se pudo demostrar que hubiesen sido efectuadas por él.



se produjo y, además, se referían y burlaban de algo que había “... *tenido lugar hace ya 44 años, tiempo más que suficiente para considerarlo como un suceso histórico cuyo comentario en clave de humor no puede tener la misma transcendencia que un acontecimiento reciente*”.

Partiendo de estas bases y citando expresamente a la STC 112/2016, nuestro Tribunal Supremo afirmó que para que el delito del art. 578 CP pueda castigar legítimamente una expresión humillante de las víctimas o enaltecida del terrorismo “... *requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión*”; exigencia ésta que, por otra parte, el Alto Tribunal consideraba plenamente coherente con lo manifestado en la reciente Directiva europea (UE) 2017/541, relativa a la lucha contra el terrorismo que había venido a sustituir a la anterior Decisión Marco 2002/474/JAI, cuyo considerando 10 señala que “*Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población*”, afirmando, justo a continuación y de forma expresa, que “*Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas.*”, lo que obligaba, según el propio regulador comunitario, a analizar cada uno de esos mensajes teniendo “... *en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional*»” (la negrita es nuestra).

Se decantó de esta forma, el Alto Tribunal, de forma acorde con lo sostenido por el TC con antelación, por interpretar el delito del art. 578 CP como un delito de peligro, cuya realización solo se podrá apreciar cuando los mensajes de los que habla generen un riesgo real de incitar a sus posibles destinatarios a cometer futuros delitos terroristas; elemento éste que no entendió que concurriese en la concreta actuación realizada por Cassandra Vera, lo que le llevó a absolverla del comentado delito, por considerar que la acusada “... *ni dio muestras con su conducta de que estaba pretendiendo incitar a la violencia abusando de un ejercicio ilícito de la libertad de expresión, ni provocaba al odio hacia grupos determinados, ni tampoco se valía de mofarse del atentado contra un expresidente de Gobierno ocurrido hace más de cuarenta años con intención de justificarlo o de incitar a nuevos atentados*”.

Como se puede comprobar el cambio del fundamento delimitador del injusto típico castigado en el delito del art. 578 CP, de uno sustentado en la mera lesión de la paz pública o de los sentimientos generales de la sociedad a otro basado en la presencia o generación de un peligro real de incitación de la comisión de nuevos delitos terroristas, determinó que se hiciese una interpretación restrictiva de los mensajes que podrían llegar a alcanzar relevancia típica conforme al referido precepto, en su modalidad de humillación de las víctimas, y a que se absolviese a una persona que había sido previamente condenada atendiendo a los parámetros interpretativos alternativos referidos a dicho delito que el propio Tribunal Supremo había sostenido en resoluciones anteriores.

Ahora bien, no ha sido ésta la primera ni la única resolución judicial que ha adoptado este cambio radical de postura. De hecho, la interpretación ahora comentada ya había tenido reflejo, por ejemplo, en otra sentencia previa de nuestro Tribunal Supremo. Se trata de la STS 52/2018, de 31 enero, referida al caso del twitterero Arkaitz Terrón. En esta resolución se enjuiciaba el hecho de que el acusado hubiese publicado desde su cuenta de Twitter, entre otros mensajes, algunos como “*Roma acoge este sábado una cumbre de la extrema derecha [...] Estando ahí juntitos... Un ‘Carrero’ no estaría mal*”; “*Juan Carlos Primero, más alto que Carrero!!*”; “*Entonces, ¿Mañana hace el saque de honor Irene Villa?*”, en alusión a una de las más conocidas víctimas del terrorismo etarra y otras como aquella que, tras la muerte en la cárcel del conocido terrorista Arkaitz, decía “*Adiós y honor, Arkaitz Siempre en el recuerdo*”.

Ya en primera instancia, la Audiencia Nacional había afirmado en su sentencia 12/2017, de 21 de marzo, que las manifestaciones realizadas por el acusado no tendrían encaje en el delito del art. 578 CP, dado que dichos mensajes “*no incitan o alientan ni instigan a la violencia terrorista, ni siquiera de forma indirecta, ni generan un peligro o riesgo de comisión de actos violentos*”. Esta postura fue severamente cuestionada por el Ministerio Fiscal



en el recurso de casación que presentó contra dicha Sentencia, por entender que dicho posicionamiento jurisprudencial convertía “...el delito del art. 578 CP, que es de mera actividad, en un delito de resultado, en contra de la propia naturaleza jurídica del tipo penal y de la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo”; una doctrina que, como expresamente recuerda el Ministerio Fiscal en su recurso, señalaba con respecto al tipo objetivo de este delito que “el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron; y respecto del tipo subjetivo advierte de su distingo de la motivación o móvil del sujeto”.

Precisamente y frente a este último planteamiento, señaló el Tribunal Supremo en la sentencia que finalmente emitió con respecto a dicho recurso de la Fiscalía, que debía tenerse en cuenta para dar una adecuada interpretación del referido delito, ésta debía ajustarse a lo manifestado en la tantas veces citada Sentencia 112/2016 del Tribunal Constitucional “...por cuanto en la referida sentencia, interpretativa de esta tipología, exige, para entender constitucionalmente legítima dicha injerencia legislativa en la libertad de expresión, algún tipo de incitación, aún cuando fuere indirecta.”; exigencia que, a juicio del Alto Tribunal, determina que nos encontremos entonces ante un verdadero delito de aptitud, cuya tipicidad quedará excluida si no se constata, atendiendo a las concretas circunstancias del caso, la idoneidad del contenido difundido para incitar directa o indirectamente a sus receptores a cometer algún delito de terrorismo (no necesariamente uno concreto acotado en el tiempo o referido a concretas personas) y que, además, solo podrá aplicarse si se demuestra que quien lo transmitió abarcó en su dolo el riesgo que iba a generar al hacerlo.

La coincidencia de nuestro Tribunal Supremo con lo previamente manifestado en primera instancia fue, como se puede ver, total, lo que le llevó ratificar la absolución del comentado twittero por entender que sus mensajes no contenían “...llamamiento a la violencia terrorista ni han generado riesgo alguno para las personas, ni los derechos de terceros ni para el orden jurídico”, entre otras cosas, porque no habían tenido impacto alguno en la opinión pública hasta que no fueron detectados por las investigaciones policiales.

Las respuestas a estas sentencia no se hicieron esperar, llegando, según parece, algunas eurodiputadas, víctimas del terrorismo de ETA, a pedir una reunión con alguno de sus ponentes para exponerle su desagrado con la resolución y decirle que había interpretado incorrectamente lo dispuesto en la Directiva europea antiterrorista anteriormente citada, en cuya redacción decían haber participado<sup>40</sup>.

Pese a todo, debe ponerse de manifiesto que esta segunda y más reciente interpretación jurisprudencial en modo alguno ha impedido que haya sentencias condenatorias por el delito del que nos venimos ocupando. De hecho, así ha sucedido, por ejemplo, en la STS 79/2018, de 15 de febrero, que ratificó la condena previamente emitida por la Audiencia Nacional del rapero Valtónyc, o en la STS 354/2017, de 17 mayo, referida a un caso de enaltecimiento del terrorismo *yihadista*.

En la primera de las referidas sentencias, se juzgaba al rapero conocido como Valtónyc por algunas de las expresiones utilizadas en sus canciones, entre las que se encontraban “Un pistoletazo en la frente de tu jefe está justificado o siempre queda esperar a que le secuestre algún GRAPO”, “Dicen que pronto se traspasa la cloaca de Ortega Lara y muchos rumorean que Rubalcaba merece probarla, complejo de zulo mi casa a ver si un día secuestro alguno y le torturo mientras le leo al Argala”, “Quiero transmitir a los españoles un mensaje de esperanza, ETA es una gran nación”, “Matando a Carrero ETA estuvo genial, a la mierda la palabra, viva el amonal” o “Por qué condenáis la puta lucha armada, contra la clase que tiene a la nuestra esclavizada”. Estas expresiones llevaron a la inicial condena de Valtónyc emitida por la Audiencia Nacional en su Sentencia 4/2017, de 21 de febrero, fuese ratificada por el Tribunal Supremo que, citando nuevamente de forma expresa la STC 122/2015, afirmó que para poder apreciar este delito se hacía necesario constatar la presencia de un riesgo de inducir a cometer delitos; riesgo que ha “...de entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada, pero no referido a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas” y que se considera generado, en el caso enjuiciado como señalaba la

<sup>40</sup> <http://www.elmundo.es/espana/2018/02/09/5a7cbdb0e2704e4a2c8b45ba.html> (últ. cons. 12-4-2018).

precedente sentencia de la AN, dado que las expresiones empleadas por el rapero tenían un “...carácter laudatorio de las organizaciones terroristas GRAPO y ETA y de sus miembros, el cual va más allá de la expresión de coincidencia con objetivos políticos, solidaridad con los presos o camaradería nacida de vínculos ideológicos y que comporta una alabanza, no ya de los objetivos políticos sino de los medios violentos empleados por la citadas organizaciones terroristas y por sus miembros y contienen una incitación a su reiteración . Los referidos contenidos no quedan amparados por la libertad de expresión o difusión de opiniones invocada por el acusado y su defensa” (la negrita es nuestra).

Por otra parte, entrando ya en el análisis de la segunda de las sentencias citadas, la STS 354/2017 de 17 mayo, hay que señalar que dicha resolución juzgó a un ciudadano extranjero que publicó, de forma reiterada, en su página de *Facebook*, vídeos e imágenes en los que se veía a musulmanes siendo golpeados, vejados y asesinados en diferentes lugares del mundo, a los que acompañaba con mensajes que culpabilizaban de tales hechos a los que calificaba como “infeles” (primordialmente judíos y musulmanes *chiíes*), con soflamas procedentes del discurso radical habitualmente empleado por el terrorismo *yihadista* y con mensajes que justificaban que los musulmanes actuasen como terroristas para defenderse de dichos ataques.

Frente a la versión sostenida por la defensa que afirmaba que lo único que hizo el acusado fue informar a la opinión pública de la situación que estaban sufriendo algunos musulmanes en el mundo, nuestro Tribunal Supremo entendió que, en realidad, junto a dichos actos informativos se incluían otros contenidos y mensajes que justificaban y legitimaban el uso de la violencia terrorista contra determinados colectivos para responder a tales ataques a los musulmanes, lo que daba lugar a la aparición del riesgo de incitación a la comisión de delitos por parte de los receptores de estos mensajes y, consecuentemente, al acto de inducción indirecta que legitima y configura el injusto propio del delito del art. 578 CP.

De hecho, se afirmaba en esta sentencia que en los mensajes analizados se podían apreciar perfectamente las cuatro etapas que caracterizan la técnica de marketing utilizada habitualmente por el discurso del odio *yihadista* como instrumento de incitación indirecta a la comisión de delitos. A saber, “...1) *victimismo* (el musulmán es una víctima); 2) *culpabilización* (identificación de grupos responsables); 3) *solución* ¿soy buen musulmán? ¿qué debo hacer?; y 4) *activismo* (justificación de la violencia)”, lo que, sin duda, suponía un discurso implícitamente idóneo para inducir a llevar a cabo actos terroristas en general e incrementaba el riesgo de su comisión y, por ello, hacía que la conducta enjuiciada pudiese y debiese ser considerada como perfectamente sancionable conforme al delito del art. 578 CP.

## 6 El delito de enaltecimiento, una figura al borde del abismo

A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar como la pretensión de afrontar el reto preventivo que plantea el terrorismo y especialmente el *yihadista* mediante la prohibición del discurso de intolerancia y odio que suele utilizar, ha llevado a nuestro legislador a crear muchas figuras delictivas y entre ellas algunas ciertamente controvertidas.

Sin duda, la enorme amplitud e incluso la indeterminación de algunos de estos nuevos delitos e instrumentos penales han llevado a que nuestro sistema se sitúe al borde, cuando no más allá, de las fronteras que delimitan el necesario respeto y garantía de los derechos a la libertad ideológica y de expresión que debe acatar todo Estado democrático que se quiera tener realmente por tal y no por un ejemplo de lo que se ha venido a llamar como “democracia autoritaria” o “democracia de carácter formal” y no material.<sup>41</sup>

Así sucedió, como ya vimos con mayor extensión en otro lugar, con el delito de adoctrinamiento activo relativo a la emisión de mensajes de apoyo o respaldo de las ideas o el discurso terrorista no directamente

<sup>41</sup> En este sentido, señala MIRA BENAVENT, J. que la reforma realizada por LO 2/2015 de los delitos de enaltecimiento “... constituye un indicio más que desenmascara la ya más que evidente militancia de nuestro ordenamiento punitivo en las filas de las llamadas democracias autoritarias o democracias de carácter formal Op. cit. ant. p. 302.

dirigidos a fomentar la comisión de delitos de dicha naturaleza<sup>42</sup>; un delito que establece una prohibición penal tan amplia e indeterminada respecto los mensaje cuya difusión viene a prohibir y a castigar que podrá desalentar a los ciudadanos de realizar usos de su libertad de expresión completamente legítimos, ante el temor de poder ser castigados por haberlos efectuado, lo que evidentemente limitaría dicho derecho fundamental de forma desproporcionada y obliga, consecuentemente, a tener tal figura penal por manifiestamente inconstitucional.

Más problemático es responder a la cuestión de si el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo y el de humillación a las víctimas del art. 578 CP, pese a su reiterado uso por parte de nuestros tribunales, resulta o no acorde con dicha libertad. Como hemos visto, y según ha señalado nuestro propio TC, en su tantas veces citada STC 112/2016, esta figura solo puede considerarse acorde con las exigencias derivadas del necesario respeto a la libertad de expresión en la medida en que se limite a castigar aquellos actos de legitimación o alabanza del terrorismo o de los terroristas o de denigración y menosprecio a sus víctimas que generen un riesgo real de comisión de futuros actos terroristas por parte de sus receptores, al actuar como instrumentos idóneos de incitación implícita a la comisión de cualquier delito de dicha naturaleza por parte de dichos sujetos. Esto es, en la medida en que actúen como instrumentos de inducción indirecta de la comisión de delitos terroristas en general y no de uno concreto y determinado.

Nos encontramos, por tanto, ante una figura que, a diferencia de la de adoctrinamiento activo del art. 577. 2 CP, sí que define claramente el contenido de los mensajes que quedan prohibidos por su tipo de injusto, ya que solo puede castigar la difusión pública de aquellos mensajes que enaltecen o justifican los delitos que lo terroristas cometen o a quienes los ejecutan o la mera comunicación de los mensajes que humillen y denigren a sus víctimas.

Pero además, y esto no debe olvidarse, estamos ante un delito que solo castiga la difusión de dichos mensajes en la medida en que dicha conducta incremente realmente el riesgo de comisión de futuros ataques terroristas por parte de sus destinatarios.

No será, por tanto, suficiente con que el mensaje enaltezca o justifique al terrorismo o a los terroristas, o con afecte al honor de una o incluso de todas las víctimas del terrorismo, ni con que provoque la repulsa social mayoritaria o sea incluso idóneo para provocar el odio, el rechazo o simplemente sea adecuado para generar un clima hostil para un determinado colectivo de posibles víctimas o para apoyar su mantenimiento. Para que este delito se pueda tener por constitucional se requiere que su tipicidad quede limitada al castigo de aquellos mensajes que realmente pueda impulsar la comisión por parte de sus receptores de algún delito terrorista. No de uno en concreto, definido o definible, sino de cualquiera de ellos, lo que obliga a analizar la idoneidad inductora de cada mensaje enaltecedor, justificador o denigratorio para inducir a cometer tal clase de delitos, algo que, como ya hemos señalado anteriormente hará necesario que se tenga que analizar no solo quien sea el que emite el mensaje en cuestión (no será lo mismo que lo haga un conocido líder político o religioso que un completo desconocido sin prácticamente seguidores dentro o fuera de la red), quienes sean sus posibles receptores (no se podrá valorar igual que se difunda ante personas completamente contrarias a los postulados y métodos terroristas que ante gente afín a los mismos y que han sido captados precisamente por serlo) y también las concretas circunstancias históricas que rodean su emisión o difusión (no es igual que el mensaje transmitido apoye y legitime los actos de una organización o movimiento terrorista todavía activo que los de uno ya desaparecido o completamente inactivo)<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> GALÁN MUÑOZ, A. *Op. cit.* ant. 128 y ss.

<sup>43</sup> En tal sentido, destaca MIRA BENAVENT, J. como la interesante STS 378/2017, de 25 de mayo, absolvió al acusado por delito de enaltecimiento terrorista por la difusión en redes sociales de expresiones laudatorias de los GRAPO del tipo “*Lámame terrorista si grito VIVA LOS GRAPO!!*” u “*¡Ojalá vuelvan los GRAPO, y os pongan de rodillas!*”, precisamente y entre otras razones, porque “(a) inexistencia de un contexto de violencia terrorista relacionado con los «Grapo». Esta organización desapareció hace años y no comete atentados; b) las publicaciones que se atribuyen al acusado, en el año 2012, no coincidían con acciones de esta organización terrorista.” *Op. cit.* ant. p. 318. En este mismo sentido, resulta también destacable que dicha resolución excluya la posibilidad de apreciar este delito en el caso enjuiciado al no haberse constatado que los hechos realizados se hubiesen llevado a cabo con “...la «tendencia», en la voluntad del autor, a querer incitar

Múltiples y muy variados son, por tanto, los factores a tener en cuenta a la hora de valorar si la difusión de un mensaje presenta la peligrosidad inductora que la podría hacer entrar en el ámbito típico de esta figura delictiva, lo que obliga a nuestra jurisprudencia, hasta ahora un tanto errática a la hora de realizar esta valoración, a ser muy cautelosa a la hora de enjuiciar esta cuestión.

De hecho, y precisamente en relación con este tema, si algo hay que criticar a la configuración dada al delito del art. 578 CP por la interpretación que del mismo han mantenido finalmente nuestro Tribunal Constitucional y nuestros tribunales, esto es que delimite la lesividad que define el mensaje típico de esta figura y legitima su sanción penal, poniéndola en relación con la idoneidad *ex ante* que el mensaje en cuestión tenga para inducir a sus posibles receptores a cometer cualquier delito terrorista y no de uno en concreto, algo que, sin duda y como sucedía en la delimitación de los mensajes adoctrinadores típicos del art. 577.2 CP, desdibuja notablemente el referente desde el que se tiene que calcular dicha idoneidad y dota a esta figura de una notable inseguridad.

Así, si para apreciar este delito basta con que el mensaje enaltecedor, justificante o humillante transmitido pueda incitar a cometer cualquier delito terrorista, ¿desde cuál de ellos deberemos valorar su peligrosidad? ¿Desde todos? Si la respuesta a dicha pregunta fuese positiva y teniendo en cuenta la amplia variedad de delitos que pueden llegar a ser considerados terroristas conforme a la delimitación que de los mismos hace el art. 573 CP (desde los asesinatos hasta los delitos de *hacking* o *daños informáticos*) ¿no se estará desdibujando tanto el referente del riesgo exigido por el tipo de injusto de este delito que su exigencia dejará de tener realmente trascendencia delimitadora alguna, ya que siempre se podrá apreciar? Pero, además, y por otra parte, si el riesgo de generación de cualquier posible delito terrorista permite considerar difundido el discurso propio de este delito ¿ello no supone que se asimilen y se castiguen igualmente mensajes que pueden incentivar a cometer delitos de tan diversa gravedad y naturaleza como los de asesinato, los de daños o, incluso, los de falsedades documentales terroristas, si finalmente prospera, como parece que prosperará, la última propuesta de reforma planteada en relación a esta clase de delitos?<sup>44</sup>

Evidentemente, si la idoneidad incitadora de cada uno de los mensajes enaltecedores, justificadores o humillantes que podrían tener cabida en el delito del art. 578 CP se analiza con respecto a la posible comisión de todos y cada uno de los muy variados posibles delitos terroristas ello llevaría a que prácticamente todos esos mensajes, sobretodo, si se difunden de forma pública y, consecuentemente, ante un grupo numeroso y variopinto de posibles receptores, tuviesen que ser considerados como idóneos para poder incitar a alguno de ellos a cometer alguno de estos delitos y típicos de la referida figura, con lo que la delimitación del delito de enaltecimiento como un delito de aptitud lesiva o peligro hipotético que han mantenido nuestros tribunales tan solo serviría para excluir de su tipo de injusto aquellas difusiones de mensajes que, bien por realizarse en contextos muy controlados y limitados y con personas nada afines al terrorismo o bien, por aludir a actividades terroristas completamente superadas (p. ej. las del GRAPO), no presentasen idoneidad incitadora o lesiva alguna con respecto a la posible realización futura de ningún posible delito terrorista.

Sin embargo, si prestamos un poco de atención a la aplicación que han ido realizando nuestros tribunales de este delito en sus diferentes resoluciones para considerarlo acorde a nuestra Carta Magna conforme a lo afirmado en la tantas veces citada STC 122/2016, nos daremos cuenta de que los mismos se han encargado

---

*efectiva y realmente la comisión de delitos de terrorismo. Ni aún de manera indirecta*”, lo que, a nuestro modo de ver, deja a las claras que, al ser la idoneidad incitadora necesario elemento delimitador la conducta típica de este delito, debe ser abarcada por el dolo de su autor para poder ser considerado y castigado como tal.

<sup>44</sup> Así, si sucederá si se aprueba, como parece que va a pasar, la *Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional*. (BOCG 16 de marzo de 2018) cuyo artículo único establece que se modificará el 1 del artículo 573 CP, para pasar a darle el siguiente tenor literal “...«1. Se considerarán delitos de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:»”(la negrita es nuestra).



de restringir y acotar en cierta medida el referente desde el cual debe valorarse la potencialidad inductora propia y exigida por los mensajes típicos del art. 578 CP. Así, si bien es cierto que tanto nuestro Tribunal Supremo, como nuestra Audiencia Nacional no han dejado de repetir que la potencialidad o idoneidad inductora requerida por este delito no debe estar referida a un delito terrorista concreto, acotado y definido o definible, también han insistido, (como, por ejemplo, sucedió en la STS referida al caso Valtónyc), en que resulta fundamental que el mensaje en cuestión resulte adecuado o idóneo para fomentar la comisión de delitos violentos contra los sujetos a los que el terrorismo ataca, algo que, si bien no supone tener que constatar la idoneidad inductora referida a un delito concreto, sí que limita los mensajes cuya difusión podría ser castigada por esta figura, al exigir que tengan que ser idóneos para incitar a que sus posibles receptores a cometer conductas terroristas violentas y no de otra naturaleza.

La aplicación del delito del art. 578 CP quedaría, por tanto, limitada a aquellos supuestos en los que se constatare la idoneidad inductora del mensaje emitido para incitar a realizar actos terroristas violentos; referente éste que, además, de dotar de cierta seguridad jurídica a la delimitación de las conductas sancionadas por el delito de enaltecimiento al acotar los actos cuya potencial y genérica incitación castigará, también permitirá que esta figura solo pueda sancionar la difusión de mensajes que presenten una cierta gravedad y homogeneidad lesiva (p. ej. las que se puedan considerar idóneas para incitar a realizar lesiones, homicidios o asesinatos contra terceras personas, pero no las que puedan fomentar un simple delito de daños o contra la intimidad), lo que, en cierto modo, parece permitirá que se pueda legitimar el amplio adelantamiento que supone la prohibición y sanción penales de las conductas comunicativas contempladas en el art. 578 CP que podrán ser consideradas, en el mejor de los casos, como meramente protopreparatorias de las difusas actuaciones violentas futuras que su castigo pretenden evitar.

Actuaría así el comentado delito como el más inicial, amplio y, porque no decirlo, también cuestionable instrumento de lucha contra el discurso que el terrorismo suele utilizar. Un instrumento que, si bien, se diferenciaría de otros, como el del art. 579.1 CP, por castigar los actos de incitación no explícita a la comisión general actos terroristas y no de uno en concreto, lo que permitiría que nuestro ordenamiento responda a las exigencias europeas de incriminación de esta clase de actos de incitación indirecta, continuaría permitiendo, a diferencia de lo que hacía el delito del art. 577.2 CP, que se puedan mantener, defender y difundir los postulados, las ideas e incluso justificar los actos realizados por los terroristas y enaltecer a quienes los realizan, siempre y cuando, ello no se haga de forma y con consciencia de que, al hacerlo, se estaría incrementando el riesgo de realización de nuevos actos terroristas violentos.

En cualquier caso, estamos, sin duda, ante una figura que castiga conductas muy alejadas de la efectiva y real puesta en peligro de los bienes jurídicos que trata de tutelar (vida, salud, etc...) y que, por tanto, presentan una muy escasa lesividad con respecto a dichos valores, lo que sitúa la legitimidad de la existencia de este delito en un terreno ciertamente pantanoso. Justo al borde de la producción de una limitación desproporcionada y, por tanto, ilegítima e inconstitucional de un derecho tan fundamental para los Estados democráticos como es el de la libertad de expresión<sup>45</sup>.

Evidentemente, ello es un ejemplo más de como el terror que han generado los incesantes y crueles ataque terroristas sufridos en España y en muchos otros países de nuestro entorno en los últimos años nos han situado al filo de la desesperación y ante el abismo de considerar adecuado o incluso necesario sacrificar nuestros derechos para luchar contra quienes nos atacan sin piedad.

<sup>45</sup> En tal sentido, señala acertadamente, a nuestro modo de ver, ALCACER GUIRAO, R. que esta figura, como el resto de las que se han incardinado dentro de las que sancionan el denominado discurso del odio, han de ser interpretadas teniendo en cuenta el conflicto que plantea su sanción con el derecho fundamental a la libertad de expresión, lo que obligará a interpretar su tipo de injusto y su aplicación a los casos concretos conforme a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, evitando, en todo caso que su existencia pueda generar un efecto de desaliento en el legítimo ejercicio de dicho derecho fundamental por parte de quienes defienden algunos de los postulados que sostienen los terroristas, incluso si éstos resultan socialmente repudiables. En Op. cit. ant. p. 29 y ss.



Sin embargo, hay que tratar por todos los medios que el miedo no nos lleve a caer en dicho abismo. No todo está ni puede estar permitido para luchar contra los terroristas y, por ello, hoy más que nunca hay que seguir insistiendo en la defensa de la vigencia y efectividad de derechos tan fundamentales como el de la libertad de expresión; una libertad cuyo respeto y defensa es, precisamente, una de las cosas que nos diferencian de aquellos que, como los terroristas, pretenden imponer sus ideas y creencias mediante el uso de la violencia y el dolor.

Las verdaderas democracias deben, por tanto, defender a toda costa el mantenimiento de los principios libertarios sobre las que se crearon y, entre ellos, de los que nos permiten a todos mantener y defender toda clase de ideas y opiniones por muy cuestionables o rechazables que parezcan o nos puedan parecer a la mayoría, mientras no representen un ataque tan grave y evidente a otros valores que justifique y legitime su prohibición.

No está de más, en consecuencia, terminar este breve estudio referido a la persecución penal del discurso del odio terrorista, recordando la tal vez vieja, pero no por ello menos actual y vigente frase, erróneamente atribuida a Voltaire, que decía “*Estoy en desacuerdo con lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo*”<sup>46</sup>. Esperemos que dicha frase guíe la política criminal futura en materia de terrorismo.

## Referencias

ALONSO RIMO, A. “La criminalización de la preparación delictiva través de la Parte Especial del Código penal. Especial referencia a los delitos de terrorismo” (Dir. Alonso Rimo, A. y otros) *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

ALONSO RIMO, A. “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, en RDPC, n° 4, 2010.

BARBER BURRUSCO, S. *Los actos preparatorios del delito*. Ed. Comares, Granada, 2004.

BERNAL DEL CASTILLO, J. “Una visión crítica del nuevo delito de provocación al terrorismo del art. 579.1” *Revista de Derecho Penal* n° 33, 2011.

BARBER BURRUSCO, S. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas como formas del “discurso del odio””, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, n° 16 (2016).

BOLLER, P. F./ GEORGE, J. H. *They Never Said It: A Book of Fake Misquotes, and Misleading Attributions*. Ed. Oxford University Press, New York/Oxford, 1989.

CAMPO MORENO, J. C. *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: L.O. 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

CANCIO MELIÁ, M. “Delitos de organización: Criminalidad organizada común y delitos de terrorismo” en (Dir. Díaz-Maroto y Villarejo) *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Ed. Civitas. Cizur Menor (Navarra) 2011.

CANCIO MELIÁ, M. “Delitos de terrorismo (arts. 571, 572, 574, 576, 576 bis y 579)”, en (Dir. Álvarez García) *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CANO PAÑOS. M. A. “La reforma de los delitos de terrorismo”, en *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

CANO PAÑOS. M. A. “Reflexiones en torno al “viejo” y al “nuevo” terrorismo”, en REIC 7 (2009), disponible en <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano7-2009/a72009art7.pdf> (últ. vis. 13-11-2017).

CANO PAÑOS. M. A. “La Reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones

<sup>46</sup> Al parecer, la celebre frase fue atribuida al conocido filósofo por su biógrafa, Evelyn Beatrice Hall, en el libro *Los amigos de Voltaire*, publicado en 1906. Así lo señalan BOLLER, P. F./ GEORGE, J. H. *They Never Said It: A Book of Fake Misquotes, and Misleading Attributions*. Ed. Oxford University Press, New York/Oxford, 1989, p. 103 y 104.

- fundamentales”, RGDP 23 (2015), disponible en <http://www.iustel.com> (últ. vis. 13-03-2018).
- CARBONELL MATEU, J. C. “Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado”, en (Dir. Cobo del Rosal) *Comentarios a la legislación penal, Tomo II: El Derecho penal del Estado democrático*, Ed. Edersa Madrid, 1983.
- CARBONELL MATEU, J. C. “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas “más allá de la provocación y la injuria””, en (Dir. Alonso Rimo, A. y otros) *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CUERDA ARNAU, M. L. “Terrorismo y libertades políticas”, disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/61388140.pdf> (últ. vis. 18-9-2018)
- FUENTES OSORIO, J. L. “Concepto de “odio y sus consecuencias penales”, en (Dir. Miro Llinares, F.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2017.
- GALÁN MUÑOZ, A. “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del código penal de la LO 2/2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, n.º. 15 (2016).
- GARCÍA ALBERO, R. *Comentarios al Código penal Español, Tomo II* Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- GARCÍA ALBERO, R. “La reforma de los delitos de terrorismo”, en (Dir. Quintero Olivares) *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2010.
- GÓMEZ MARTÍN, V. “Discurso del odio y principio del hecho” en (Dir. Mir Puig, S y otros) *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GÓMEZ RIVERO, M. C. *La inducción a cometer el delito*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C. “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?” REIC 1 (2003), disponible en <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano1-2003/a12003art2.pdf> (últ. vis. 2-11-2015).
- MANJÓN CABEZA, A. “Apología del terrorismo”, en (Dir. Octavio de Toledo y otros) *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, p. 580.
- MIRA BENAVENT, J. “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional”, en (Dir. Alonso Rimo, A. y otros) *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*. Ed. Reppertor, Barcelona, 2015.
- MIRO LLINARES, F. “Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión”, (Dir. Miro Llinares, F.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2017.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. “Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la L. O. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, en *Revista Penal*, n.º 37, 2016.
- POPPER, K. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Ed. Paidós, Barcelona, 2006.
- PORTILLA CONTRERAS, G. “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas”, en (Dir. Miro

Llinares, F.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Ed. Marcial Pons. Madrid, 2017.

QUINTERO OLIVARES, G. (*Dir. Quintero Olivares*). *Comentarios al Código penal español*. Tomo I. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A. “Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo”, en AFCUC, 12, 2008.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Libertad de expresión, discurso extremo y Delito. Una aproximación desde la constitución a las fronteras del derecho penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ROLLNER LIERN, G. “El discurso del odio y los límites de a libertad de expresión: de “la zona intermedia” a los estándares internacionales”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2017

VIVES ANTÓN, T. S. *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**As políticas públicas e a promoção da dignidade:** uma abordagem norteadada pelas capacidades (*capabilities approach*) propostas por Martha Nussbaum

**Public policies and the promotion of dignity:** a nortead approach for the capacities proposed by Martha Nussbaum

Anna Paula Bagetti Zeifert

Janaína Machado Sturza

# As políticas públicas e a promoção da dignidade: uma abordagem norteadada pelas capacidades (*capabilities approach*) propostas por Martha Nussbaum\*

## Public policies and the promotion of dignity: a nortead approach for the capacities proposed by Martha Nussbaum

Anna Paula Bagetti Zeifert\*\*

Janaína Machado Sturza\*\*\*

### Resumo

Tendo como referência a abordagem das capacidades (*Capabilities Approach*), o presente artigo analisa como a instituição de políticas públicas adequadas para a promoção da dignidade está diretamente relacionada ao desenvolvimento das capacidades. Para tanto, utiliza-se a lista de capacidades proposta pela filósofa norte-americana Martha Nussbaum, que orienta para um nível existencial mínimo, abaixo do qual não se poderia viver dignamente. O enfoque das capacidades delimita as ações dos poderes públicos a fim de que possam desempenhar um papel inclusivo e de assistência para com todos, possível por meio das políticas a serem executadas. Assim, a finalidade da lista de capacidades é orientar, ou sugerir, normas éticas e de cuidado para com todos os seres humanos, avançando na busca pela justiça social e promoção dos direitos humanos. A pesquisa será desenvolvida com base no método de abordagem hipotético-dedutivo, utilizando uma base teórica presente na filosofia política contemporânea.

**Palavras-chave:** Capacidades. Dignidade. Políticas públicas. Justiça.

\* Recebido em 04/01/2019  
Aprovado em 03/04/2019

\*\* Doutora em Filosofia (PUCRS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – e do Curso de Graduação em Direito da UNIJUI. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade (CNPq). E-mail: anna.paula@unijui.edu.br

\*\*\* Pós doutora em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – e do Curso de Graduação em Direito da UNIJUI. E-mail: janasturza@hotmail.com

### Abstract

Taking the Capabilities Approach as a reference, this article analyzes how the institution of adequate public policies for the promotion of dignity is directly related to the development of capacities. To do so, we use the list of capabilities proposed by the American philosopher Martha Nussbaum, who guides to a minimum existential level below which one could not live with dignity. The capacity-based approach delimits the actions of the public authorities so that they can play an inclusive role and assistance to all, possible through the policies to be implemented. Thus, the purpose of the list of capabilities is to guide or suggest ethical and care standards for all human beings, moving towards social justice and the promotion of human rights. The research will be developed based on the hypothetical-deductive approach method, using a theoretical basis present in the contemporary political philosophy.



**Keywords:** Capabilities. Dignity. Public policy. Justice.

## 1 Introdução

A abordagem das capacidades desenvolvida por Martha Nussbaum comporta uma lista das dez capacidades centrais — a vida, a saúde física, a integridade física, os sentidos, imaginação e pensamento, as emoções, a razão prática, a afiliação, a relação com outras espécies, o acesso ao lazer e a capacidade de ter controle sobre o próprio ambiente, político e material — responsáveis por garantir o mínimo de dignidade e a realização das necessidades humanas fundamentais. Para viabilizar tal objetivo, as políticas públicas<sup>1</sup> emergem como o meio ideal para fomentar um desenvolvimento social mais justo e inclusivo.

As políticas públicas são responsáveis pelas atividades do Estado (governo),<sup>2</sup> e possuem como objetivo causar determinado efeito ou diferença, direta ou indiretamente, na sociedade. Nesse sentido, a noção de políticas públicas sofre uma série de transformações no decorrer do desenvolvimento dos Estados e, a partir da segunda metade do século 20, passa a ganhar visibilidade, posto que os países desenvolvidos resolvem utilizar as políticas públicas como ferramentas nas decisões dos governos.

Para tanto, a abordagem das capacidades pode ser percebida como uma fonte para a instituição de políticas públicas voltadas para o respeito das necessidades humanas fundamentais e efetivação da justiça social. A lista das dez capacidades, propostas por Nussbaum, aparece como um ideal para dar embasamento à construção de projetos que visem resolver situações em que há ausência de garantia das necessidades humanas fundamentais. Ou seja, as políticas públicas poderão agir com o objetivo de alcançar o ideal de sociedade justa, de maneira a efetivar as demandas voltadas para as necessidades humanas fundamentais e colaborar com o processo de inclusão, garantindo o respeito aos direitos humanos.

A partir de tais considerações, entende-se que os estudos desenvolvidos por autores liberais, igualitários do campo da filosofia política, mais especificamente a filósofa Martha Nussbaum, possibilitam avançar nas questões relacionadas à prática da justiça no interior das sociedades, de maneira a apontar possíveis caminhos para o processo de inclusão dos indivíduos, fundamental para um projeto de sociedade mais igualitária.

## 2 A concepção de dignidade humana com base no enfoque das capacidades

Os benefícios e objetivos da justiça possuem, desde o princípio, uma dimensão ética e social. Nesse contexto, o enfoque das capacidades (*Capabilities Approach*), proposto pela filósofa norte-americana Martha Nussbaum, não representa uma doutrina política ou moral abrangente, mas especifica as condições para uma vida digna de ser vivida em sociedade. Sua concepção deixa claro que existem laços maiores e objetivos comuns entre os seres humanos para além da expectativa de vantagem, pois as relações humanas são complexas e envolvem questões que ultrapassam a ideia de benefícios econômicos, segurança e preservação da

<sup>1</sup> No Brasil, as políticas públicas desempenharam um papel muito importante para a consolidação da ordem republicana que, desde a origem, manteve traços antidemocráticos cujas raízes penetram profundamente nas estruturas existentes, fundindo-se em interesses sociais objetivos e contraditórios entre si. SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Direito à saúde e políticas públicas: do ressarcimento entre gestores públicos e privados da saúde*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 107.

<sup>2</sup> As políticas públicas podem ser definidas como conjuntos de disposições, medidas e procedimentos que traduzem a orientação política do Estado e regulam as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público. São também definidas como todas as ações de governo, divididas em atividades diretas de produção de serviços pelo próprio Estado e em atividades de regulação de outros agentes econômicos. LUCHESE, Patrícia. *Introdução: políticas públicas em saúde*. 2004. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/267565868\\_Introducao\\_Politicas\\_Publicas\\_em\\_Saude](https://www.researchgate.net/publication/267565868_Introducao_Politicas_Publicas_em_Saude). Acesso em: dez. 2018.

propriedade privada. Efetivar a justiça vai além dos interesses particulares, e a união dos indivíduos passa, também, pelos laços de empatia. Há, porém, particularidades que os diferenciam (produtividade, impedimentos físicos...), e sua lista de capacidade tem a pretensão de sugerir e conduzir para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva, respeitando as diferenças.

Ao desenvolver sua teoria com base nas capacidades, tendo como fonte o pensamento do economista e filósofo indiano Amartya Sen<sup>3</sup>, primeiro a fazer referência à temática, Nussbaum<sup>4</sup> considera que a questão da variação entre os indivíduos é onipresente e não pode ser adiada, insistindo que o argumento da variabilidade está presente em várias esferas da sociedade e que os indivíduos com impedimentos necessitam de uma atenção diferenciada do Estado e da própria sociedade onde estão inseridos.

O enfoque das capacidades, na concepção da autora, no entanto, vai além da proposta de Sen<sup>5</sup>, fazendo uma crítica contundente à abordagem da renda e riqueza. Acredita a filósofa que faz parte da essência do enfoque das capacidades a insistência de que os bens a serem distribuídos na sociedade não são comensuráveis como Sen acredita ser, em termos de uma única medida quantitativa padrão.<sup>6</sup>

A lista de capacidades formulada por Nussbaum<sup>7</sup>, com o objetivo de definir o mínimo que uma sociedade deve garantir aos seus cidadãos de maneira a realizar a justiça, é outra divergência no pensamento dos autores, uma vez que Sen<sup>8</sup> resiste enquanto Nussbaum acredita ser a lista um meio de tornar o enfoque da filosofia mais prático, sem a pretensão de ser uma análise completa da justiça social. Ao elaborar sua lista de capacidades, que pode ser adotada por qualquer Estado, a autora norte-americana tem como objetivo garantir o mínimo de dignidade humana a todos os indivíduos, visão cosmopolita de pessoa reforçada em toda sua teoria.

Ambos os autores compartilham de uma concepção de ser humano que não pode ser compreendida fora de seu contexto social, político, econômico e cultural, elementos determinantes na diversidade de identidades do indivíduo. A capacidade de uma pessoa está diretamente relacionada às condições em que a mesma se encontra inserida. A liberdade de escolha depende da medida da capacidade de cada indivíduo de ser livre para escolher o que considera valoroso e possuir a real oportunidade para efetuar suas escolhas.<sup>9 10</sup>

O conceito de pessoa, visto a partir do enfoque das capacidades, “[...] considera a racionalidade e a animalidade completamente unificados.” A filósofa norte-americana toma como referência a “[...] noção aristotélica do ser humano como um animal político [...]”, bem como a ideia desenvolvida por Marx, para quem o ser humano “[...] ‘necessita de uma pluralidade de atividades vitais’, considera a racionalidade simplesmente um aspecto da animalidade [...] não como o único aspecto pertinente à noção de funcionalidade verdadeiramente humana”. Na concepção de pessoa, trabalhada pela filósofa, a sociabilidade também é algo fundamental, assim como a necessidade corporal, que se manifesta no dever de cuidado; “[...] trata-se portanto de um aspecto de nossa dignidade, e não algo que lhe deva ser contrastado.”<sup>11</sup>

A partir da concepção política de pessoa, emergem princípios de justiça políticos básicos, que reconhecem todos os seres humanos, animais políticos, necessitados de atenção e cuidado. “Não somos obrigados a ser produtivos para ganharmos o respeito dos outros. Temos o direito ao respeito em função da dignidade mesma de nossas necessidades humanas.” A produtividade, mesmo sendo necessária no enfoque das ca-

<sup>3</sup> SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

<sup>4</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

<sup>5</sup> SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

<sup>6</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

<sup>7</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

<sup>8</sup> SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

<sup>9</sup> SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

<sup>10</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

<sup>11</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 196.

pacidades, deixa de ser o fim principal da vida social; interessa os afetos e compromissos uns para com os outros.<sup>12</sup>

A abordagem das capacidades, especialmente a de Nussbaum<sup>13</sup>, que tem como objetivo garantir o mínimo de dignidade para todos os seres humanos, comporta a formulação de um lista com as dez capacidades humanas centrais: 1) vida: ser capaz de viver até o fim da vida humana de duração normal, sem morrer prematuramente; 2) saúde corporal: ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva, estar adequadamente nutrido e ser capaz de ter um abrigo adequado; 3) integridade corporal: ter a capacidade de se mover livremente de um lugar para outro, de estar seguro de assaltos violentos, incluindo agressão sexual e ter oportunidades para a satisfação sexual e escolha para fins de reprodução; 4) sentimento, imaginação e pensamento: ter capacidade de usar os sentidos, de imaginar, pensar e raciocinar e, para fazer essas coisas de forma humana, ter uma maneira informada e cultivada por uma educação adequada, ser capaz de usar a imaginação e pensamento em conexão com a experiência, produzindo obras expressivas e eventos autênticos, ser capaz de utilizar a imaginação com garantias de liberdade de expressão com respeito ao discurso político e artístico e à liberdade de exercício religioso, tendo experiências agradáveis e evitar a dor não benéfica; 5) emoções: ser capaz de estabelecer vínculos com coisas e pessoas e amar aqueles que amam e cuidam de nós, podendo sofrer a sua ausência para experimentar saudade, gratidão e raiva justificada, não tendo, portanto, um emocional marcado ou aprisionado pelo medo ou ansiedade; 6) razão prática: ter capacidade de formar uma concepção do bem e se envolver em uma reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida; 7) afiliação: ser capaz de viver com e em relação aos outros, reconhecer e mostrar preocupação com os outros seres humanos e de se engajar nas várias formas de interação social, conseguindo imaginar a situação de outro e ter compaixão por essa situação, tendo a capacidade de exercício da justiça e da amizade, e ser capaz de ser tratado como um ser digno de quem tem valor igual ao dos outros. 8) outras espécies: ser capaz de viver com preocupação em relação aos animais, plantas e com o mundo da natureza. 9) diversão: ser capaz de rir, brincar e desfrutar de atividades recreativas. 10) controle sobre o ambiente: (A) política: ter capacidade de participar nas escolhas políticas que efetivamente governam a própria vida, tendo os direitos de participação política, liberdade de expressão e liberdade de associação; (B) material: ser capaz de manter a propriedade (tanto os imóveis quanto os móveis), tendo o direito de procurar emprego numa base de igualdade com os outros.

A autora considera a referida lista como uma forma de abordagem dos próprios direitos humanos, posto que esses também são vistos como requisitos mínimos para se viver dignamente. Nesse sentido, “o enfoque das capacidades é completamente universal: as capacidades em questão são consideradas importantes para todo e qualquer cidadão, em toda e qualquer nação, e cada pessoa deve ser tratada como um fim”.<sup>14</sup> A lista de capacidades é aberta, sujeita a revisões e considerações, inclusão de novos direitos fundamentais, e até mesmo a completa eliminação daquelas formulações que já não respondem para a promoção da dignidade humana. Essa lista das dez capacidades, aduz Nussbaum<sup>15</sup>, poderia ser estabelecida por meio de uma Constituição escrita, aparecendo no rol dos direitos fundamentais.

Pensar a dignidade humana com base no enfoque das capacidades requer um olhar sobre as condições que orientam viver a vida de forma plena e digna, e isso inclui a noção de sociabilidade e compaixão entre os indivíduos, requisitos para a promoção da justiça. A definição de justiça social, a partir da abordagem das capacidades, assevera: “[...] respeito aquilo que as pessoas são efetivamente capazes de ser e de fazer”.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 197.

<sup>13</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

<sup>14</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 94.

<sup>15</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Educação e justiça social*. Portugal: Pedago, 2014.

<sup>16</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Educação e justiça social*. Portugal: Pedago, 2014.

Nesse sentido, a visão apresentada pela filósofa norte-americana, a partir do enfoque das capacidades, possibilita pensar o desenvolvimento de políticas públicas igualitárias com vistas à inclusão dos indivíduos e à realização das suas necessidades humanas mais urgentes, de forma a promover um desenvolvimento visando à justiça social e à garantia dos direitos humanos.

Cabe considerar, para fins de esclarecer a abordagem das capacidades enquanto teoria presente na Filosofia Política contemporânea, que a ideia de capacidades surge com o pensamento de Amartya Sen e sua crítica à lista dos bens primários de John Rawls. Motivada por tais discussões, e tendo participado da construção teórica feita por Sen, a filósofa norte-americana, Martha Nussbaum, busca, no enfoque das capacidades, construir um modelo de direitos humanos básicos para cada indivíduo em sua própria comunidade. A lista das dez capacidades básicas, apresentada pela autora, pode ser adaptada para qualquer sociedade que tenha o objetivo de alcançar o ideal de sociedade justa.

A partir do enfoque das capacidades, a explicação dos benefícios e objetivos da cooperação social possui, desde o princípio, uma dimensão moral e social. Existem maiores laços e objetivos comuns entre os seres humanos do que a expectativa de vantagem, pois as relações humanas são complexas e envolvem para além dos aspectos econômicos, havendo a busca pela justiça que abrange todos os indivíduos, independentemente de possuírem ou não certa igualdade aproximada. A justiça é possível sem que os indivíduos da sociedade estejam em igualdade. A sociedade é e sempre será composta por uma complexidade de seres humanos.<sup>17</sup>

Nesse sentido, a abordagem das capacidades emerge como uma alternativa para a introdução de políticas voltadas para a garantia das necessidades humanas fundamentais, bem como para assegurar a justiça no âmbito das sociedades. É do conteúdo do enfoque das capacidades a insistência de que os bens a serem distribuídos na sociedade não são apreciáveis/calculáveis em termos quantitativos. Resta evidente, para tanto, que, nas teorias sobre a justiça, produzidas na contemporaneidade, é possível observar as discussões em torno do respeito às necessidades humanas fundamentais, e a responsabilidade do Estado e da sociedade na efetivação de tais demandas como forma de garantir a justiça social e promover a dignidade.

### 3 Os pressupostos das políticas públicas na contemporaneidade

A ressurreição do conceito de sociedade civil, as ideias de democracia e de uma esfera da opinião pública como um espaço universal de entendimento racional são algumas das buscas recentes para dar saída à impossibilidade dos sistemas jurídicos e, no caso da democracia, para dar resposta às exclusões sociais. Os sistemas jurídicos proporcionam marcos a partir dos quais se delibera e constrói o consenso democrático para uma sociedade equitativa e incluyente, capaz de criar políticas públicas que resultem, de fato, na justiça social.

Nesse sentido, é preciso ampliar as práticas incluyentes por meio da criação e execução de políticas públicas de inclusão social, as quais exijam a mobilização da sociedade civil e do governo (Estado). Tem-se que políticas públicas de inclusão social caracterizam-se pela capacidade de operar incremento na renda da parcela da população menos favorecida economicamente,<sup>18</sup> e, também, por propiciarem acesso aos bens e serviços públicos que devem ser ofertados à população pelos governos.

Segundo John Rawls<sup>19</sup>, para que haja essa maximização das expectativas dos menos favorecidos, não é

<sup>17</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

<sup>18</sup> O segundo princípio de justiça de Rawls determina que as desigualdades econômicas e sociais “[...] têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença) [...]” RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>19</sup> RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

necessário um crescimento econômico contínuo, mas a reciprocidade. Assim, “[...] independentemente do nível geral de riqueza, as desigualdades devem beneficiar os menos favorecidos tanto quanto aos demais [...]”, para que se consiga “[...] um equilíbrio sustentável em uma estrutura básica justa, na qual, estando presentes as desigualdades, estas devem beneficiar os menos favorecidos, ou as desigualdades não seriam permitidas [...]”. Uma estrutura básica justa, portanto, é pautada em políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável, de tal maneira que se consiga diminuir a distância existente entre os polos ricos e pobres, quiçá eliminando-os, para que se chegue a um nível intermediário satisfatório.<sup>20</sup>

Repensar as políticas públicas, em especial as políticas de inclusão social, que se coadunem com a realidade de um mundo globalizado, não apenas economicamente, mas também no âmbito social, é, antes de tudo, analisar o fenômeno da globalização, o qual não deve ser visto apenas sob o prisma econômico. É certo afirmar, todavia, que é no campo econômico que surgem as manifestações mais perceptíveis da globalização, mas a questão pode ser percebida e estudada em outras esferas da sociedade, pois mudanças importantes ocorreram também nos campos social, cultural e político.

Ainda sobre a globalização, analisar os fenômenos sociais vinculados a ela significa aceitar que esse processo modifica, substancialmente, o alcance dos instrumentos político-jurídicos tradicionais na persecução da inclusão social, na medida em que a complexidade das relações na contemporaneidade modificou até mesmo a noção tradicional de Estado, cujo modelo deve ser repensado em prol da sobrevivência da humanidade.<sup>21</sup>

Dessa forma, tem-se que, até o início do século 20, preponderavam, no mundo, as ideias liberais clássicas de um Estado mínimo, que apenas mantinha a ordem e a propriedade e agia como regulador natural das relações sociais, posto que os indivíduos eram percebidos e possuíam suas relações na sociedade de acordo com sua inserção no mercado. Após a crise de 1929, que levou o mundo a um grande colapso, intensificou-se a discussão das questões sociais. O desenvolvimento do capitalismo do tipo monopolista delimitou uma nova vinculação entre o capital e o trabalho, e entre estes e o Estado, “[...] fazendo com que as elites econômicas admitissem os limites do mercado como regulador *natural* e resgatassem o papel do Estado como *mediador civilizador*, ou seja, com poderes políticos de interferência nas relações sociais [...]”<sup>22</sup>

O Estado, então, avocou para si a responsabilidade de formular e executar políticas públicas econômicas e sociais, ou seja, passou a ser o principal responsável pelas respostas às demandas sociais, tornando-se “[...] arena de lutas para o acesso à riqueza social [...]”, porquanto as políticas públicas envolvem conflitos de interesses entre classes sociais, na medida em que as respostas dadas pelo Estado às demandas sociais podem beneficiar alguns em prejuízo de outros.<sup>23</sup>

Nessa fase, o Estado passou a ser alcunhado de Estado Providência, cabendo-lhe a execução de políticas públicas que dessem conta das mais variadas necessidades de uma sociedade cada vez mais complexa. Cumprir com esse papel exigiu dos Estados enormes investimentos nas áreas sociais, fazendo com que, ao final do século passado, diversos deles sofressem um forte ajuste econômico. Passou-se, assim, do paradigma liberal ao que se convencionou chamar de neoliberal, no qual a sociedade civil é convocada a assumir tarefas e responsabilidades sociais que, antes, cabiam exclusivamente ao Estado, agora incapaz, estrutural e economicamente, de, sozinho, atender a todas as demandas da complexa sociedade contemporânea, imensamente influenciada e modificada pela globalização e pela explosão populacional.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> MELCHIOR, Gladis Denise. *A extrafiscalidade do ICMS e a instrumentalização de políticas públicas voltadas à consecução da justiça social: uma abordagem dos limites constitucionais e infraconstitucionais em face do princípio federativo*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006. p. 144.

<sup>21</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Estado do futuro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *O Estado do futuro*. São Paulo: Editora Pioneira, 1998.

<sup>22</sup> SILVA, Ademir. A política social e a política econômica. *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 53, 1997.

<sup>23</sup> SILVA, Ademir. A política social e a política econômica. *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 53, 1997. p. 189.

<sup>24</sup> PANFICHI, Aldo; CHIRINOS, Paula Valéria Muñoz. Sociedade civil e governabilidade democrática nos Andes e no Cone Sul: uma visão panorâmica na entrada do século XXI. In: DAGNINO, Evelina (org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo:



Assim, conforme Oliveira e Pinto<sup>25</sup>, acompanhando uma tendência internacionalizada, organizações e movimentos sociais transformam-se em prestadores de serviços sociais das mais variadas naturezas, com recursos externos ou em parceria com o governo, ou seja, passam a executar políticas públicas, as quais podem ser definidas como:

[...] un conjunto interrelacionado de decisiones y no decisiones, que tienen como foco un área determinada de conflicto o tensión social. Se trata de decisiones adoptadas formalmente en el marco de las instituciones públicas — lo cual les confiere la capacidad de obligar —, pero que han sido percibidas de un proceso de elaboración en el cual han participado una pluralidad de actores públicos y privados.<sup>26</sup>

Mediante esse conceito, Vallès<sup>27</sup> esclarece que as políticas públicas possuem, portanto, a qualidade de obrigar seus destinatários, pois não versam sobre acordos ou pactuações voluntárias entre aqueles que decidem e aqueles aos quais se destinam as políticas, mas de imposições que se aplicam à comunidade, com base na legitimidade política daqueles. Isso, porém, não significa que políticas públicas<sup>28</sup> resultam de ações unilaterais do Estado, mas, cada vez mais, implicam uma efetiva participação da sociedade civil. Ainda, não são atividades realizadas de forma gratuita e estéril, ao acaso, mas atividades que objetivam produzir resultados, uma vez que suas resoluções, quer por meio de ações, quer de omissões, são genericamente vinculantes, ou, noutros termos, suas decisões ou não decisões atingem, direta ou indiretamente, a totalidade da comunidade política.

## 4 As políticas públicas no Brasil e suas implicações na promoção da dignidade

O Estado Brasileiro, enquanto promotor de políticas públicas,<sup>29</sup> caracterizava-se, até o início dos anos 80, pela centralização decisória e financeira na esfera federal, cabendo aos Estados e municípios o papel de executores das políticas formuladas centralmente. Outra característica importante era a fragmentação institucional, além do caráter setorial, marcados pela exclusão da sociedade civil no processo de formulação das políticas, da efetivação dos programas e do controle da ação governamental.<sup>30</sup>

Nessa relação, cabe destacar um aspecto importante do sistema de proteção social vigente no país nesse mesmo período, que é o modelo de provisão estatal. Ainda que contingentes expressivos da população tenham ficado à margem dos programas sociais estatais no Brasil, buscando soluções “autônomas” para seus problemas na área social ou simplesmente ficando excluídos do acesso a serviços públicos, o paradigma que inspirou a construção do sistema de proteção social no país foi o do *Estado do Bem-Estar*, em que cabe

Paz e Terra, 2002.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Maria Coleta; PINTO, Luzia Guedes. Exclusão social e demografia: elemento para uma agenda. In: OLIVEIRA, Maria Coleta (org.). *Demografia da exclusão social*. Campinas: Unicamp, 2001.

<sup>26</sup> VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002. p. 377.

<sup>27</sup> VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002.

<sup>28</sup> Políticas públicas são conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado direta ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam a assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico. As políticas públicas correspondem a direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelos poderes públicos enquanto novos direitos das pessoas, comunidades, coisas ou outros bens materiais ou imateriais. BRASIL. *Meio ambiente*. Disponível em: [http://www.meio-ambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O\\_que\\_sao\\_PolíticasPublicas.pdf](http://www.meio-ambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O_que_sao_PolíticasPublicas.pdf). Acesso em: dez. 2018.

<sup>29</sup> “[...] as políticas públicas atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vistas a objetivos determinados. As políticas, diferentemente das leis, não são gerais e abstratas, mas, ao contrário, são forjadas para a realização de objetivos determinados [...]” BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/mariadallari.htm>. Acesso em: 7 dez. 2018.

<sup>30</sup> FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas locais. *Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, p. 119-145, jan./fev. 2001.

ao Estado a responsabilidade pela provisão de bens e serviços públicos ante a insuficiência das respostas oferecidas pelo mercado e diante da fragilidade da sociedade civil perante os enormes desafios da área da reprodução social.<sup>31</sup>

Em termos mais abrangentes, todavia, a ciência das políticas públicas<sup>32</sup> é uma disciplina relativamente recente, difusa na América do Norte e na Europa depois da Segunda Guerra Mundial, quando alguns estudiosos de ciência política começaram a interessar-se pelas relações entre governo e cidadãos. Primeiramente, estudou-se sobre a vida política, detendo-se na dimensão normativa e moral do Estado, além dos detalhes de funcionamento das instituições políticas. Os estudiosos ocupavam-se, também, dos grandes feitos da filosofia política ocidental, procurando aprofundar o conhecimento na arte de governar e nas atividades necessárias para tentar garantir uma vida feliz aos cidadãos.<sup>33</sup>

As políticas públicas representam o investimento na sociedade e nos cidadãos, fomentado pelos impostos cobrados, e representam a transferência de recursos que o Estado tem a competência de administrar. Os direitos sociais aparecem como os mais carentes de investimentos; são a expressão das carências coletivas e do que é necessário para sanar as desigualdades sociais. Por essa razão, as políticas públicas precisam ser projetadas, testadas, aplicadas e monitoradas<sup>34</sup> para que o resultado final seja satisfatório, e para que se garanta condições dignas de vida.<sup>35</sup>

Assim, “falar em políticas públicas significa pensar o que os governos produzem, ou seja, é voltar os olhos para a atividade estatal. [...] Uma política pública é o resultado da atividade de uma autoridade investida de poder público e de legitimidade governamental.” A sua ausência, porém, não pode ser confundida com o argumento da não execução “O *adjetivo público* é utilizado para chamar atenção ao fato de que as questões que se tenta solucionar são públicas, e não, portanto, para indicar quem seria o responsável pela elaboração das políticas.” Tanto órgãos privados quanto ONGs podem participar da elaboração de políticas públicas.<sup>36</sup>

Já, especificamente no Brasil, o debate sobre a reforma da ação do Estado na área social ganhou impulso nos anos 80, no âmbito do processo de democratização do país. A agenda de reforma que então se definiu, inspirando iniciativas inovadoras por parte de governos estaduais de oposição e se consolidando na Constituição de 1988, teve como eixos a democratização dos processos decisórios e a equidade dos resultados das políticas públicas, sendo a democratização vista como condição da equidade dos resultados.<sup>37</sup> Nesse sentido, Grau<sup>38</sup> afirma:

Constituição dirigente que é, a de 1988 reclama — e não apenas autoriza — interpretação dinâmica. Volta-se à transformação da sociedade, transformação que será promovida na medida em que se

<sup>31</sup> FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas locais. *Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, p. 119-145, jan./fev. 2001.

<sup>32</sup> “Infatti una politica pubblica no è un fenomeno oggettivo dal profilo evidente, ben definito, compiutamente formalizzato, come una legge, un trattato, un’organizzazione burocratica, i cui contorni sono ben delineati.” REGONINI, Gloria. *Capire le politiche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 2001. p. 22.

<sup>33</sup> VICENZI, Alessandra; CAPANO, Giliberto. *Come studiare le politiche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 2003.

<sup>34</sup> O “[...] monitoramento envolve verificar se as metas que haviam sido estabelecidas quando da concepção da política estão sendo atingidas (caso, claro, elas tenham sido estabelecidas), acompanhar o que de fato está sendo executado no contexto da política em exame e apurar os resultados concretos produzidos em face dos direitos fundamentais que se pretende promover, tendo em conta o problema que se pretendia solucionar por meio da política pública afinal. De tal modo que, diante desse conjunto de dados, seja possível rever a política ou aspectos dela de modo a aprimorar sua capacidade de promover os resultados desejados.” BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: levando os direitos a sério. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 251-265, 2018.

<sup>35</sup> ANDRADE, Aparecida de Moura; SANTANA, Héctor Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 781-798, 2017.

<sup>36</sup> PAMPLONA, Danielle Anne. O estudo de políticas públicas e as possibilidades para o direito. In: JUBILUT, Lílíana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (org.). *Direitos humanos e vulnerabilidade em políticas públicas*. São Paulo: Editora Universitária Leopoldinum, 2017. p. 27-36. E-book.

<sup>37</sup> FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas locais. *Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, p. 119-145, jan./fev. 2001.

<sup>38</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 12.

reconheça, no art. 3 — e isso que se impõe —, fundamento à reivindicação pela sociedade, de direito à realização de políticas públicas. Políticas públicas que, objeto de reivindicação constitucionalmente legitimada, hão de importar o fornecimento de prestações positivas à sociedade.

Assim, a partir da Constituição de 1988, as políticas públicas passaram a ter outra conotação, uma vez que, finalmente, intensificou-se um movimento mais abrangente de reforma que envolvia iniciativas de todas as esferas de governo. Intensificaram-se, sobretudo, as iniciativas de governos municipais, que ampliaram significativamente suas ações no campo das políticas públicas sociais, promovendo, ainda, programas voltados ao desenvolvimento local.<sup>39</sup>

Seguindo nessa esfera, cabe salientar que a análise das políticas públicas não pode ser feita de forma fragmentada ou isolada da análise mais geral sobre os rumos do Estado e da sociedade. Por conseguinte,

o Estado revitalizado pressupõe alta capacidade de planejamento por parte dos governantes, planejamento apoiado numa sólida compreensão das relações entre a política e as diferentes dimensões da vida social. A política pode ser entendida dentro do contexto das regras de um *jogo social*, com múltiplos atores, com distintos interesses e múltiplos jogos (político, econômico, da vida cotidiana, pessoal, da comunicação, macroorganizacional, dos valores, das ciências, da natureza). O jogo social é complexo, conflituoso, indeterminado e sujeito a flutuações e surpresas. O governo, apoiado nas ferramentas do planejamento estratégico, está desafiado constantemente a equilibrar os problemas políticos, os problemas econômicos e os da vida cotidiana.<sup>40</sup>

Nessa perspectiva, as políticas públicas, por assim dizer, podem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito, no qual a noção de política pública é válida no esquema conceitual do Estado Social de Direito, que absorve algumas das figuras criadas com o *Estado de Bem-Estar*, dando a elas um novo sentido, agora não mais de intervenção sobre a atividade privada, mas de diretriz geral, tanto para a ação de indivíduos e organizações quanto do próprio Estado.<sup>41</sup>

Nesse sentido, definir *políticas públicas* elegendo um único conceito como sendo o melhor é algo complexo e delicado, se não impossível. Existem várias definições que contemplam pontos em comum, mas, segundo Schmidt<sup>42</sup>, a formulação mais atualizada e completa, que trata de uma definição normativa, ou seja, indica o que uma política pública deve ser, como deve orientar a ação estatal e diminuir os efeitos da descontinuidade administrativa, decorrente da renovação periódica de governantes, consta em documento do Ministério da Saúde<sup>43</sup>:

Políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis à população e aos formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades.

No campo das políticas públicas, todavia, existem diferentes classificações, norteadas por toda uma complexidade de abrangência. No senso comum, porém, a classificação destacadamente familiar é aquela que acontece por áreas, como políticas macroeconômicas, ambientais e sociais, entre outras. Partindo dessa premissa, pode-se ainda considerar as políticas públicas como programas de ação governamental voltados à concretização dos direitos fundamentais.

<sup>39</sup> FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas locais. *Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, p. 119-145, jan./fev. 2001.

<sup>40</sup> SCHMIDT, João Pedro. *Políticas públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista*. Santa Cruz do Sul: [s.n.], 2007. p. 35.

<sup>41</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/mariadallari.htm>. Acesso em: 7 dez. 2018.

<sup>42</sup> SCHMIDT, João Pedro. *Políticas públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista*. Santa Cruz do Sul: [s.n.], 2007.

<sup>43</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Política nacional de plantas medicinais e fitoterápicos*. Brasília, 2018.

Considerando-se atualmente a abrangência dos direitos fundamentais, que, em sucessivos pactos internacionais, depois ratificados e incluídos nas ordens jurídicas nacionais, vêm sendo ampliados a ponto de abranger hoje o direito síntese do desenvolvimento, é possível deixar de lado a separação dicotômica entre as políticas públicas e as políticas sociais. Para essa definição, mesmo as políticas públicas relacionadas apenas medianamente com a concretização de direitos, também carregam um componente finalístico, que é assegurar a plenitude do gozo da esfera de liberdade a todos e a cada um dos integrantes do povo. Assim, ao mesmo tempo, toda política pública pode ser considerada, nessa perspectiva, política social.<sup>44</sup> Desse modo,

em termos conceituais mais gerais e absolutamente modernos, tenho que se possa definir uma política pública como ação estratégica (de instituições ou pessoas de direito público) que visa atingir fins previamente determinados por finalidades, objetivos e princípios de natureza pública. Tal ação, inexoravelmente, vem marcada por altos níveis de racionalidade programática, caracterizada por medidas organizacionais e de planejamento.<sup>45</sup>

Existem, no entanto, outros conceitos, e, entre as várias e contrastantes definições de política pública, algumas são muito complexas e outras de grande simplicidade. Entre essas diferenças, porém, as variadas definições compartilham alguns aspectos-chave, como o fato de as políticas públicas serem o resultado de decisões presas ao governo, uma vez que, quando se fala nesse assunto, se fala também de ações dos governos em todas as esferas; logo, em um sentido abrangente, tem-se que “[...] sono la politica in azione: i processi attraverso cui si allocano quotidianamente spettanze, così come risorse monetarie e simboliche. Gli elementi costitutivi dell’azione: attori, interazioni, strumenti, regole e stili decisionali [...]”<sup>46</sup>

Assim, quando um governo reconhece a existência de um problema de caráter público e a necessidade de intervir nesse propósito, deve também decidir qual o curso de ações a adotar, analisando, portanto, as várias opções à disposição para resolver o problema, entrando, desta forma, no processo de formulação das políticas. A característica distintiva da formulação das políticas públicas consiste na proposta dos meios para satisfazer as exigências destinadas a atender as necessidades da sociedade.<sup>47</sup>

Nessa perspectiva, a formulação das políticas públicas precisa ser uma ação muito bem articulada e transparente, demonstrando à sociedade, na pessoa do cidadão, o fim a que elas se destinam, lembrando que este, por sua vez, deve ser sempre voltado às necessidades da coletividade, visando o bem comum de toda a sociedade.<sup>48</sup> Cada política pública compreende uma espécie de teoria de transformações sociais; teoria esta que significa regras e ações públicas, a partir das quais se constata os efeitos e impactos causados ao tecido social.

## 5 Considerações finais

A introdução de políticas públicas, vinculadas à promoção da dignidade, possibilita a concretização de um plano de desenvolvimento da sociedade nos âmbitos econômico, social, cultural e político, relacionando-se, também, dessa forma, diretamente ao desenvolvimento das capacidades propostas por Martha Nussbaum. Logo, é possível perceber, nesse contexto, que o investimento no atendimento às necessidades humanas básicas promove a inclusão e concretiza a justiça social.

Na sociedade contemporânea, a noção de *justiça social* remete à ideia de execução e busca da consolidação dos direitos das pessoas e, conseqüentemente, da solidificação da dignidade de cada uma a partir de suas

<sup>44</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/mariadallari.htm>. Acesso em: 7 dez. 2018.

<sup>45</sup> LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. *Revista de Derecho*, v. 9, p. 53-66, 2006. p. 58.

<sup>46</sup> VICENZI, Alessandra; CAPANO, Giliberto. *Come studiare le politiche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 2003. p. 2.

<sup>47</sup> VICENZI, Alessandra; CAPANO, Giliberto. *Come studiare le politiche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 2003.

<sup>48</sup> FEBBRAJO, Alberto; SPINA, Antonio La; RAITERI, Monica. *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia*. Milano: Giuffrè, 2006.

particularidades — dentro da coletividade —, destacando-se sempre a lista de capacidades e sua finalidade enquanto instrumento no cuidado para com todos os seres humanos.

Para se garantir o mínimo de dignidade por intermédio da satisfação das necessidades humanas fundamentais, necessita-se, essencialmente, de políticas públicas que busquem (de fato e de direito) fomentar um desenvolvimento social mais justo e inclusivo. Em síntese, para a efetivação de políticas públicas, é preciso estabelecer estratégias que envolvam toda a população e segmentos da sociedade, em um esforço conjunto para buscar o acesso igualitário a tais necessidades humanas fundamentais.

Logo, o Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e cujos objetivos incluem a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (BRASIL, 2019 artigo 1º, III e artigo 3º, III e IV), deve também oferecer e garantir direitos de forma igualitária para todas as pessoas, protegendo, portanto, cada um, individual e coletivamente, avançando na busca pela justiça social e promoção dos direitos humanos.

Dessa forma, somente por meio de uma nova perspectiva social e jurídica será possível a efetivação de políticas públicas cosmopolitas, capazes de proteger e efetivar os direitos humanos. Garantir o acesso igualitário a condições de vida digna e satisfatória a cada ser humano, todavia, constitui um princípio fundamental de justiça social e, portanto, exige também uma grande produtividade complexa e, em algumas situações, um tanto quanto paradoxal por parte da sociedade e do Estado (governo).

## Referências

- ANDRADE, Aparecida de Moura; SANTANA, Héctor Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 781-798, 2017.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: levando os direitos a sério. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 251-265, 2018.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 7 jan. 2019.
- BRASIL. *Meio ambiente*. Disponível em: [http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O\\_que\\_sao\\_PoliticPublicas.pdf](http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O_que_sao_PoliticPublicas.pdf). Acesso em: dez. 2018.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/mariadallari.htm>. Acesso em: 7 dez. 2018.
- FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas locais. *Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, p. 119-145, jan./fev. 2001.
- FEBBRAJO, Alberto; SPINA, Antonio La; RAITERI, Monica. *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia*. Milano: Giuffrè, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. *Revista de Derecho*, v. 9, p. 53-66, 2006.
- LUCHESE, Patrícia. *Introdução: políticas públicas em saúde*. 2004. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/267565868\\_Introducao\\_PoliticPublicas\\_em\\_Saude](https://www.researchgate.net/publication/267565868_Introducao_PoliticPublicas_em_Saude). Acesso em: dez. 2018.



- MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Estado do futuro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *O Estado do futuro*. São Paulo: Editora Pioneira, 1998.
- MELCHIOR, Gladis Denise. *A extrafiscalidade do ICMS e a instrumentalização de políticas públicas voltadas à consecução da justiça social: uma abordagem dos limites constitucionais e infraconstitucionais em face do princípio federativo*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Política nacional de plantas medicinais e fitoterápicas*. Brasília, 2018.
- NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NUSSBAUM, Martha C. *Educação e justiça social*. Portugal: Pedagogo, 2014.
- OLIVEIRA, Maria Coleta; PINTO, Luzia Guedes. Exclusão social e demografia: elemento para uma agenda. In: OLIVEIRA, Maria Coleta (org.). *Demografia da exclusão social*. Campinas: Unicamp, 2001.
- PAMPLONA, Danielle Anne. O estudo de políticas públicas e as possibilidades para o direito. In: JUBILUT, Liliana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (org.). *Direitos humanos e vulnerabilidade em políticas públicas*. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2017. p. 27-36. *E-book*.
- PANFICHI, Aldo; CHIRINOS, Paula Valéria Muñoz. Sociedade civil e governabilidade democrática nos Andes e no Cone Sul: uma visão panorâmica na entrada do século XXI. In: DAGNINO, Evelina (org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- REGONINI, Gloria. *Capire le politiche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 2001.
- SCHMIDT, João Pedro. *Políticas públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista*. Santa Cruz do Sul: [s.n.], 2007.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, Ademir. A política social e a política econômica. *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 53, 1997.
- SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Direito à saúde e políticas públicas: do ressarcimento entre gestores públicos e privados da saúde*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002.
- VICENZI, Alessandra; CAPANO, Giliberto. *Come studiare le politiche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 2003.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A influência da mídia para o  
consumo de tabaco**

**The influence of the media on  
tobacco consumption**

Luís Renato Vedovato

Maria Carolina Gervásio Angelini

# A influência da mídia para o consumo de tabaco\*

## The influence of the media on tobacco consumption

Luís Renato Vedovato\*\*

Maria Carolina Gervásio Angelini\*\*\*

### Resumo

O presente artigo, tendo como foco a influência da mídia para o consumo do tabaco no mundo, procura demonstrar que a publicidade e a propaganda são capazes de induzir as pessoas ao fumo, mediante técnicas enganosas para aumentar e manter o número de clientes. Para tanto, as divulgações midiáticas, antes e após a criação da Convenção-Quadro para Controle do Tabaco (CQCT), serão elucidadas. Em seguida é feita a análise da restrição total das publicidades e das propagandas, que se mostra como adequada, necessária e proporcional, em sentido estrito, para fazer valer o direito à vida e à saúde em detrimento da liberdade de expressão e de comunicação. É realizada uma análise doutrinária meramente dogmática, além de análise de dados. Ressalta-se que o trabalho é original e busca mostrar a sociedade, principalmente aos fumantes e aos jovens (potencial consumidor), as estratégias utilizadas pela indústria de cigarros, com relação à publicidade e à propaganda, para incentivar o fumo e que, mesmo com a CQCT, a indústria tabaqueira não deixa de criar mecanismos para propagar seus produtos.

**Palavras-chaves:** Controle do tabaco. Publicidade e propaganda. CQCT. Restrição total.

### Abstract

This paper, focusing on the influence of the media on tobacco consumption, seeks to demonstrate that advertising is capable of inducing people to smoke. To achieve this goal, media disclosures before and after the creation of the FCTC will be elucidated here. Afterwards, it will be demonstrated that the total restriction of advertisement is shown to be adequate, necessary and proportional in the strict sense to assert the right to life and health to the detriment of freedom of expression and communication. A purely dogmatic doctrinal analysis will be done, in addition to data analysis. It should be emphasized that the work is original and seeks to show society, especially to smokers and young people (potential consumers), the tricks used by the cigarette industry, in relation to advertisement, to encourage smoking and that, even with the FCTC, the tobacco industry does not stop creating mechanisms to propagate their products.

\* Recebido em 01/05/2018  
Aprovado em 25/06/2018

\*\* Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Vice Coordenador do Observatório de Direitos Humanos da UNICAMP. Professor Doutor da UNICAMP. Pesquisador Associado do Observatório das Migrações em São Paulo. Pesquisador do Projeto de pesquisa conjunto (Cardiff University e UNICAMP) "Examining poverty in a polarised and unequal society: the potential of the Consensual Approach to poverty research in Brazil"- UK Global Challenges Research Fund (GCRF). E-mail: lrvedovato@gmail.com

\*\*\* Mestra em Direito pela UNIMEP. Pós graduanda em Direito Constitucional pela UNICAMP. Graduada em Direito pela PUC-Campinas. Professora de Direito Internacional Público e Privado pela PUC Minas Poços de Caldas. E-mail: ca\_angelini@hotmail.com



**Keywords:** Tobacco control. Advertising and marketing. FCTC. Total restriction.

## 1 Introdução

A indústria do tabaco, segundo Souza Cruz, em 2015, exerceu suas atividades em 750 municípios, produziu cerca de 750 mil toneladas de tabaco<sup>1</sup> e o país foi considerado o segundo maior produtor e exportador mundial de cigarro<sup>2</sup>. Todavia, esse *status* não traz benefícios para o país, muito pelo contrário, haja vista que o produto leva a um grande impacto econômico.

No Brasil, em 2015, o tabagismo gerou custos médicos diretos de 39,4 bilhões de reais, o equivalente a 8% de todo o gasto com saúde, e 17,5 bilhões de reais em custos indiretos, decorrentes de perda de produtividade em razão de morte prematura e incapacidade, entre pessoas acima de 35 anos de idade. Isso representa perdas anuais de 56,9 bilhões de reais, 1% de todo o PIB do país. A arrecadação tributária de venda de cigarros foi de cerca de 13 bilhões de reais no mesmo ano, valor que cobre apenas 23% das perdas causadas pelo tabagismo.<sup>3</sup>

Assim, o produto prostra-se como totalmente contrário ao direito fundamental à saúde e, por anos, seu consumo foi muito fomentado mediante publicidades e propagandas. Isto ocorre porque a indústria tabaqueira labora com um setor econômico que sobrevive e lucra com a promoção e venda de cigarros há mais de 50 anos. Produto este que traz um enorme fardo para o sistema nacional, pois provoca doenças, mortes e vício nas pessoas.

O conhecimento acerca do malefício do produto pela tabaqueira é elucidado pela sentença proferida pelo judiciário americano. A sentença, dada pela juíza Gladys Kessler, reconhece que a indústria do tabaco já teria conhecimento do poder viciante da nicotina e dos prejuízos à saúde causados pelo fumo desde 1950 e, mesmo assim, buscou perpetuar a ideia de que o tabaco não fazia mal<sup>4</sup>. A mídia divulgava que não havia estudos nesse sentido, tampouco comprovações. No entanto, qualquer documento ou pesquisa existente que pudessem revelar o potencial do cigarro era escondido, ocultado e destruído, como também os laboratórios científicos eram fechados e os funcionários ensinados a não dizer ou escrever nada que comprometesse a indústria<sup>5</sup>. Havia um controle dos relatórios, justamente para evitar que a tabaqueira<sup>6</sup> tivesse que indenizar pessoas em eventuais processos.

Com isso, o início do consumo foi muito influenciado pelos meios de comunicação, uma vez que havia um investimento pesado em publicidades e propagandas para atrair consumidores, sendo uma delas a fala de que o vício seria igual ao do consumo de doces, de jujubas ou de praticar esportes ou de ouvir músicas<sup>7</sup>. Outra estratégia utilizada consistiu na afirmação de que estudos com ratos não servem para seres humanos, o que tentou afirmar, indiretamente, que os sintomas que alguns ratos sofreram em pesquisas, como dependência e perda de peso, não se aplicam as pessoas e, portanto, não são válidos<sup>8</sup>. O grande objetivo era deixar

<sup>1</sup> BALDISSERA, Rudimar; SARTOR, Basilio; SCHNEIDER, Carlise. A mídia e o debate público sobre controle do tabaco: entre a saúde e a economia. *Revista Comunicação Midiática*, v. 10, n. 2, p. 12-27, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://www2.faac.unesp.br/comunicacaomidiatica/index.php/comunicacaomidiatica/article/viewArticle/492>>. Acesso em: 24 out. 2017.

<sup>2</sup> SINDICATO INTERESTADUAL DA INDÚSTRIA DO TABACO. *Home*. Disponível em: <<http://sinditabaco.com.br>>. Acesso em: 30 out. 2017.

<sup>3</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *Quanto custa receber doações da indústria do tabaco?* Rio de Janeiro: INCA, 2017. p. 21.

<sup>4</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Civil Action n° 99-2496 (GK)*. Disponível em: <[https://www.tobaccofreekids.org/assets/content/what\\_we\\_do/industry\\_watch/doj/FinalOpinion.pdf](https://www.tobaccofreekids.org/assets/content/what_we_do/industry_watch/doj/FinalOpinion.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2017.

<sup>5</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Civil Action n° 99-2496 (GK)*. Disponível em: <[https://www.tobaccofreekids.org/assets/content/what\\_we\\_do/industry\\_watch/doj/FinalOpinion.pdf](https://www.tobaccofreekids.org/assets/content/what_we_do/industry_watch/doj/FinalOpinion.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2017.

<sup>6</sup> A expressão “tabaqueira” refere-se a indústria de tabaco.

<sup>7</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Civil Action n° 99-2496 (GK)*. Disponível em: <[https://www.tobaccofreekids.org/assets/content/what\\_we\\_do/industry\\_watch/doj/FinalOpinion.pdf](https://www.tobaccofreekids.org/assets/content/what_we_do/industry_watch/doj/FinalOpinion.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2017.

<sup>8</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Civil Action n° 99-2496 (GK)*. Disponível em: <<https://www.tobaccofreekids.org/assets/>>

os fumantes viciados, para que o “deixar de fumar” fosse difícil ou até impossível, mesmo que a verdade sobre os malefícios aparecesse.

O cigarro é um produto que leva à morte de 6 milhões de pessoas no mundo anualmente, causa dependência e é considerado um fator de risco para o câncer, doenças cardiovasculares, tuberculose, infecções respiratórias, úlceras gastrointestinais, catarata, osteoporose, enfisema pulmonar, etc. O tabagismo constitui um dos fatores de risco modificáveis das principais doenças crônicas não transmissíveis – DCNTs (doenças respiratórias crônicas e circulatórias, cânceres e diabetes), juntamente ao consumo nocivo do álcool, alimentação não saudável e sedentarismo. As DCNT são as principais causas de morte no mundo, correspondendo a 63% dos óbitos em 2008<sup>9</sup>. Aproximadamente 80% das mortes por DCNT ocorrem em países de baixa e média renda<sup>10</sup>. No Brasil, constituem o problema de saúde de maior magnitude e correspondem a 72% das causas de mortes<sup>11</sup>.

Dessa forma, o desenvolvimento econômico não deveria ser considerado como um fator determinante para o fomento da atividade tabagista, uma vez que, se a pessoa tem a saúde debilitada, pode não apenas faltar, como também não consegue laborar, perdendo o sentido a questão da geração de empregos. Também é necessário elucidar que o gasto para tratar os acometidos pelo consumo de cigarros é maior do que a renda gerada para o país, motivo pelo qual o próprio argumento de desenvolvimento sob o aspecto econômico perde o fundamento.

Em complemento, ressalta-se que o tabagismo é a principal causa de morte evitável, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), sendo importante se estudar a questão da publicidade, haja vista que, caso o consumo continue expandindo, em 2030 serão 10 milhões de falecimentos anuais<sup>12</sup>. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tem atuado para avançar na regulação de produtos de tabaco, a fim de garantir a saúde da população, mediante regulamentações, e consolidar políticas públicas para controle do tabaco<sup>13</sup>.

Logo, tendo em vista que o cigarro é um produto reconhecido em tratado internacional como maléfico, por conter substâncias tóxicas cancerígenas como o monóxido de carbono, por ser uma das grandes fontes de poluição em ambientes fechados e por levar ao óbito de milhões de pessoas no ano, criou-se a Convenção-Quadro para Controle do Tabaco (CQCT)<sup>14</sup>. O referido instrumento, reconhece, em seu preâmbulo

---

content/what\_we\_do/industry\_watch/doj/FinalOpinion.pdf>. Acesso em: 14 set. 2017.

<sup>9</sup> DUNCAN, Bruce Bartholow et. al. *Doenças crônicas não transmissíveis no Brasil: prioridade para enfrentamento e investigação*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v46s1/17.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

<sup>10</sup> MALTA, Deborah Carvalho et. al. Mortalidade por doenças crônicas não transmissíveis no Brasil e suas regiões, 2000 a 2011. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 23, n. 4, p. 599-608, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ress/v23n4/2237-9622-ress-23-04-00599.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>11</sup> MALTA, Deborah Carvalho et. al. Mortalidade por doenças crônicas não transmissíveis no Brasil e suas regiões, 2000 a 2011. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 23, n. 4, p. 599-608, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ress/v23n4/2237-9622-ress-23-04-00599.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>12</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *Tabagismo: dados e números*. Disponível em: <[http://www.inca.gov.br/releases/press\\_release\\_view\\_arq.asp?ID=1493](http://www.inca.gov.br/releases/press_release_view_arq.asp?ID=1493)>. Acesso em: 24 out. 2017.

<sup>13</sup> Andrade e Santana trazem alguns conceitos de políticas públicas em seu artigo. Dessa forma, salientam que as políticas públicas advêm da ação do Estado na ordenação da vida social, mediante leis e atos normativos que têm consequências para a vida em sociedade. Também suscitam a ideia de que as políticas públicas desejam o equilíbrio ou desequilíbrio social, sendo mecanismos que “teriam como finalidade última a consolidação da democracia, a justiça social, a manutenção do poder e a promoção da felicidade das pessoas; são um sistema de decisões públicas, composto por ações ou omissões, preventivas ou corretivas, tendentes a manter ou modificar a realidade de um ou de vários setores da vida social, por intermédio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos”. ANDRADE, Aparecida de Moura; SANTANA, Héctor Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, de v. 7, n. 3, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4740/3654>>. Acesso em: 23 maio 2018. E isto é visto no controle do tabaco no Brasil não apenas por aderir a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, mas por ter legislações e atos normativos neste sentido. O país reconheceu os malefícios do produto para a população e resolveu tomar providências antes que a epidemia continuasse a crescer cada vez mais.

<sup>14</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *Convenção-quadro para o controle do tabaco*. Disponível em: <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee/Conven%C3%A7%C3%A3o-Quadro+para+o+Controle+do+Tabaco+em+portugu%C3%AAs.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee>>. Aces-



que a propagação da epidemia do tabagismo é um dilema mundial, com consequências para à saúde, meio ambiente e sociedade, bem como que o cigarro causa dependência e que sua fumaça leva a problemas de saúde. Também demonstra preocupação com o impacto da publicidade e da propaganda, com o aumento do consumo de cigarros e salienta ser necessário que haja um controle do produto. Quanto à questão da saúde e da poluição de ambientes fechados, o artigo 8º<sup>15</sup> enfatiza que o cigarro é capaz de ocasionar doenças, inclusive a morte, e se prostra como uma grande fonte de poluição em ambientes fechados.

Dessa forma, o presente artigo estudará como a mídia influenciou (e influencia) para que o tabagismo seja socialmente aceito e o consumo seja promovido e incentivado, para que o lucro não deixe de existir. Para tanto, serão analisadas algumas mensagens publicitárias disponibilizadas pela Universidade de Stanford mediante uma abordagem meramente dogmática e de análise de dados. E, posteriormente, será observada a situação atual, deixando claro que a restrição total da publicidade e da propaganda se coloca como uma das saídas para reduzir o consumo de cigarros.

## 2 Publicidade e propaganda

Publicidade e propaganda não são sinônimos. A primeira visa à promoção do bem e, por ela, o receptor da mensagem é influenciado a consumir determinado produto, serviço ou marca<sup>16</sup>. Já a segunda tem caráter informativo e pretende estabelecer determinados comportamentos, motivo pelo qual passa a ser uma divulgação de ideias<sup>17 18</sup>.

Fabiola de Oliveira Ferreira<sup>19</sup> salienta que a publicidade tem como foco inserir um produto ou um serviço no mercado, mediante mensagens profissionais e comerciais e, a propaganda deseja que haja uma exposição de ideias, tendo conteúdos ideológicos, políticos e religiosos.

Além disso, a publicidade tem como principal característica a persuasão e deseja que as pessoas se interessem por determinado produto, influenciando-as e levando-as a consumir. O Código de Autorregulação Publicitária<sup>20</sup> define a publicidade como “toda atividade direcionada a estimular o consumo de bens e serviços”<sup>21</sup>. Por essa razão, uma vez recebida a mensagem, surge no receptor a vontade e a intenção de realizá-la. Com isso, percebe-se que o poder da mídia atinge grandes proporções, uma vez que influencia, positiva ou negativamente, as pessoas<sup>22</sup> e, pela contínua e constante proliferação das propagandas comerciais, consegue fazer com que os indivíduos acreditem que determinada afirmativa por ela colacionada é

so em: 20 out. 2017.

<sup>15</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *Convenção-quadro para o controle do tabaco*. Disponível em: <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee/Conven%C3%A7%C3%A3o-Quadro+para+o+Controle+do+Tabaco+em+portugu%C3%AAs.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee>>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>16</sup> MUNIZ, Eloá. *Publicidade e propaganda origens históricas*. Disponível em: <<http://www.eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

<sup>17</sup> CONCEITO de propaganda. Disponível em: <<https://conceito.de/propaganda>>. Acesso em: 15 out. 2017.

<sup>18</sup> MUNIZ, Eloá. *Publicidade e propaganda origens históricas*. Disponível em: <<http://www.eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

<sup>19</sup> FERREIRA, Fabiola de Oliveira. O controle da publicidade de tabaco no Brasil como proteção ao consumidor. Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/352\\_Fabiola\\_Monografia.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/352_Fabiola_Monografia.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>20</sup> O Código de Autorregulamentação Publicitária pauta as ações do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR), que é uma instituição que faz a regulamentação do setor publicitário no Brasil, impondo regras. O CONAR pode analisar a publicidade vista como contrária ao regramento imposto e, conseqüentemente, requerer a alteração do anúncio ou a sua sustação, além da imposição de advertências. Ressalta-se que a análise da publicidade eventualmente contrária ao Código é feita pelo Conselho de Ética do CONAR.

<sup>21</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 15.

<sup>22</sup> COLL, Carolina de Vargas Nunes; AMORIM, Tales Costa; HALLAL, Pedro Curi. Percepção de adolescentes e adultos referente à influência da mídia sobre o estilo de vida. *Revista Brasileira de Atividade Física*, v. 15, n. 2, 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/RBAFS/article/view/705>>. Acesso em: 17 out. 2017.

correta e verdadeira<sup>23</sup>.

Especificamente sobre o tabaco, em 1999, a empresa de cigarros investiu cerca de R\$55 milhões em propagandas no mundo, que foram bem-sucedidas, a fim de conquistar cada vez mais consumidores<sup>24</sup>. A indústria de cigarros investia em peças publicitárias, sempre com o uso da mídia (rádio, TV, jornal), com ênfase na saúde, no bem-estar, dos jovens, das mulheres, em relação à virilidade masculina, tendo um viés social e “indicando melhor qualidade de vida, saúde, minoração de estresse, com o único intuito de manter uma ambientação constante do produto nocivo”.<sup>25</sup> As mensagens publicitárias em nada se assemelhavam, nem se assemelham, com o que de fato representa o uso do produto.

Isto fez com que cada vez mais indivíduos passassem a fumar. As publicidades, em suas mensagens, direta ou indiretamente, influenciavam as pessoas a consumir. E as propagandas expunham ideias como a associação do fumo com o bem-estar nas suas mensagens visuais e escritas. Juliana Desgualdo, em uma análise histórica dos meios de comunicação, sustenta que eles influenciavam o agir do povo e o consumo<sup>26</sup>.

Em abono a esse entendimento, Vargas, Coll, Amorim e Hallal mencionam:

Acredita-se que a mídia, sendo atualmente uma importante ferramenta de condução de informação à população, seja capaz de influenciar tanto positiva quanto negativamente o estilo de vida das pessoas. Com isso, surge a discussão sobre o impacto dos meios de comunicação de massa sobre o sistema de saúde da população. Dessa forma, a ação da mídia poderia ser um importante mecanismo de intervenção, permitindo uma rápida e abrangente penetração social que, para os programas de intervenção, é de extrema importância.<sup>27</sup>

Ressalta-se que, quando os meios de comunicação não divulgam todas as características do produto, o desenvolvimento da personalidade do indivíduo é bloqueado. Ou seja, se a pessoa somente receber informação de uma determinada posição ou linha de pensamento, fica sem capacidade crítica e tem sua escolha restrita<sup>28</sup>, o que pode ser visto no caso do tabaco. Por mensagem visual ou escrita, associando o cigarro ao bem-estar, deixou-se de abordar sobre os malefícios do produto, a fim de que não se despertasse a ideia de que fumar causa prejuízos à saúde. Um poder que se impunha (e impõe) pela propaganda comercial midiática, capaz de influenciar as pessoas e fazer com que a indústria não perca seus consumidores, o que muito se assemelha as emissoras de televisão que ditam comportamentos com base no que é bom para o interesse econômico do grupo de comunicação e da mídia privada<sup>29</sup>, já que a indústria de cigarros usa de propagandas comerciais para não perder clientes e, conseqüentemente, não diminuir os lucros.

Assim, como no caso do tabaco, a publicidade e a propaganda possuem o mesmo objetivo, captar, cada

<sup>23</sup> RAMONET, Ignácio. Meios de comunicação: um poder a serviço de interesses privados? In: MORAES, Dênis de; RAMONET, Ignácio; SERRANO, Pascual (Coord.). *Mídia, poder e contrapoder*: da concentração monopólica à democratização da informação. Rio de Janeiro: FAPERJ; São Paulo: Bointempo, 2013. p. 60.

<sup>24</sup> CONTI, Mario Sérgio. *Governo inicia guerra contra a propaganda de cigarros*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0406200010.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

<sup>25</sup> FERREIRA, Fabíola de Oliveira. O controle da publicidade de tabaco no Brasil como proteção ao consumidor. Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/352\\_Fabiola\\_Monografia.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/352_Fabiola_Monografia.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>26</sup> DESGUALDO, Juliana Leandra Maria Nakamura Guillen. Dimensionamento do poder da mídia na sociedade da informação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu*, n. 2, 2014. Disponível em: <<https://www.usjt.br/revistadireito/numero-2/13-juliana-leandra.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>27</sup> COLL, Carolina de Vargas Nunes; AMORIM, Tales Costa; HALLAL, Pedro Curi. Percepção de adolescentes e adultos referente à influência da mídia sobre o estilo de vida. *Revista Brasileira de Atividade Física*, v. 15, n. 2, 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/RBAFS/article/view/705>>. Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>28</sup> DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivo dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e de adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2162/pdf>>. Acesso em: 22 maio 2018.

<sup>29</sup> Barros e Oliveira tratam sobre isto quando abordam a respeito do controle midiático. BARROS, Bruno Mello Correa de; OLIVEIRA, Rafael Santos de. O poder político e a mídia de massa: a perspectiva da fiscalização de concessões e outorgas de radiodifusão no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, ago. 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4625/pdf>>. Acesso em: 21 maio 2018.

vez mais, consumidores, as expressões serão utilizadas como sinônimos no presente texto. Logo, com base em algumas publicidades e propagandas colacionadas no site da Universidade de Stanford, se averiguará que não havia restrição a divulgação do produto das tabaqueiras, cigarro, muito pelo contrário. As indústrias conseguiam influenciar as pessoas para que comprassem e experimentassem o tabaco mediante o uso da mídia. Entretanto, com a Convenção Quadro sobre Controle do Tabaco (CQCT), esse cenário foi alterado, razão pela qual se falará das publicidades antes da CQCT e após, bem como sobre quais são as estratégias utilizadas.

### 3 Publicidade e propaganda de cigarros antes da CQCT

Quando do surgimento do cigarro, não havia qualquer controle sobre anúncios daquele produto. Dessa maneira, as tabagistas ocultavam, suprimiam e distorciam documentos e realidades, de modo que qualquer notícia a respeito dos malefícios do tabaco para a saúde e dependência que a nicotina causa, era distorcida, segundo a decisão proferida no caso *Philip Morris versus EUA*, uma vez que, além da já citada comparação do vício do cigarro, proveniente da nicotina, com o de comer jujubas ou praticar esportes, os relatórios da indústria tabaqueira eram manipulados pelos funcionários que sabiam que não podiam escrever nada que pudesse comprometer a indústria<sup>30</sup>. Os representantes das indústrias, a fim de não perder consumidores e obter cada vez mais futuros fumantes, divulgavam na mídia que não havia estudos acerca das consequências do fumo para a saúde, o que levava a população a se indagar se o produto poderia lhe causar algum mal. Todo laboratório que pudesse chegar a conclusões negativas sobre o produto e, portanto, prejudiciais a indústria, era subitamente fechado, além do fato de qualquer documento comprometedor ser enviado para outra localidade, destruído ou, ainda, manipulado pelos funcionários da empresa, que recebiam treinamento nesse sentido<sup>31</sup>.

Ressalta-se que, na referida decisão, ficou estabelecido que as tabaqueiras fizessem declarações admitindo a omissão e outros atos utilizados para estimular o consumo. Em 26/11/2017 começou-se a cumprir a decisão da juíza Gladys Kessler. Dessa forma, as tabaqueiras condenadas iniciam uma intensa e abrangente campanha contra o tabaco. Ou seja, segundo notícia do *New York Times*, a partir do domingo e da segunda-feira, dia 26/11/2017 e 27/11/2017, respectivamente, as declarações começariam a ser lançadas ao ar, o que perdurará por um ano<sup>32</sup>.

She subsequently ordered the nation's four largest cigarette makers to make certain "corrective statements," basically admissions that they had lied and defrauded the public about the harms of their products and the mythic benefits of light and low-tar cigarettes, which the companies knew were just as dangerous as regular cigarettes.

On Sunday and Monday, newspapers and television networks will begin carrying five "corrective statements" ordered by the court. Altria, R. J. Reynolds, Lorillard and Philip Morris will be required to run statements between 7 and 10 p.m. five times a week on weekdays for one year on CBS, NBC and ABC; the statements will also appear in full-page ads on five Sundays between now and March in more than 50 leading newspapers.<sup>33</sup>

Com isso, percebe-se que a tabaqueira age para conseguir obter uma divulgação do seu produto como algo bom ou, se assim não conseguisse, pelo menos causasse dúvidas acerca de possíveis problemas à saúde.

<sup>30</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Civil Action n° 99-2496 (GK)*. Disponível em: <[https://www.tobaccofreekids.org/assets/content/what\\_we\\_do/industry\\_watch/doj/FinalOpinion.pdf](https://www.tobaccofreekids.org/assets/content/what_we_do/industry_watch/doj/FinalOpinion.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2017.

<sup>31</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Civil Action n° 99-2496 (GK)*. Disponível em: <[https://www.tobaccofreekids.org/assets/content/what\\_we\\_do/industry\\_watch/doj/FinalOpinion.pdf](https://www.tobaccofreekids.org/assets/content/what_we_do/industry_watch/doj/FinalOpinion.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2017.

<sup>32</sup> Algumas destas declarações podem ser vistas em vídeos do Youtube. YOUTUBE. *Tobacco Corrective Statements-categoria*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=v0sI1wEIAxw>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

<sup>33</sup> PROCTOR, Robert N. *A force "corrective on cigarettes"*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/11/24/opinion/cigarettes-tobacco-ads-smoking-death.html>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

As mensagens dos representantes da empresa são enquadradas como uma ação publicitária, uma vez que são capazes de influenciar as pessoas a consumir — a ideia de se implementar uma dúvida pode ser vista como um jeito de não se ter fortes indícios para não fumar. E, por meio de propagandas, a indústria divulgava mensagens positivas sobre o produto e seu consumo, associando-o a situações de prazer, independência, para que o número de consumidores aumentasse.

Nesse interim, é notável que as empresas utilizavam de médicos, dentistas, esportistas, cantores e artistas como foco de suas propagandas, para endossar e dar credibilidade à mensagem enganosa que transmitiam aos consumidores. Além disso, as tabaqueiras aproveitaram do impacto positivo que a tecnologia causava na população para divulgar suas instalações, relacionando a marca com a tecnologia vista como moderna, limpa e saudável, dando a ideia de qualidade e segurança do produto. Utilizavam, ainda, da afirmativa de que cigarros acalmam e estimulam as pessoas, como também de “símbolos fálicos” e mulheres para atrair consumidores. Ressalta-se que, em virtude das várias publicidades existentes à época, o presente texto se restringirá aos mencionados neste artigo.

Com relação ao uso de profissionais atrelados à saúde, a tabaqueira se aproveitou da credibilidade de que as pessoas possuíam na medicina, em meados do século XX. As pesquisas, que eram patrocinadas pela indústria de cigarros, divulgavam que o nariz, a garganta e os órgãos acessórios não eram abaladas pelo produto, bem como que profissionais especialistas em orelha, nariz e garganta, no período de seis meses, foram responsáveis pela análise.<sup>34</sup> Old Gold, em 1930, tinha como uma de suas frases marcantes a do puro tabaco que, além de ser sem aromas artificiais, prostra-se como uma forma de causar pouca irritação na garganta<sup>35</sup>.

No site da Universidade de Stanford, está em evidência a campanha “Doctors Smoke Camels”<sup>36</sup> e outras que tinha a imagem de um médico como centro desta. O que se pretendia era tranquilizar o público, justamente pela segurança em ver que um médico optou por fumar. Todavia, o médico apresentado era fictício, haja vista que, se ele figurasse nas mensagens, poderia perder sua licença<sup>37</sup>.

Figura 1 – Campanha “Doctors Smoke Camels”



Fonte: Stanford.

<sup>34</sup> STANFORD. *Pseudoscience*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st067.php&token1=fm\\_img1551.php&theme\\_file=fm\\_mt004.php&theme\\_name=Scientific%20Authority&subtheme\\_name=Pseudoscience](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st067.php&token1=fm_img1551.php&theme_file=fm_mt004.php&theme_name=Scientific%20Authority&subtheme_name=Pseudoscience)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>35</sup> STANFORD. *Clean*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st122.php&token1=fm\\_img3572.php&theme\\_file=fm\\_mt010.php&theme\\_name=Fresh,%20Pure,%20Natural%20%20Toasted&subtheme\\_name=Pure%20%20Clean](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st122.php&token1=fm_img3572.php&theme_file=fm_mt010.php&theme_name=Fresh,%20Pure,%20Natural%20%20Toasted&subtheme_name=Pure%20%20Clean)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>36</sup> STANFORD. *Camels*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st001.php&token1=fm\\_img0002.php&theme\\_file=fm\\_mt001.php&theme\\_name=Doctors%20Smoking&subtheme\\_name=More%20Doctors%20Smoke%20Camels](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st001.php&token1=fm_img0002.php&theme_file=fm_mt001.php&theme_name=Doctors%20Smoking&subtheme_name=More%20Doctors%20Smoke%20Camels)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>37</sup> STANFORD. *Camels*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st001.php&token1=fm\\_img0002.php&theme\\_file=fm\\_mt001.php&theme\\_name=Doctors%20Smoking&subtheme\\_name=More%20Doctors%20Smoke%20Camels](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st001.php&token1=fm_img0002.php&theme_file=fm_mt001.php&theme_name=Doctors%20Smoking&subtheme_name=More%20Doctors%20Smoke%20Camels)>. Acesso em: 10 out. 2017.



Ainda com relação aos profissionais de saúde, os dentistas, também, eram expostos, com o mesmo objetivo dos médicos: causar segurança no consumo para os potenciais ou já fumantes, justamente por serem vistos como especialistas da garganta, do câncer de boca, do mau hálito e dos dentes amarelos.

[...] Whereas otolaryngologists (ear, nose, and throat doctors) could assure mildness for throats, the recommendation from a dentist might indicate fewer cosmetic mouth side effects for the advertised brands. The none-too-subtle message was that if the dentist, with all of his expertise in oral care, chose to smoke a particular brand or recommended a particular brand, then it must be safe. Dentists were seen as experts not only in suffering throats, but also in such side effects as yellowed teeth, bad breath, and orancerer [...]

Quanto ao avanço tecnológico, a tabaqueira o utiliza para, mediante propagandas, atrair consumidores. Isto fica evidente pelo fato de que, nos EUA, os anúncios tinham as instalações como destaque das propagandas. Ao mostrar essas instalações, os fabricantes procuraram associar suas marcas à tecnologia como as mais modernas, limpas e saudáveis e os laboratórios eram tidos como algo capaz de dar qualidade e segurança ao produto e, conseqüentemente, não provocar danos à saúde do consumidor<sup>38</sup>.

Figura 2 – Campanha de cigarro



Fonte: Stanford.

Nesse viés de limpeza, também, colocavam o cigarro como puro e limpo. Assim, ainda na década de 1930, esta questão era mais um modo de ganhar o público. Chesterfields relacionava a pureza à ideia de saneamento no processo de produção e fabricação do tabaco, já a Old Gold, aos aditivos<sup>39</sup>. A primeira empresa, a fim de colaborar com o que alegava, aduzia que o cigarro era como o leite e a água puros, associando-os com produtos de consumo normalizado e sem danos, colocando-o como essencial<sup>40</sup>. Um dos anúncios dessa tabaqueira colocava o cigarro como um produto tão puro que sua queima não causa odor e, em outro, enaltecia a forma de produção do tabaco e dizia que tudo possuía acompanhamento de cientistas<sup>41</sup>. Já a Fleetwood impunha na população, pelas divulgações, que seu produto fumígeno era o que possuía a fumaça mais limpa e mais fina.<sup>42</sup>

Outra tática utilizada era o fator “natural”. Conforme se depreende dos enunciados colacionadas no

<sup>38</sup> STANFORD. *Machines*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st070.php&token1=fm\\_img1677.php&theme\\_file=fm\\_mt004.php&theme\\_name=Scientific%20Authority&subtheme\\_name=Factories,%20Labs,%20Machines](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st070.php&token1=fm_img1677.php&theme_file=fm_mt004.php&theme_name=Scientific%20Authority&subtheme_name=Factories,%20Labs,%20Machines)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>39</sup> STANFORD. *Clean*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st122.php&token1=fm\\_img3572.php&theme\\_file=fm\\_mt010.php&theme\\_name=Fresh,%20Pure,%20Natural%20&%20Toasted&subtheme\\_name=Pure%20&%20Clean](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st122.php&token1=fm_img3572.php&theme_file=fm_mt010.php&theme_name=Fresh,%20Pure,%20Natural%20&%20Toasted&subtheme_name=Pure%20&%20Clean)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>40</sup> STANFORD. *Clean*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st122.php&token1=fm\\_img3572.php&theme\\_file=fm\\_mt010.php&theme\\_name=Fresh,%20Pure,%20Natural%20&%20Toasted&subtheme\\_name=Pure%20&%20Clean](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st122.php&token1=fm_img3572.php&theme_file=fm_mt010.php&theme_name=Fresh,%20Pure,%20Natural%20&%20Toasted&subtheme_name=Pure%20&%20Clean)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>41</sup> STANFORD. *Clean*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st122.php&token1=fm\\_img3572.php&theme\\_file=fm\\_mt010.php&theme\\_name=Fresh,%20Pure,%20Natural%20&%20Toasted&subtheme\\_name=Pure%20&%20Clean](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st122.php&token1=fm_img3572.php&theme_file=fm_mt010.php&theme_name=Fresh,%20Pure,%20Natural%20&%20Toasted&subtheme_name=Pure%20&%20Clean)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>42</sup> STANFORD. *Clean*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st122.php&token1=fm\\_img3572.php&theme\\_file=fm\\_mt010.php&theme\\_name=Fresh,%20Pure,%20Natural%20&%20Toasted&subtheme\\_name=Pure%20&%20Clean](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st122.php&token1=fm_img3572.php&theme_file=fm_mt010.php&theme_name=Fresh,%20Pure,%20Natural%20&%20Toasted&subtheme_name=Pure%20&%20Clean)>. Acesso em: 10 out. 2017.

site da tobacco.stanford, é possível observar que o slogan “natural” parecia se referir ao cigarro e não ao mentol-uma técnica de Salem que se tornou um atrativo para as demais empresas durante um bom tempo<sup>43</sup>. Circulavam anúncios com fundos de papel reciclado ou saco de compras marrom para, indiretamente, fomentar a visão ambiental, mas também havia aquelas que diretamente induziam o consumidor por dizerem que o produto era 100% natural e não parecido com o charuto<sup>44</sup>.

Figura 3 – Campanha de cigarro



Fonte: Stanford.

Ressalta-se que, ao final do século XIX e início do XX, havia enunciados de cigarros como medicinais. Inclusive, os alocados como capazes de tratar a asma foram bem vendidos<sup>45</sup>.

Além disso, ainda com o intuito de atrair cada vez mais consumidores, a indústria inseria o tabaco como calmante e estimulante. Pelas propagandas impunha a ideia de que o produto renovaria as energias e acalmaria os nervos.<sup>46</sup> Para tanto, utilizaram-se das mais diversas profissões, incluindo mergulhadores até idosos ou pessoas que não laboravam<sup>47</sup>. Procurava colocar o cigarro como aquele que satisfaz as pessoas, seja por ser um renovador de energias, seja por permitir acabar com o estresse. Tareyton<sup>48</sup>, em seus anúncios, colocava o cigarro como um produto para pessoas super ativas.

<sup>43</sup> STANFORD. *Natural*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st123.php&token1=fm\\_img9666.php&theme\\_file=fm\\_mt010.php&theme\\_name=Fresh,%20Pure,%20Natural%20&%20Toasted&subtheme\\_name=Natural](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st123.php&token1=fm_img9666.php&theme_file=fm_mt010.php&theme_name=Fresh,%20Pure,%20Natural%20&%20Toasted&subtheme_name=Natural)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>44</sup> STANFORD. *Natural*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st123.php&token1=fm\\_img9666.php&theme\\_file=fm\\_mt010.php&theme\\_name=Fresh,%20Pure,%20Natural%20&%20Toasted&subtheme\\_name=Natural](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st123.php&token1=fm_img9666.php&theme_file=fm_mt010.php&theme_name=Fresh,%20Pure,%20Natural%20&%20Toasted&subtheme_name=Natural)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>45</sup> STANFORD. *Cigarettes*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st060.php&token1=fm\\_img1418.php&theme\\_file=fm\\_mt003.php&theme\\_name=For%20Your%20Health&subtheme\\_name=Medicinal%20Cigarettes](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st060.php&token1=fm_img1418.php&theme_file=fm_mt003.php&theme_name=For%20Your%20Health&subtheme_name=Medicinal%20Cigarettes)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>46</sup> STANFORD. *Disposition*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st128.php&token1=fm\\_img3752.php&theme\\_file=fm\\_mt011.php&theme\\_name=Psychological%20Exploits&subtheme\\_name=Your%20Disposition](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st128.php&token1=fm_img3752.php&theme_file=fm_mt011.php&theme_name=Psychological%20Exploits&subtheme_name=Your%20Disposition)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>47</sup> STANFORD. *Nerves*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st126.php&token1=fm\\_img3628.php&theme\\_file=fm\\_mt011.php&theme\\_name=Psychological%20Exploits&subtheme\\_name=Calms%20your%20Nerves](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st126.php&token1=fm_img3628.php&theme_file=fm_mt011.php&theme_name=Psychological%20Exploits&subtheme_name=Calms%20your%20Nerves)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>48</sup> STANFORD. *Nerves*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st126.php&token1=fm\\_img3628.php&theme\\_file=fm\\_mt011.php&theme\\_name=Psychological%20Exploits&subtheme\\_name=Calms%20your%20Nerves](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st126.php&token1=fm_img3628.php&theme_file=fm_mt011.php&theme_name=Psychological%20Exploits&subtheme_name=Calms%20your%20Nerves)>. Acesso em: 10 out. 2017.

Figura 4 – Campanha de cigarro



Fonte: Stanford.

Ademais, outro atrativo utilizado era a ligação do cigarro com o sexo e com as mulheres. As tabagistas passaram a inserir imagens de mulheres com lingerie nos pacotes de cigarro, a fim de chamar atenção do público masculino, bem como usavam fotos de meninas pin up com a mesma intenção<sup>49</sup>. As mensagens eram diretas (com mulheres vestidas quase nuas) ou indiretas (por mensagens subliminares). Nesse sentido, tem-se os cigarros Zira como exemplo, haja vista que a marca coloca as meninas Zira como “feitas para os homens”, fazendo uma ligação com o sexo para atrair o público masculino<sup>50</sup>. A masculinidade, também, era utilizada por meio de símbolos fálicos (como pranchas de surf parecidas com um charuto), de homens caídos que, após fumarem, se elevam, e do fim da calvície após fumar<sup>51</sup>. Ressalta-se que a Lucky Strike divulgava que a maior parte dos adultos fumam, de forma que, os que não inalavam seus cigarros, eram ridicularizados como maricas<sup>52 53</sup>.

<sup>49</sup> STANFORD. *Sells*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st129.php&token1=fm\\_img3764.php&theme\\_file=fm\\_mt011.php&theme\\_name=Psychological%20Exploits&subtheme\\_name=Sex%20Sells](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st129.php&token1=fm_img3764.php&theme_file=fm_mt011.php&theme_name=Psychological%20Exploits&subtheme_name=Sex%20Sells)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>50</sup> STANFORD. *Girls*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st292.php&token1=fm\\_img11831.php&theme\\_file=fm\\_mt011.php&theme\\_name=Psychological%20Exploits&subtheme\\_name=Zira%20Girls](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st292.php&token1=fm_img11831.php&theme_file=fm_mt011.php&theme_name=Psychological%20Exploits&subtheme_name=Zira%20Girls)>. Acesso em: 10/10/2017.

<sup>51</sup> STANFORD. *Sells*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st129.php&token1=fm\\_img3764.php&theme\\_file=fm\\_mt011.php&theme\\_name=Psychological%20Exploits&subtheme\\_name=Sex%20Sells](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st129.php&token1=fm_img3764.php&theme_file=fm_mt011.php&theme_name=Psychological%20Exploits&subtheme_name=Sex%20Sells)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>52</sup> STANFORD. *Inhale*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st057.php&token1=fm\\_img1314.php&theme\\_file=fm\\_mt003.php&theme\\_name=For%20Your%20Health&subtheme\\_name=Do%20you%20inhale?](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st057.php&token1=fm_img1314.php&theme_file=fm_mt003.php&theme_name=For%20Your%20Health&subtheme_name=Do%20you%20inhale?)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>53</sup> DICIONÁRIO DO AURÉLIO. *Significado de Maricas*. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/maricas>>. Acesso em: 14 dez. 2017.



Figura 5 – Campanha de cigarro



Fonte: Stanford.

Além disso, a Camels, ao divulgar seu produto, gerava a ideia de que o cigarro auxiliaria na digestão. Para tanto, “the digestion advertisements employed an array of techniques, ranging from celebrity and athlete testimonial to youth appeal through a claim to modernity”<sup>54</sup>.

Por fim, a última estratégia que se deseja colacionar era o uso de imagens de bebês e de crianças nos anúncios. Isto ocorria porque, ao atrelá-los ao cigarro, se passava a ideia de que o produto era algo comum na vida familiar, bem como enaltecia a pureza, dando um certo conforto a saúde do consumidor<sup>55</sup>. Havia, ainda, cigarros feitos de doces, justamente para que os anúncios fossem voltados para os menores. Pretendia-se transmitir a mensagem de que os infantes podiam ser como seus pais, além de normalizar o uso do tabaco entre essas gerações<sup>56</sup>. Alguns personagens, também, eram o foco dos anúncios, como o Papai Noel, para causar uma sensação de felicidade e de festa. É importante considerar, ainda, que, para atrair as crianças, a indústria tabagista patrocinava<sup>57</sup> o que as interessava — uma tática que atraía a atenção do infante e o levava a se acostumar com o produto.

<sup>54</sup> STANFORD. *Sake*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st059.php&token1=fm\\_img1349.php&theme\\_file=fm\\_mt003.php&theme\\_name=For%20Your%20Health&subtheme\\_name=For%20Digestion%20Sake](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st059.php&token1=fm_img1349.php&theme_file=fm_mt003.php&theme_name=For%20Your%20Health&subtheme_name=For%20Digestion%20Sake)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>55</sup> STANFORD. *Sake*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st059.php&token1=fm\\_img1349.php&theme\\_file=fm\\_mt003.php&theme\\_name=For%20Your%20Health&subtheme\\_name=For%20Digestion%20Sake](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st059.php&token1=fm_img1349.php&theme_file=fm_mt003.php&theme_name=For%20Your%20Health&subtheme_name=For%20Digestion%20Sake)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>56</sup> STANFORD. *Cigarettes*. Disponível em: <[http://tobacco.stanford.edu/tobacco\\_main/images.php?token2=fm\\_st145.php&token1=fm\\_img4405.php&theme\\_file=fm\\_mt016.php&theme\\_name=Infants%20&%20Children&subtheme\\_name=Candy%20Cigarettes](http://tobacco.stanford.edu/tobacco_main/images.php?token2=fm_st145.php&token1=fm_img4405.php&theme_file=fm_mt016.php&theme_name=Infants%20&%20Children&subtheme_name=Candy%20Cigarettes)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>57</sup> A questão do patrocínio pode ser vista na decisão da juíza Gladys Kessler, além em eventos da época. UNITED STATES OF AMERICA. *Civil Action n° 99-2496 (GK)*. Disponível em: <[https://www.tobaccofreekids.org/assets/content/what\\_we\\_do/industry\\_watch/doj/FinalOpinion.pdf](https://www.tobaccofreekids.org/assets/content/what_we_do/industry_watch/doj/FinalOpinion.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2017.



Figura 6 – Campanha de cigarro



Fonte: Stanford

Portanto, percebe-se que a tabaqueira utilizava da publicidade e da propaganda como uma forma de atrair consumidores. Ela persuadia o indivíduo para comprar cigarros e consumi-lo, cerceando a sua liberdade de escolha, por não divulgar todas as informações sobre o cigarro, o que corroborou o aumento do número de fumantes e de mortes. Como dito anteriormente, cerca de 2 bilhões de pessoas, aproximadamente, fumam, segundo a OMS, sendo 47% do sexo masculino e 12% do feminino<sup>58</sup>. E, no Brasil, o prejuízo que o tabaco causa para o país é de cerca de 56,9 bilhões, sendo 39,4 bilhões com despesas médicas e 17,5 bilhões com custos indiretos (perda da produtividade)<sup>59</sup>— o valor recebido a título de impostos com a venda de cigarros (12,9 bilhões) não é suficiente para cobrir todo o dispêndio com a saúde, de forma que permanece um saldo negativo de 44 bilhões por ano<sup>60</sup>. Pior que isto é o número de mortos, já que, em 2015, cerca de 156.216 pessoas morreram no Brasil por doenças decorrentes do tabaco<sup>61</sup>.

#### 4 A proibição da publicidade e da propaganda pela CQCT e os reflexos no Brasil

A publicidade e a propaganda, como abordado, constituem maneiras de atrair o público jovem e obter ainda mais consumidores. A mídia impõe padrões de comportamentos para os indivíduos de maneira que favoreça o responsável pelo produto divulgado, o que não foi diferente no caso do tabaco, até porque, como diz Juliana Desgualdo<sup>62</sup>, para que um produto seja vendido, é preciso motivar o futuro comprador, sendo a persuasão dos meios de comunicação uma das melhores maneiras. Em complemento a isto, a autora em comento sustenta que:

[...] a mídia exerce influência sobre a vida do homem, ditando paradigmas de comportamento social,

<sup>58</sup> BRASIL. Governo Federal. *Cigarro mata mais de 5 milhões de pessoas, segundo OMS*. Disponível em: <[www.brasil.gov.br/saude/2014/05/cigarro-mata-mais-de-5-milhoes-de-pessoas-segundo-oms](http://www.brasil.gov.br/saude/2014/05/cigarro-mata-mais-de-5-milhoes-de-pessoas-segundo-oms)>. Acesso em: 15 out. 2017.

<sup>59</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *O consumo de cigarros e outros derivados do tabaco causou um prejuízo de R\$56,9 bilhões ao país: R\$ 39,4 bilhões em custos médicos diretos e R\$ 17,5 bilhões em custos indiretos*. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2017/o-consumo-de-cigarros-e-outros-derivados-do-tabaco-custam-para-o-brasil>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>60</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *O consumo de cigarros e outros derivados do tabaco causou um prejuízo de R\$56,9 bilhões ao país: R\$ 39,4 bilhões em custos médicos diretos e R\$ 17,5 bilhões em custos indiretos*. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2017/o-consumo-de-cigarros-e-outros-derivados-do-tabaco-custam-para-o-brasil>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>61</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *O consumo de cigarros e outros derivados do tabaco causou um prejuízo de R\$56,9 bilhões ao país: R\$ 39,4 bilhões em custos médicos diretos e R\$ 17,5 bilhões em custos indiretos*. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2017/o-consumo-de-cigarros-e-outros-derivados-do-tabaco-custam-para-o-brasil>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>62</sup> DESGUALDO, Juliana Leandra Maria Nakamura Guillen. Dimensionamento do poder da mídia na sociedade da informação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu*, n. 2, 2014. Disponível em: <<https://www.usjt.br/revistadireito/numero-2/13-juliana-leandra.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

revelando-se uma fonte de poder capaz de manipular as escolhas individuais de cada um, dada a persuasão exercida.

O convencimento é uma arte que remonta a própria história do comércio. Para se vender um produto, é preciso motivar o potencial adquirente, convencendo-o de que se trata de algo útil, necessário, valioso [...] <sup>63</sup>

As tabaqueiras, por meio de estratégias, buscavam chamar a atenção dos consumidores, como aduzido, principalmente dos jovens, a fim de manter usuários e adquirir novos. A manipulação de informações e a falsidade das afirmativas foi um grande atrativo, visto que se traz a ideia de que fumar faz bem à saúde, diminui o estresse e é sinal de virilidade. Outro fator foi o uso de profissionais da saúde e artistas, de bebês, do Papai Noel, de patrocínio de atividades voltadas para crianças, de mulheres, da tecnologia, bem como pela criação de cigarros de chocolate, pela propaganda televisiva e pela associação do fumar como algo chique. Com isso, em relação ao tópico anterior, percebe-se o quanto a mensagem publicitária era apelativa e como é capaz de persuadir as pessoas, até porque elas quase não possuíam informações referentes aos efeitos do cigarro.

Bezerra corrobora isto quando assevera que as propagandas foram alteradas no decorrer dos anos, justamente para atrair o público e aumentar o consumo <sup>64</sup>, o que aconteceu com o tabaco. Passava-se uma ideia de que o produto era um “passaporte para a felicidade” <sup>65</sup>, mediante propagandas comerciais.

Em abono desse entendimento, transcreve-se o seguinte trecho:

A indústria do tabaco gasta bilhões de dólares a cada ano para comercializar os seus produtos. Ela utiliza uma combinação de táticas de publicidade, promoção e patrocínio para influenciar diretamente o consumo de tabaco e o comportamento relacionado ao tabaco. A publicidade, promoção e patrocínio mostram o consumo de tabaco como algo normal e glamoroso, contêm mensagens enganosas e falsas, enfraquecem as campanhas de saúde pública e têm como público-alvo populações específicas, como mulheres, jovens e grupos minoritários. Conforme demonstram diversas pesquisas científicas, os objetivos das estratégias de marketing dirigidas aos consumidores de tabaco são:

- Recrutar novos consumidores de tabaco;
- Manter ou aumentar o consumo entre os usuários atuais;
- Reduzir a disposição dos consumidores de tabaco em abandonar o tabagismo; e
- Incentivar ex-fumantes de tabaco a voltar ao vício.

Esses objetivos têm uma clara correlação no impacto das estratégias de publicidade, promoção e patrocínio nos níveis de consumo, especialmente entre jovens. Tem sido demonstrado que a comercialização de tabaco aumenta o início do consumo de tabaco entre jovens [...] <sup>66</sup>

Percebe-se, portanto, que,

Mediante o acionamento de diferentes estratégias de comunicação, aqui compreendida “[...] como processo de construção e disputa de sentidos (BALDISSERA, 2004: 128), essas forças em embate procuram promover e tornar públicos seus interesses e suas representações de mundo- suas “verdades” -, bem como obter opiniões favoráveis. Assim, em sentido estratégico, cada organização, mais do que avaliar os alvos e as ameaças, seus pontos fortes e fracos, tende a estudar os códigos culturais das forças contrárias para, a partir disso, implementar estratégias que possam diminuir o nível das resistências de tais forças que, de alguma forma, não compactuam com os seus desejos e fazeres. <sup>67</sup>

<sup>63</sup> DESGUALDO, Juliana Leandra Maria Nakamura Guillen. Dimensionamento do poder da mídia na sociedade da informação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu*, n. 2, 2014. Disponível em: <<https://www.usjt.br/revistadireito/numero-2/13-juliana-leandra.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>64</sup> BEZERRA, Glicia Maria Pontes. Publicidade e Defesa do Consumidor no Brasil: histórico, cenário político e disputas sobre a implementação do código em contraponto à autorregulamentação publicitária no país. *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, São Paulo, v. 26, n. 111, p. 197-218, maio/jun. 2017.

<sup>65</sup> Expressão utilizada por Bezerra.

<sup>66</sup> CABRERA, Oscar; GUILLEN, Paula Ávila; CARBALLO, Juan. Viabilidade jurídica de uma proibição total da publicidade de tabaco: o caso perante a corte constitucional da Colômbia. In: PASQUALOTTO, Adalberto (Org.). *Publicidade de tabaco: frente e verso da liberdade de expressão comercial*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 258-259.

<sup>67</sup> BALDISSERA, Rudimar; SARTOR, Basílio; SCHNEIDER, Carlise. A mídia e o debate público sobre controle do tabaco: entre

Observa-se que a comercialização do cigarro aumenta o número de consumidores, principalmente de jovens. As artimanhas, como dito e demonstrado, existem desde o início da comercialização do produto, não somente elas, como também a luta pela manutenção das publicidades e o argumento da liberdade de expressão (torna-se fumante quem quer), uma vez que empresa busca manter a divulgação do produto para não perder clientes. A Convenção-Quadro de Controle do Tabaco (CQCT)<sup>68</sup>, tratado internacional negociado sob os auspícios da Organização Mundial da Saúde (OMS), adotada pela Assembleia Mundial da Saúde em 21 de maio de 2003, e com entrada em vigor em 27 de fevereiro de 2005, ratificado pelo Brasil mediante Decreto nº 5.658, de 02 de janeiro de 2006, coloca como “publicidade e promoção do tabaco” qualquer mecanismo que promova, ainda que indiretamente, um produto ou o consumo do tabaco e os veda. Ressalta-se que a Convenção foi criada como uma resposta a epidemia global do tabagismo, responsável pela morte de inúmeras pessoas.

Isto se dá não apenas pelos malefícios causados à saúde, mas também pelo fato de o tabagismo ser considerado uma doença pediátrica, já que 80% dos fumantes começou a fumar antes dos 18 anos. Além disso, conforme Andrews e Franke, isto é “[...] consequência dos esforços da indústria do tabaco para manter um conjunto de consumidores para garantir o futuro de sua empresa”<sup>69</sup>.

[...] o tabagismo é amplamente reconhecido como uma doença pediátrica. As estatísticas globais e nacionais mostram que 80% dos fumantes atuais tornaram-se dependentes da nicotina antes dos 18 anos de idade, sendo 15 anos a idade média da iniciação no tabagismo. E isso não é por acaso. Milhões de documentos internos de fabricantes de cigarros, confiscados judicialmente nos Estados Unidos e no Reino Unido, confirmam que atrair adolescentes para o consumo desses produtos tornou-se estratégico para a sobrevivência econômica do negócio, pois este grupo de pessoas funcionará como fonte de reposição daquelas que deixam de fumar ou morrem. Os documentos também revelam que há muito essas empresas detinham o conhecimento de que raramente alguém que experimenta seu primeiro cigarro depois da infância e adolescência desenvolve dependência química de nicotina<sup>70</sup>.

Assim, passou-se a exigir, nos moldes do artigo 11<sup>71</sup> do dito instrumento, que os produtos de tabaco fossem embalados e etiquetados sem qualquer informação falsa, enganosa, que gere indução ou equívocos a respeito do tabaco, bem como não permitiu que se criassem impressões de que um produto de tabaco é menos violador à saúde do que outro e se exigiu a inserção de advertências à saúde. Nesse mesmo caminho, o artigo 12<sup>72</sup> deseja que a população tenha consciência sobre o tabaco pelos meios comunicativos, seja a respeito dos riscos causados pelo consumo ou exposição à fumaça, seja acerca da melhoria da qualidade de vida daquele que o abandona.

E, em complemento a isso, no artigo 13<sup>73</sup>, proíbe-se a publicidade, a promoção e o patrocínio do tabaco,

a saúde e a economia. *Revista Comunicação Midiática*, v. 10, n. 2, p. 12-27, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://www2.faac.unesp.br/comunicacaomidiatica/index.php/comunicacaomidiatica/article/viewArticle/492>>. Acesso em: 24 out. 2017.

<sup>68</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *Convenção-quadro para o controle do tabaco*. Disponível em: <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee/Conven%C3%A7%C3%A3o-Quadro+para+o+Controle+do+Tabaco+em+portugu%C3%AAs.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee>>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>69</sup> ANDREWS, R. L.; FRANKE, G. R. As determinantes do consumo de cigarro: uma meta-análise. *Diário de Políticas Públicas e Marketing*, n. 10, p. 81-100, 1991.

<sup>70</sup> CAVALCANTE, Tânia Maria. A restrição da propaganda de produtos de tabaco no Brasil. *Revista Jurídica Consulex*, ano 18, n. 429, dez. 2014. Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/999\\_artigo\\_Tania\\_Cavalcante.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/999_artigo_Tania_Cavalcante.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2017.

<sup>71</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *Convenção-quadro para o controle do tabaco*. Disponível em: <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee/Conven%C3%A7%C3%A3o-Quadro+para+o+Controle+do+Tabaco+em+portugu%C3%AAs.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee>>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>72</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *Convenção-quadro para o controle do tabaco*. Disponível em: <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee/Conven%C3%A7%C3%A3o-Quadro+para+o+Controle+do+Tabaco+em+portugu%C3%AAs.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee>>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>73</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *Convenção-quadro para o controle do tabaco*. Disponível em: <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee/Conven%C3%A7%C3%A3o-Quadro+para+o+Controle+do+Tabaco+em+portugu%C3%AAs.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee>>. Acesso em: 20 out. 2017.

a fim de diminuir o número de fumantes. A CQCT veda o enaltecimento do tabaco, mediante informações falsas, imprecisas, equivocadas e enganosas e que leve a pessoa a acreditar e, conseqüentemente, a consumir o produto, bem como requer que todo tipo de publicidade contenha advertências ou mensagens sanitárias e restringe o uso de incentivos a compra. O artigo pleiteia, ainda, que se proíba totalmente a publicidade, mas, caso não seja possível por colidir com a Constituição, exige que ela seja restringida em qualquer meio de comunicação. Veda, ainda, o patrocínio do cigarro de eventos e atividades internacionais.

Em consonância a isto, o Brasil, pela Lei nº 9294/1996<sup>74</sup>, buscou dar uma maior tutela à saúde e trouxe disposições que limitam a liberdade de fumar. O referido instrumento vedou a propaganda de cigarros e produtos derivados do fumo na rádio e na televisão em certos horários, como também propagandas que envolvessem esportes ou que fossem atrativos para crianças.

Em 2000, a lei em comento foi alterada pela de nº 10167<sup>75</sup>, que limitou a propaganda comercial à colocação de pôsteres, painéis e cartazes na parte interna do estabelecimento que vende cigarros. Renata Balbino Soares, abordando a respeito da aludida legislação, complementa a ideia quando menciona:

Além disso, restringe a publicidade de produtos derivados do tabaco à fixação de pôsteres, painéis e cartazes na parte interna dos locais de venda, proibindo-a, conseqüentemente, em revistas, jornais, televisão, rádio e outdoors. Veda a propaganda em meio eletrônico, inclusive internet, a propaganda indireta contratada, também denominada merchandising, e a propaganda em estádios, pistas, palcos ou locais similares, em eventos esportivos nacionais e culturais.<sup>76</sup>

Ainda sobre a questão da publicidade, a Lei nº 10.702/2003<sup>77</sup> traz previsão acerca da proibição de venda de fumígenos em escolas e locais de ensino, bem como que, caso haja eventos esportivos ou culturais patrocinados por indústrias de tabaco, é necessário que, durante a transmissão, haja a veiculação de advertências. Em 2007, a Lei nº 11.488/2007<sup>78</sup> impõe as tabaqueiras que instalem equipamentos capazes de contar sua produção, controlar e rastrear o produto. Por sua vez, a Lei nº 12.546/2011<sup>79</sup> proíbe a propaganda em displays e em pontos de venda (PDV). E, em 2014, com o intuito de reduzir ainda mais o consumo de cigarros

---

so em: 20 out. 2017.

<sup>74</sup> Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do §4º do art. 220 da Constituição Federal. BRASIL. *Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9294.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

<sup>75</sup> BRASIL. *Lei n. 10.167, de 27 de dezembro de 2000*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L10167.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10167.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

<sup>76</sup> SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *Direito e tabaco: prevenção, reparação e decisão*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 21.

<sup>77</sup> BRASIL. *Lei n. 10.702, de 14 de julho de 2003*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.702.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.702.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

<sup>78</sup> Cria o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura - REIDI; reduz para 24 (vinte e quatro) meses o prazo mínimo para utilização dos créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS decorrentes da aquisição de edificações; amplia o prazo para pagamento de impostos e contribuições; altera a Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e as Leis nos 9.779, de 19 de janeiro de 1999, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.666, de 8 de maio de 2003, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 4.502, de 30 de novembro de 1964, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.426, de 24 de abril de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.892, de 13 de julho de 2004, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.848, de 15 de março de 2004, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga dispositivos das Leis nos 4.502, de 30 de novembro de 1964, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e do Decreto-Lei no 1.593, de 21 de dezembro de 1977; e dá outras providências. BRASIL. *Lei n. 11.488, de 15 de junho de 2007*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111488.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111488.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

<sup>79</sup> Institui o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra); dispõe sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) à indústria automotiva; altera a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que menciona; altera as Leis nº11.774, de 17 de setembro de 2008, nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, nº 10.865, de 30 de abril de 2004, nº 11.508, de 20 de julho de 2007, nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984, nº 11.491, de 20 de junho de 2007, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e nº 9.294, de 15 de julho de 1996, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga o art. 1º da Lei nº 11.529, de 22 de outubro de 2007, e o art. 6º do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, nos termos que especifica; e dá outras providências. BRASIL. *Lei n. 12.546, de 14 de dezembro de 2011*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112546.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112546.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.



e as doenças e mortes, editou o Decreto nº 8.262<sup>80</sup>, que visa regulamentar a Lei nº 12.546/2011<sup>81</sup>, que alterou aspectos da Lei nº 9.294/1996, como a restrição da publicidade de tabaco. Com isso, no artigo 49 da Lei nº 12.546/2011<sup>82</sup>, vedou-se o uso de cigarros ou outros produtos fumígenos em ambientes fechados, como também se proibiu a propaganda dos referidos produtos, salvo nos pontos de venda (desde que contenham advertências). O Decreto nº 8.262/2014<sup>83</sup> vem complementar a questão das propagandas e colaciona, em seu artigo 7º e 7-A, como deverá ser a exposição dos ditos produtos nos pontos de venda, as advertências sanitárias que o mostruário ou expositor devem conter e o que as embalagens do produto terão que informar e possuir.

Percebe-se que a aludida proibição é capaz de reduzir o consumo, uma vez que, em uma pesquisa feita com 22 países considerados de alta renda, verificou-se que vedação total diminuiria o consumo do tabaco em até 7,4% e, individualmente, apresentaram uma redução de cerca de 16%<sup>84</sup>. No Brasil isto também é visível, pois, nos dizeres de Tânia Cavalcante:

O estudo do INCA também mostrou o peso do efeito das diferentes medidas adotadas no Brasil nas últimas décadas. Cerca de 46% da redução do tabagismo foi explicada pelo aumento dos preços de cigarros; 14% pela adoção de legislação que proíbe o ato de fumar em recintos coletivos; 14%, pela adoção de medidas restritivas à propaganda e marketing dos produtos derivados do tabaco; 10%, pelas medidas de promoção à cessação do tabagismo; 8% pela adoção de advertências sanitárias nas embalagens; e 6% pela realização de campanhas de mídia de massa. O estudo estimou, ainda, que se no Brasil fossem adotadas medidas mais restritivas do que as atuais, como uma total proibição do ato de fumar em recintos coletivos e uma total proibição da propaganda de tabaco, até 2050 essas medidas colaborariam respectivamente com uma redução adicional de 6% e 5% na prevalência de fumantes e, juntas, poderiam evitar cerca de 439 mil mortes.<sup>85</sup>

Ressalta-se que a RDC nº335/2003<sup>86</sup> (vale ressaltar que tal RDC será substituída em 2019 com a entrada em vigor da nova regulação, como será exposto adiante) colocou regras de posições, tamanhos, características gráficas das imagens nas embalagens e nas publicidades. Enfatiza-se, ainda, que, pela Lei nº

<sup>80</sup> BRASIL. *Decreto n. 8.262, de 31 de maio de 2014*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/d8262.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8262.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>81</sup> Institui o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra); dispõe sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) à indústria automotiva; altera a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que menciona; altera as Leis nº11.774, de 17 de setembro de 2008, nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, nº 10.865, de 30 de abril de 2004, nº 11.508, de 20 de julho de 2007, nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984, nº 11.491, de 20 de junho de 2007, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e nº 9.294, de 15 de julho de 1996, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga o art. 1º da Lei nº 11.529, de 22 de outubro de 2007, e o art. 6º do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, nos termos que especifica; e dá outras providências. BRASIL. *Lei n. 12.546, de 14 de dezembro de 2011*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112546.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112546.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

<sup>82</sup> Institui o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra); dispõe sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) à indústria automotiva; altera a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que menciona; altera as Leis nº11.774, de 17 de setembro de 2008, nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, nº 10.865, de 30 de abril de 2004, nº 11.508, de 20 de julho de 2007, nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984, nº 11.491, de 20 de junho de 2007, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e nº 9.294, de 15 de julho de 1996, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga o art. 1º da Lei nº 11.529, de 22 de outubro de 2007, e o art. 6º do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, nos termos que especifica; e dá outras providências. BRASIL. *Lei n. 12.546, de 14 de dezembro de 2011*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112546.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112546.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

<sup>83</sup> BRASIL. *Decreto n. 8.262, de 31 de maio de 2014*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/d8262.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8262.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>84</sup> CABRERA, Oscar; GUILLEN, Paula Ávila; CARBALLO, Juan. Viabilidade jurídica de uma proibição total da publicidade de tabaco: o caso perante a corte constitucional da Colômbia. In: PASQUALOTTO, Adalberto (Org.). *Publicidade de tabaco: frente e verso da liberdade de expressão comercial*. São Paulo: Atlas, 2015. p.258-259.

<sup>85</sup> CAVALCANTE, Tânia Maria. A restrição da propaganda de produtos de tabaco no Brasil. *Revista Jurídica Consulex*, ano 18, n. 429, dez. 2014. Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/999\\_artigo\\_Tania\\_Cavalcante.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/999_artigo_Tania_Cavalcante.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2017.

<sup>86</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Resolução n. 335, de 21 de novembro de 2003*. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/anvisa/legis/resol/2003/rdc/335\\_03rdc.htm](http://www.anvisa.gov.br/anvisa/legis/resol/2003/rdc/335_03rdc.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

9.782/1999<sup>87</sup>, se criou na Anvisa a Gerência Geral de Produtos Derivados do Tabaco (GGTAB), com o objetivo de realizar ações atinentes ao controle do tabaco no âmbito da vigilância sanitária<sup>88</sup>.

Portanto, nota-se que a restrição da publicidade e da propaganda de tabaco é elencada como uma maneira de se conseguir diminuir o consumo e, conseqüentemente, o óbito de indivíduos fumantes, além de reduzir o início pelos jovens. No âmbito internacional isto foi reconhecido como uma medida eficaz e, no Brasil, não foi diferente. Após a adesão à CQCT se aprimorou o controle. Todavia, ainda que a restrição exista e que seja comprovada a diminuição de aderentes do produto e de mortes, é certo que até 2017 era possível fazer publicidade e propaganda nos pontos de venda de cigarro, o que se apresentava como um grande problema, como se verá.

## 5 Estratégias atuais para incentivo ao consumo por meio da mídia

Em meados de 1990, as tabaqueiras faziam uso da internet para divulgar o cigarro, alegando que se tratava de um ponto de venda, o que, portanto, seria permitido. Entretanto, era, na realidade, uma maneira de se ocultar a publicidade e propaganda dos mesmos, o que colocava em ameaça a proteção à saúde dada pela CQCT e pelos instrumentos nacionais brasileiros que buscavam diminuir o consumo de tabaco.

Por essa razão, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) agiu e emitiu a Resolução nº 15<sup>89</sup>, colacionando o que seria propaganda de tabaco e que a internet não é um local de venda, sendo proibida a oferta e venda por esse mecanismo. A referida dispõe que é considerada propaganda de tabaco qualquer divulgação, inclusive a por meio eletrônico e pela internet, como também os mostruários ou catálogos, o nome da marca ou da empresa.

Corroborando, portanto, os dizeres de Tânia Cavalcante:

Considerando a importância do jovem como alvo do mercado de tabaco, essa medida gerou reações. As companhias de tabaco passaram a adotar diferentes práticas para manter suas propagandas direcionadas aos jovens, algumas delas não amparadas nos termos da Lei 10.167/00. A utilização da internet como ponto de venda e promoção dos produtos de tabaco passou a ser explorada de forma intensiva. A Anvisa reagiu, publicando a Resolução nº 15, de 17 de janeiro de 2003, que definiu de forma mais precisa o que deve ser entendido por propaganda de produtos derivados de tabaco. Outra prática foi o patrocínio de eventos direcionados a jovens e cobrindo diferentes interesses como o FreeZone Technopop, Lucky Strick Fashion Lab, Carlton Encontro com Arte, Festa de Peão de Barretos, algumas delas registradas entre 2001 e 2008.<sup>90</sup>

Além disso, a empresa, ao utilizar dos pontos de venda, consegue obter cada vez mais clientes, haja vista que ampliou o número de partes internas dos pontos de venda (PDV). Os PDVs foram instaurados em padarias, supermercados, bancas de jornal, cabelereiros, lojas de conveniência, eventos culturais e esportivos, etc., sendo certo que há uma posição estratégica do produto com relação ao consumidor<sup>91</sup> — usam de “dis-

<sup>87</sup> Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. BRASIL. *Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9782.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

<sup>88</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *A Anvisa e o controle dos produtos derivados do tabaco*. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/106510/106594/A+Anvisa+e+o+Controle+dos+Produtos+Derivados+do+Tabaco/4af73983-9d76-4af4-93c0-e35f153a18a7>>. Acesso em: 26 out. 2017.

<sup>89</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Resolução da Diretoria Colegiada nº 15, de 15 de março de 2012*. Disponível em: <[http://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudefegis/anvisa/2012/rdc0015\\_15\\_03\\_2012.html](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudefegis/anvisa/2012/rdc0015_15_03_2012.html)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

<sup>90</sup> CAVALCANTE, Tânia Maria. A restrição da propaganda de produtos de tabaco no Brasil. *Revista Jurídica Consulex*, ano 18, n. 429, dez. 2014. Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/999\\_artigo\\_Tania\\_Cavalcante.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/999_artigo_Tania_Cavalcante.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2017.

<sup>91</sup> ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. *Propaganda de cigarros influencia crianças e adolescentes a fumar: diga não à propaganda de cigarros!* Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/557\\_FACTSHEET\\_PESQUISAS\\_DE\\_OPINI](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/557_FACTSHEET_PESQUISAS_DE_OPINI)>

plays glamorosos, mensagens fáceis, embalagens atraentes e uma forte associação com doces, balas e outras guloseimas<sup>92</sup>. “[...] os postos de vendas tornaram-se verdadeiras vitrines para a publicidade de cigarros, cada vez mais luminosas e chamativas”<sup>93</sup>. Isto faz com que as crianças sejam mais atraídas para o consumo, até porque, se o cigarro fica ao lado dos doces ou de produtos infantis, o menor, ao se dirigir para comprar o doce que lhe interessa, obrigatoriamente se depara com o cigarro, o que, psicologicamente, já o influencia a fumar. Outro fator que é capaz de levar a criança ou adolescente ao fumo é a proibição de consumo, pois, muitas vezes, a vedação se torna um atrativo para determinadas idades em que gostam do proibido.

Figura 7 – Campanha de cigarro



Fonte: <http://actbr.org.br/comunicacao/campanha-artistas.asp>

Assim, percebendo que o PDV seria um belo meio de aumentar o número de consumidores e de garantir os lucros, a indústria faz uso de estratégias de marketing que têm êxito.

Pesquisa ACT/Datafolha (2010), feita na cidade de São Paulo, mostrou que a maioria dos estabelecimentos que comercializa cigarros possui, num raio de até um quilômetro, alguma escola de nível fundamental ou médio próxima, e mais de 1/3 tem faculdade nas proximidades.

- Além dos adultos, esses estabelecimentos são frequentados por crianças até 12 anos, em 72% dos casos, e adolescentes de 12 a 18 anos, em 81%.

- Em 82% dos casos, os cigarros são expostos em displays, e, em 84%, estão visíveis para as crianças. Cartazes de propaganda de cigarros estão visíveis para as crianças em 66% dos estabelecimentos.

- A visibilidade de cigarros e material promocional para crianças é mais acentuada nos estabelecimentos com IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) elevado, de grande porte, nas padarias, em geral, e nos estabelecimentos que possuem escola perto.

- Em 83% dos estabelecimentos, os cigarros ficam próximos de balas, chocolates ou doces. Em 93% dos locais, os cigarros ficam próximos do caixa.

- Em 2/3 dos estabelecimentos pesquisados há material promocional de cigarros, em geral próximo à área de exposição do produto: 69% dos estabelecimentos têm material promocional de cigarros, 68% têm este tipo de material na área destinada à venda de cigarros, 10% têm material em outras áreas do estabelecimento.<sup>94</sup>

AO\_21122010.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

<sup>92</sup> ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. *Propaganda de cigarros influencia crianças e adolescentes a fumar: diga não à propaganda de cigarros!* Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/557\\_FACTSHEET\\_PESQUISAS\\_DE\\_OPINI-AO\\_21122010.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/557_FACTSHEET_PESQUISAS_DE_OPINI-AO_21122010.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2017.

<sup>93</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Parecer*. Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284\\_parecer\\_juridico\\_publicidade.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>94</sup> ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. *Propaganda de cigarros influencia crianças e adolescentes a fumar: diga não à propaganda de cigarros!* Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/557\\_FACTSHEET\\_PESQUISAS\\_DE\\_OPINI-AO\\_21122010.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/557_FACTSHEET_PESQUISAS_DE_OPINI-AO_21122010.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2017.

Ocorre que a situação não poderia persistir. O uso de PDVs representava uma maneira de propagar o produto e uma brecha para a indústria tabagista. Afinal, colocar seus produtos em determinados locais, como padarias, eventos de cultura e esporte, bancas de jornal, supermercados e conveniência, e em posições estratégicas, ao lado de coisas que atraem o público infanto-juvenil, era um modo de se obter potenciais consumidores. E a repetição do produto, próximo a coisas que menores gostam, consistia em uma maneira de dizer que o cigarro é legal e bom.

Sendo assim, a ANVISA<sup>95</sup>, atualizando a RDC nº 335/2003, passa a vedar que os produtos fumígenos sejam alocados perto de doces e brinquedos nos PDVs, que haja propaganda fora da parte interna do local de venda, tampouco o uso de luzes e movimentos nos painéis de divulgação. A medida foi instalada a partir do ano de 2018 e prevê um lapso temporal para que os estabelecimentos comerciais se reestruturem, sendo até 25/05/2020 para que se altere a exposição do tabaco de forma isolada dos produtos infantis<sup>96</sup>. Todavia, a restrição, ainda, não é total, por continuar permitindo propagandas comerciais na parte interna dos estabelecimentos de venda.

Pode-se dizer que a atualização está em consonância com o que dispõe a CQCT, uma vez que, ao abordar sobre publicidade e propaganda, utilizou da expressão “qualquer forma de comunicação, recomendação ou ação comercial com o objetivo, efeito ou provável efeito de promover, direta ou indiretamente, um produto do tabaco ou o seu consumo” (art. 1º, “c”).

Além disso, é notório que a restrição da publicidade e da propaganda diminuiu o número de mortes e de consumidores. A liberdade de expressão e de comunicação não devem prevalecer em face do direito à saúde. Corroboram os dados da Organização Pan-Americana de Saúde (Opas), pois enfatiza que “um em cada três brasileiros deixou de fumar depois que medidas que restringiram a propaganda de cigarros na TV e em veículos de comunicação de massa entraram em vigor”.<sup>97</sup>

Ademais, ao aplicar o princípio da proporcionalidade, Virgílio Afonso da Silva considera a restrição total adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Adequada por deixar de influenciar os menores a fumar — se a medida não diminuísse o número de consumidores, a empresa não investiria, financeiramente, para derrubá-la, tampouco teria receio desta<sup>98</sup>. A título exemplificativo, o autor menciona algumas localidades em que houve estudo comparando os níveis de propensão ao fumo, como no Reino Unido, cuja percepção foi a de que, se houver restrição da propaganda, menor será o número de adolescentes que se tornarão fumantes<sup>99</sup>. A necessidade também está presente, uma vez que a medida é essencial — a restrição parcial com esclarecimentos dos efeitos do fumo não basta, pois é certo que a contrapropaganda (campanhas antitabaco) não produz tanto impacto na sociedade quanto a propaganda de tabaco, sendo a restrição total com esclarecimentos algo fundamental<sup>100</sup>. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito também se encontra preenchida, haja vista que a restrição total levará mais a uma diminuição de mortes e de número de usuários do que a parcial, realizando o direito à saúde e à vida, restringindo pouquíssimo a liberdade de

<sup>95</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Cigarro*: atualizada norma sobre exposição em comércio. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/atualizada-norma-sobre-exposicao-de-cigarro-em-comercios/219201?inheritRedirect=false](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/atualizada-norma-sobre-exposicao-de-cigarro-em-comercios/219201?inheritRedirect=false)>. Acesso em: 26 jan. 2018.

<sup>96</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Cigarro*: atualizada norma sobre exposição em comércio. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/atualizada-norma-sobre-exposicao-de-cigarro-em-comercios/219201?inheritRedirect=false](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/atualizada-norma-sobre-exposicao-de-cigarro-em-comercios/219201?inheritRedirect=false)>. Acesso em: 26 jan. 2018.

<sup>97</sup> LEAL, Aline. *Restrição de propaganda de cigarro levou 33% dos brasileiros a deixarem de fumar, diz pesquisa*. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/saude/2013/05/restricao-de-propaganda-de-cigarro-levou-33-dos-brasileiros-a-deixarem-de>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

<sup>98</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Parecer*. Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284\\_parecer\\_juridico\\_publicidade.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>99</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Parecer*. Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284\\_parecer\\_juridico\\_publicidade.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>100</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Parecer*. Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284\\_parecer\\_juridico\\_publicidade.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2017.



expressão e de comunicação<sup>101</sup>.

Luís Renato Vedovato e Vitória Campedelli<sup>102</sup> ressaltaram que a restrição diminui o número de tabagistas e da percepção da promoção do produto, o que colabora com a ideia de que a medida é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Corroborando, ainda, a assertiva das Nações Unidas que afirma que vedar a publicidade, a promoção e o patrocínio de cigarro constitui uma forma de diminuir o consumo: “[...] 24 países – com população total de 694 milhões de pessoas – já introduziram proibições completas e mais de 100 países estão perto da proibição total”<sup>103</sup>

Por tudo isso, entende-se que a restrição total é uma medida eficaz com relação ao combate ao incentivo ao fumo e é capaz de diminuir as doenças e mortes decorrentes do uso. A restrição parcial deixa brechas, como o caso da ocorrência de propagandas em PDVs, o que não diminui completamente a vontade de se iniciar a fumar, principalmente nas crianças e adolescentes, como dito. Com a nova regulamentação acerca das propagandas em PDVs acredita-se que a tutela do direito à saúde obterá mais êxito, mas, caso haja, no futuro, a restrição total, entende-se que a eficácia será ainda maior.

## 6 Considerações finais

É certo que o tabaco contém substâncias capazes de viciar o consumidor e acirrar e provocar problemas de saúde. Ainda que se diga que a indústria tabagista tem grande atividade no Brasil e gera muitos empregos, o gasto que se tem com a saúde por doenças decorrentes do uso é muito maior do que eventual arrecadação financeira para o país.

A publicidade e a propaganda são dois veículos que incentivam o consumidor a querer usufruir, cada vez mais, do produto. Com relação ao cigarro, a situação não é diferente. Em relação aos slogans e propagandas utilizadas pela mídia antes da CQCT, percebe-se que se procurava dar uma conotação totalmente diferente da realidade quando o assunto era os efeitos do tabaco. O uso de profissionais de saúde, da tecnologia, de fatores que incentivam as crianças a querer experimentar, de símbolos fálicos, de mulheres, da limpeza e da palavra natural, de sedativo e relaxante, de imagens de infantes despertava o interesse da população pelo produto sem que houvesse quaisquer questionamentos quanto a eventuais problemas para a saúde, até porque os documentos que poderiam demonstrar a dependência e os malefícios à saúde foram ocultados, suprimidos e distorcidos pela tabaqueira, a fim de que seus lucros não diminuíssem. A empresa, para nunca perder consumidores, tinha como alvo os jovens e as crianças. As manifestações midiáticas visavam atraí-los para o consumo.

Com a CQCT a publicidade e a propaganda de cigarros foram limitadas. Todavia, em razão das brechas existentes até 2017, já que a propaganda podia ser feita nos pontos de venda, a ação da empresa para atrair clientes, principalmente menores de idade, continuava. Aproveitando disto, os cigarros ficavam em posições estratégicas, bem como suas propagandas, sendo certo que as contrapropagandas não produzem tantos efeitos aos possíveis usuários quanto as divulgações do produto. Dessa forma, é necessário restringir totalmente a publicidade e a propaganda destes, a fim de alcançar uma melhor eficácia e diminuir os problemas de saúde oriundos da causa evitável que mais mata. A CQCT preza por isto. E, no âmbito do direito interno,

<sup>101</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Parecer*. Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284\\_parecer\\_juridico\\_publicidade.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>102</sup> VEDOVATO, Luís Renato; CAMPEDELLI, Vitória Carvalho. Colisão de princípios no controle do tabaco. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 109, ano 26, p.256-259, jan./fev. 2017.

<sup>103</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Proibir propaganda de cigarro é uma das formas mais eficazes para reduzir consumo, afirma OMS*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/proibir-propaganda-de-cigarro-e-uma-das-formas-mais-eficazes-para-reduzir-consumo-afirma-oms/>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

os artigos 5º, IV, IX e 220, da Constituição Federal, que são normas *prima facie*, podem ser restringidos totalmente se, ao realizar a ponderação de direitos, isto se mostrar necessário, adequado e proporcional em sentido estrito.

Com a atualização da RDC 335/2003 da ANVISA, entende-se que é possível se falar em um maior comprometimento com a saúde da população, bem como com o que preza a CQCT, haja vista que proibir que o cigarro fique próximo a coisas que atraem crianças, como doces e brinquedos, vedar o uso de luz e de movimento nos painéis de divulgação, são mecanismos capazes de diminuir a influência da tabaqueira nas crianças e nos jovens para o fumo.

Com a nova regulamentação, percebe-se que se caminha para um futuro de restrição total de propagandas comerciais. A restrição total se mostra uma saída para se tentar findar com as propagandas e publicidades ainda ocorrentes e que influenciam sim os infantes a iniciarem o uso. Não há o que se falar em liberdade de expressão e comunicação da empresa quando se tem um direito maior, direito a saúde e a vida, e se sabe que as publicidades e as propagandas são extremamente capazes de levar a determinadas condutas.

## Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *A Anvisa e o controle dos produtos derivados do tabaco*. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/106510/106594/A+Anvisa+e+o+Controle+dos+Produtos+Derivados+do+Tabaco/4af73983-9d76-4af4-93c0-e35f153a18a7>>. Acesso em: 26 out. 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Cigarro: atualizada norma sobre exposição em comércio*. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/atualizada-norma-sobre-exposicao-de-cigarro-em-comercios/219201?inheritRedirect=false](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/atualizada-norma-sobre-exposicao-de-cigarro-em-comercios/219201?inheritRedirect=false)>. Acesso em: 26 jan. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Resolução da Diretoria Colegiada nº 15, de 15 de março de 2012*. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/rdc0015\\_15\\_03\\_2012.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/rdc0015_15_03_2012.html)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Resolução n. 335, de 21 de novembro de 2003*. Disponível em: <[http://www.anvisa.gov.br/anvisa/legis/resol/2003/rdc/335\\_03rdc.htm](http://www.anvisa.gov.br/anvisa/legis/resol/2003/rdc/335_03rdc.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. *“Diga não às propagandas de cigarros”*. Disponível em: <<http://actbr.org.br/comunicacao/campanha-artistas.asp>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

ALIANÇA DE CONTROLE DO TABAGISMO. *Propaganda de cigarros influencia crianças e adolescentes a fumar: diga não à propaganda de cigarros!* Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/557\\_FACTSHEET\\_PESQUISAS\\_DE\\_OPINIAO\\_21122010.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/557_FACTSHEET_PESQUISAS_DE_OPINIAO_21122010.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2017.

ANDRADE, Aparecida de Moura; SANTANA, Héctor Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4740/3654>>. Acesso em: 23 maio 2018.

ANDREWS, R. L.; FRANKE, G. fr. As determinantes do consumo de cigarro: uma meta-análise. *Diário de Políticas Públicas e Marketing*, n. 10, p. 81-100, 1991.

BALDISSERA, Rudimar; SARTOR, Basílio; SCHNEIDER, Carlise. A mídia e o debate público sobre controle do tabaco: entre a saúde e a economia. *Revista Comunicação Midiática*, v. 10, n. 2, p. 12-27, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://www2.faac.unesp.br/comunicacaomidiatica/index.php/comunicacaomidiatica/article/viewArticle/492>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BARROS, Bruno Mello Correa de; OLIVEIRA, Rafael Santos de. O poder político e a mídia de massa: a perspectiva da fiscalização de concessões e outorgas de radiodifusão no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, ago. 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4625/pdf>>. Acesso em: 21 maio 2018.

BEZERRA, Glícia Maria Pontes. Publicidade e Defesa do Consumidor no Brasil: histórico, cenário político e disputas sobre a implementação do código em contraponto à autorregulamentação publicitária no país. *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, São Paulo, v. 26, n. 111, p. 197-218, maio/jun. 2017.

BRASIL. *Decreto n. 8.262, de 31 de maio de 2014*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/d8262.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8262.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. Governo Federal. *Cigarro mata mais de 5 milhões de pessoas, segundo OMS*. Disponível em: <[www.brasil.gov.br/saude/2014/05/cigarro-mata-mais-de-5-milhoes-de-pessoas-segundo-oms](http://www.brasil.gov.br/saude/2014/05/cigarro-mata-mais-de-5-milhoes-de-pessoas-segundo-oms)>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. *Lei n. 10.167, de 27 de dezembro de 2000*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L10167.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10167.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

BRASIL. *Lei n. 10.702, de 14 de julho de 2003*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.702.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.702.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

BRASIL. *Lei n. 11.488, de 15 de junho de 2007*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11488.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11488.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

BRASIL. *Lei n. 12.546, de 14 de dezembro de 2011*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12546.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12546.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

BRASIL. *Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9294.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

BRASIL. *Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9782.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *O consumo de cigarros e outros derivados do tabaco causou um prejuízo de R\$56,9 bilhões ao país: R\$ 39,4 bilhões em custos médicos diretos e R\$ 17,5 bilhões em custos indiretos*. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2017/o-consumo-de-cigarros-e-outros-derivados-do-tabaco-custam-para-o-brasil>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer (INCA). *Tabagismo: dados e números*. Disponível em: <[http://www.inca.gov.br/releases/press\\_release\\_view\\_arq.asp?ID=1493](http://www.inca.gov.br/releases/press_release_view_arq.asp?ID=1493)>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. *Convenção-quadro para o controle do tabaco*. Disponível em: <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee/Conven%C3%A7%C3%A3o-Quadro+para+o+Controle+do+Tabaco+em+portugu%C3%AAs.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee>>. Acesso em: 20 out. 2017.

CABRERA, Oscar; GUILLEN, Paula Ávila; CARBALLO, Juan. Viabilidade jurídica de uma proibição total da publicidade de tabaco: o caso perante a corte constitucional da Colômbia. In: PASQUALOTTO, Adalberto (Org.). *Publicidade de tabaco: frente e verso da liberdade de expressão comercial*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALCANTE, Tânia Maria. A restrição da propaganda de produtos de tabaco no Brasil. *Revista Jurídica Consulex*, ano 18, n. 429, dez. 2014. Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/999\\_artigo\\_Tania\\_Cavalcante.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/999_artigo_Tania_Cavalcante.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2017.

COLL, Carolina de Vargas Nunes; AMORIM, Tales Costa; HALLAL, Pedro Curi. Percepção de adolescentes e adultos referente à influência da mídia sobre o estilo de vida. *Revista Brasileira de Atividade Física*, v. 15, n. 2, 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/RBAFS/article/view/705>>. Acesso em: 17 out. 2017.

CONCEITO de propaganda. Disponível em:<<https://conceito.de/propaganda>>. Acesso em: 15 out. 2017.

CONTI, Mario Sérgio. *Governo inicia guerra contra a propaganda de cigarros*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0406200010.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

DESGUALDO, Juliana Leandra Maria Nakamura Guillen. Dimensionamento do poder da mídia na sociedade da informação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu*, n. 2, 2014. Disponível em: <<https://www.usjt.br/revistadireito/numero-2/13-juliana-leandra.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivo dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e de adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2162/pdf>>. Acesso em: 22 maio 2018.

DUNCAN, Bruce Bartholow et al. *Doenças crônicas não transmissíveis no Brasil: prioridade para enfrentamento e investigação*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v46s1/17.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

FERREIRA, Fabíola de Oliveira. *O controle da publicidade de tabaco no Brasil como proteção ao consumidor*. Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/352\\_Fabiola\\_Monografia.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/352_Fabiola_Monografia.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2017.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LEAL, Aline. *Restrição de propaganda de cigarro levou 33% dos brasileiros a deixarem de fumar, diz pesquisa*. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/saude/2013/05/restricao-de-propaganda-de-cigarro-levou-33-dos-brasileiros-a-deixarem-de>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

MALTA, Deborah Carvalho et al. Mortalidade por doenças crônicas não transmissíveis no Brasil e suas regiões, 2000 a 2011. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 23, n. 4, p. 599-608, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ress/v23n4/2237-9622-ress-23-04-00599.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

MUNIZ, Eloá. *Publicidade e propaganda origens históricas*. Disponível em: <<http://www.eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Proibir propaganda de cigarro é uma das formas mais eficazes para reduzir consumo, afirma OMS*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/proibir-propaganda-de-cigarro-e-uma-das-formas-mais-eficazes-para-reduzir-consumo-afirma-oms/>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

PROCTOR, Robert N. *A force “corrective on cigarettes”*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/11/24/opinion/cigarettes-tobacco-ads-smoking-death.html>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

RAMONET, Ignácio. Meios de comunicação: um poder a serviço de interesses privados? In: MORAES, Dênis de; RAMONET, Ignácio; SERRANO, Pascual (Coord.). *Mídia, poder e contrapoder: da concentração monopólica à democratização da informação*. Rio de Janeiro: FAPERJ; São Paulo: Bointempo, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Parecer*. Disponível em: <[http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284\\_parecer\\_juridico\\_publicidade.pdf](http://actbr.org.br/uploads/conteudo/284_parecer_juridico_publicidade.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2017.



SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *Direito e tabaco: prevenção, reparação e decisão*. São Paulo: Atlas, 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. *Civil Action nº 99-2496 (GK)*. Disponível em: <[https://www.tobaccofreekids.org/assets/content/what\\_we\\_do/industry\\_watch/doj/FinalOpinion.pdf](https://www.tobaccofreekids.org/assets/content/what_we_do/industry_watch/doj/FinalOpinion.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2017.

VEDOVATO, Luís Renato; CAMPEDELLI, Vitória Carvalho. Colisão de princípios no controle do tabaco. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 109, ano 26, jan./fev. 2017.

YOUTUBE. *Tobacco Corrective Statements-categoria*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=v0sI1wEIAxw>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**¿Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile?**

Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia

**Are the main international human rights treaties of the UN in Chile part of the constitutionality block?**

From the positive text to the application in courts of justice

Juan Pablo Díaz Fuenzalida

# ¿Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile? Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia\*

## Are the main international human rights treaties of the UN in Chile part of the constitutionality block? From the positive text to the application in courts of justice

Juan Pablo Díaz Fuenzalida\*\*

### Resumen

El presente trabajo estudia si los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU son parte del bloque de constitucionalidad en Chile. Para responder a aquella interrogante se sintetizan los principales argumentos doctrinarios para aplicar los tratados sobre derechos humanos en Chile; se analiza la normativa constitucional aplicable en Chile para aplicar los tratados referidos; y, finalmente se comprueba si los tratados citados son utilizados en los máximos tribunales de justicia. Se desarrolla cada punto anterior con doctrina, normativa nacional e internacional y con jurisprudencia de los máximos tribunales de justicia. La investigación cristaliza al evidenciar que desde todos los prismas son aplicables cada uno de los tratados revisados en Chile. Las conclusiones son que los principales tratados sobre derechos de la ONU son parte del bloque de constitucionalidad en Chile, tanto en el texto positivo como en la práctica en los tribunales de justicia, abriendo un abanico de derechos fundamentales para todos los habitantes.

**Palabras clave:** Bloque de constitucionalidad. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Naciones Unidas.

### Abstract

The present work studies if the main international treaties of human rights of the UN are part of the block of constitutionality in Chile. To answer that question, the main doctrinaire arguments for applying human rights treaties in Chile are synthesized; the constitutional regulations applicable in Chile to apply the aforementioned treaties are analyzed; and, finally, it is verified whether the aforementioned treaties are used in the highest courts of justice. Each previous point is developed with doctrine, national and international regulations and with jurisprudence of the highest courts of justice. The investigation crystallizes when evidencing that all the treaties reviewed in Chile are applicable from all the prisms. The conclusions are that the main treaties on the rights of the UN are part of the constitutionality block

\* Guest author / Autor convidada

\*\* Doctor en Derecho, Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, ambos por la Universidad Autónoma de Madrid; Magister en Docencia Universitaria, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, ambos por la Universidad Autónoma de Chile; profesor de Derecho Constitucional e investigador adscrito al Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile; Editor alterno de la Revista Justicia y Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Dirección postal: Avenida Pedro de Valdivia 425, Providencia, Santiago de Chile. E-mail : [juanpablo.diaz@uautonoma.cl](mailto:juanpablo.diaz@uautonoma.cl).

in Chile, both in the positive text and in practice in the courts of justice, opening a range of fundamental rights for all inhabitants.

**Key words:** Constitutionality block. International Treaties of Human Rights. United Nations.

## 1 Introducción

Aplicar la Constitución es más que el mero texto normativo aprobado en el 1980 o bien, por el constituyente derivado del 2005 con todas las modificaciones hasta la fecha. Hoy en día se habla de “bloque de constitucionalidad” que contendría una serie de normas relacionadas a la Carta Fundamental. Así, por ejemplo, para el caso colombiano se ha dicho que el bloque de constitucionalidad está conformado no sólo por el articulado de la Constitución, sino que, entre otros, por los tratados internacionales que trata el artículo 93 de la Carta Fundamental, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias<sup>1</sup>.

Sin embargo, cada vez es más difícil tener un manejo de la normativa que debe aplicarse. Dicho fenómeno es un acontecer que Natalino Irti estudió hace cerca de treinta años, pero lamentablemente se ha acrecentado aún más su diagnóstico. Irti en los años 80-90 explicaba como las instituciones de derecho civil italiano se iban expandiendo a otros cuerpos normativos, distintos del Código Civil, siendo la especialidad un factor a considerar para cada caso concreto<sup>2</sup>. Ocurre exactamente lo mismo al dilucidar cuál es el bloque de constitucionalidad, la normativa que hay que considerar no sólo es de ley orgánica que desarrolle a las Cartas Fundamentales, sino que hoy hay que revisar si son o no aplicables una serie de tratados internacionales relacionados con el Derecho Constitucional.

En efecto, entre otras normas relevantes que, podrían ser parte del bloque de constitucionalidad en un país son los principales tratados sobre derechos humanos creados en la ONU. Es de suma importancia establecer si para un país son o no parte de su bloque de constitucionalidad, pues ello abre un abanico de derechos fundamentales para sus habitantes, que, sólo en cuantía (si lo evaluamos desde el número de páginas) a lo menos duplica el catálogo de derechos esenciales para los ciudadanos o bien profundiza en cada uno de ellos. En efecto, para el estudio el presente estudio, se considera entre los principales tratados a los de texto sustantivo (en general, no a los protocolos facultativos que crean o desarrollan instituciones internacionales), en concreto los siguientes tratados sobre derechos humanos de la ONU:

1. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
4. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
5. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
6. Convención sobre los Derechos del Niño.
7. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
8. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
9. Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

<sup>1</sup> MORALES MORALES, Alejandra Virginia. ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean Cadet. La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México. Prolegómenos. *Derechos y Valores*, Bogotá, Colombia, v. 12, n. 27, p. 135-14, enero-jun. 2011.

<sup>2</sup> IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. España: J. M. Bosch Editor.



Todos ellos se originan remotamente desde el día 10 de diciembre de 1948, en que ocurrió un acontecimiento sin igual, la Asamblea General de Naciones Unidas, reunida en París, en su resolución 217 A (III) aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sólo ocho países se abstuvieron de votar y ninguna nación votó en contra. No siendo obligatoria la resolución, es una verdadera hoja de ruta que marca el camino a seguir en materia de Derechos Humanos<sup>3</sup>. Así, por primera vez las naciones del mundo se ponían de acuerdo en un texto que reconociera los Derechos Fundamentales de las personas<sup>4</sup>. No obstante, como se decía, es una guía en el progreso de las naciones, pero no tiene obligatoriedad como los tratados internacionales anteriormente citados, por ello, la importancia del estudio de estos últimos textos normativos que son vinculantes para los Estados al ser de naturaleza de tratados internacionales.

Así, la presente investigación se plantea como objetivo general de trabajo si son parte del bloque de constitucionalidad los principales<sup>5</sup> tratados internacionales sobre derechos humanos de la ONU en el Estado de Chile. Para ello, es menester determinar objetivos específicos que tributen al objetivo general. Estos objetivos particulares son:

1. Sintetizar los principales argumentos doctrinarios para aplicar los tratados sobre derechos humanos en Chile.
2. Determinar la normativa constitucional aplicable en Chile para aplicar los tratados referidos.
3. Comprobar que los tratados citados son aplicables en los máximos tribunales de justicia en Chile.

Así, metodológicamente se evidenciará con doctrina, normativa y jurisprudencia relacionada a cada uno de los objetivos específicos. Con el desarrollo de cada uno se podrá responder claramente si los tratados internacionales sobre derechos humanos de la ONU son o no parte del bloque de constitucionalidad en Chile.

## 2 Argumentos doctrinarios y normativos para incluir a los principales tratados sobre derechos humanos de la ONU en el bloque de constitucionalidad chileno

En el año 1989 se realiza una reforma constitucional en Chile que modifica el inciso segundo del artículo 5 de la Carta Fundamental. En efecto, en su antigua redacción, se consagraba que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Ello traía complejidades en la interpretación *¿Cuáles eran aquellos derechos?* Y es así que, en virtud de la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989<sup>6</sup>, que se agregó una parte, dando mayor certeza, encuadrando los derechos esenciales de la naturaleza humana en aquellos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Hoy, al 2019, dicha redacción sigue intacta.

La redacción de la reforma del año 1989 de la Constitución chilena, tan explícita que hace referencia a los tratados internacionales no era sólo por una necesidad de certeza jurídica, sino que era para su aplicación en Tribunales de Justicia. En tal sentido, nos recuerda el profesor Francisco Cumplido Cereceda que, de

<sup>3</sup> NACIONES UNIDAS. Historia de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>. Disponible en: 25 enero 2019.

<sup>4</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. Una visión de la tutela judicial a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En: FERRER MAC GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. 2013. p. 1217-1260. (In memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos).

<sup>5</sup> Cuando se indica “principales”, se hace referencia a los 9 ya citados anteriormente.

<sup>6</sup> CHILE. *Ley de reforma constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989*. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44169/2/HLArt5CPR.pdf>. Disponible en: 22 abr. 2019.

forma esporádica los Juzgados y Cortes aplicaban directamente las normas de la Constitución y, respecto de los tratados exigían frecuentemente una legislación que recepcionara lo convenido<sup>7</sup>. Es decir, una ley que los pusiera de práctica o desarrollo a pesar de ya haber sido ratificados por el país. Y, adiona el profesor que durante el periodo de 1973 a 1989, como no se había publicado ciertos tratados en el Diario Oficial, los tribunales se excusaban de que no estaban aún vigentes para Chile<sup>8</sup>. Un ejemplo de esto último son el Pacto de Derechos Civiles y Políticos promulgado en 1976, y publicado trece años después, sólo en abril de 1989, o, como con el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, ratificado en 1976 y promulgado y publicado el 27 de mayo de 1989.

Ahora bien, desde dicha reforma, tendremos de todas maneras incluir en el bloque de constitucionalidad a ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos. Ello, como muy bien explicaba el profesor Humberto Nogueira Alcalá, con la modificación que se hizo al texto constitucional del artículo 5 en el año 1989<sup>9</sup>, que reza lo que sigue:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

De ello podemos afirmar que el límite de la soberanía son los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, es decir, de los derechos humanos. Según Nogueira Alcalá, estos derechos serían:

- a) los que la Carta Fundamental explicita sin taxatividad en el artículo 19<sup>10</sup>;
- b) los que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens*; los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho humanitario y los que asegura el derecho internacional consuetudinario.
- c) Los derechos esenciales implícitos que puedan desarrollarse en el futuro, respecto de los cuales no hay reconocimiento aún a través de las diversas fuentes del derecho interno o internacional<sup>11</sup>.

Además, no sólo son obligatorios los tratados sobre derechos humanos por las normas constitucionales chilenas, también lo son por asuntos de observancia internacional. En efecto, Gozaíni al analizar la obligatoriedad de determinados tratados internacionales que afectan a los países latinoamericanos y europeos, nos recuerda a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados<sup>12</sup>. En efecto, el artículo 26 consagra al respecto que “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Es decir, lo pactado obliga, pero además debe ser cumplido, de forma efectiva para que lo suscrito y ratificado no sea una mera ilusión. Y, además el artículo 27 que expresa que, “*El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46*”<sup>13</sup>. Mayor fuerza aún, ni siquiera con

<sup>7</sup> CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y Jurisprudencia. *Ius et Praxis*, Talca, Chile, v. 9. N. 1. p. 365-374. 2003.

<sup>8</sup> CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y Jurisprudencia. *Ius et Praxis*, Talca, Chile, v. 9. n. 1. pp. 365-374. 2003.

<sup>9</sup> Constitución Política de Chile de 1980.

<sup>10</sup> Para el lector no familiarizado con la Constitución chilena, vale informar que en el artículo 19 se encuentra una serie de garantías constitucionales, incluidas en 26 numerales, en que se desarrollan las libertades y derechos fundamentales tales como, la vida, la igualdad ante la ley, la privacidad, protección de datos personales, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, derecho de propiedad, protección del trabajo, seguridad social, derecho a la salud, derecho a la educación, libertad de enseñanza, libertad de conciencia, entre otros.

<sup>11</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis*, Talca, Chile, v. 9. n. 1. p. 403-466. 2003.

<sup>12</sup> GOZAÍNI, Osvaldo. Derecho Procesal Transnacional: Los procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. México: Tirant lo Blanch, 2014.

<sup>13</sup> NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Resolución A/CONF.39/27, de 23 de mayo de 1969. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch\\_XXIII\\_01.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf). Disponible

derecho interno se puede obstaculizar la aplicación de un tratado internacional. Este último tratado, es decir, la Convención de Viena, ha entrado en vigor internacional en enero de 1980<sup>14</sup>. Y, Chile lo ha ratificado en el año 1981<sup>15</sup>. Por lo que desde ese punto de vista los tratados que haya ratificado le son aplicables.

A mayor abundamiento Chile ha mostrado un real interés en estar al día en materia de derechos esenciales, lo que se ha cristalizado en la suscripción y ratificación de tratados sobre derechos humanos. Así, Díaz Tolosa nos recuerda que:

La tradición en Chile ha sido respetar las normas del Derecho internacional; además forma parte de los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos y uno de los pilares fundamentales de su sistema político democrático es la protección a la dignidad humana<sup>16</sup>.

Así, ya es posible afirma que:

1. Los principales tratados sobre derechos humanos de la ONU son parte del bloque de constitucionalidad por contener normas de *IUS COGENS*.
2. En caso de no seguir doctrinas *ius naturalistas* o ser más formalistas exigiendo una norma o acuerdo internacional, los principales tratados sobre derechos humanos de la ONU son parte del bloque de constitucionalidad, siempre y cuando estén ratificados por Chile y estos se encuentren vigentes, aplicando el Tratado de Viena (en concreto el *pacta sunt servanda* y el principio de buena fe de los tratados).
3. En caso de no seguir doctrinas *ius naturalista*, y si se le quiere dar mayor fuerza obligatoria a la soberanía nacional (normas constitucionales) que a los acuerdos entre partes internacionales, los principales tratados sobre derechos humanos de la ONU son parte del bloque de constitucionalidad, siempre y cuando estén ratificados por Chile y estos se encuentren vigentes, aplicando el artículo 5 inciso segundo de la Constitución chilena.

Con estas dos últimas premisas, nos lleva a investigar si Chile ha suscrito, ratificado y si los tratados referidos tienen vigencia para así considerarlos como parte de su bloque de constitucionalidad.

En primer lugar, encontramos a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Se creó por la Resolución 2106 A (XX) de la ONU, de 21 de diciembre de 1965<sup>17</sup>, teniendo vigencia internacional desde el 4 de enero de 1969<sup>18</sup>. Y, Chile en el año 1971 ha ratificado el tratado, disponiendo el Decreto Supremo 747, como sigue<sup>19</sup>:

POR CUANTO el Gobierno de la República de Chile suscribió la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, del año 1965.

en: 22 abr. 2019.

<sup>14</sup> NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter XXIII. Law of Treaties. 1. Vienna Convention on the Law of Treaties. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXIII/XXIII-1.en.pdf>. Disponible en: 22 abr. 2019.

<sup>15</sup> CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 381*. Promulga la convención sobre el derecho de los tratados y su anexo, suscrita por el gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969. Publicado el 22 de junio de 1981.

<sup>16</sup> DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Aplicación judicial en Chile del “ius cogens” como manifestación de la internacionalización del Derecho interno en materia de protección de la dignidad humana. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile, n. 40. p. 393-417.

<sup>17</sup> NACIONES UNIDAS. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. *Resolución 2106 A (XX)*, de 21 de diciembre de 1965. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/source/docs/A\\_RES\\_2106-Eng.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_2106-Eng.pdf). Disponible en: 22 abr. 2019.

<sup>18</sup> NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 2. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-2.en.pdf>. Disponible en: 22 abr. 2019.

<sup>19</sup> CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 747*. Aprueba convención internacional sobre “eliminación de todas las formas de discriminación racial. Publicado el 12 de noviembre de 1971.

Y POR CUANTO dicha Convención ha sido ratificada por mí, previa aprobación del Honorable Congreso Nacional, según consta en el oficio número 10.907, de 15 de Julio de 1971, del Honorable Senado y cuya copia fotostática y autenticada por el Subsecretario de Relaciones Exteriores se acompaña, dándose así cumplimiento a los trámites legales.

POR TANTO, y en uso de la facultad que me confiere el N° 16 del Art. 72 de la Constitución Política del Estado, dispongo y mando que se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como Ley de la República publicándose copia autorizada de su texto en el Diario Oficial<sup>19</sup>.

En segundo lugar, encontramos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se creó por la Resolución 2200 A (XXI) de la ONU, de 16 de diciembre de 1966<sup>20</sup>, teniendo vigencia internacional desde el 23 de marzo de 1976<sup>21</sup>. Y, Chile ha ratificado el tratado en el año 1972, disponiendo el Decreto Supremo 778, como sigue<sup>22</sup>:

POR CUANTO con fecha 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución N.º 2200, adoptada en su Vigésimo Primer Período de Sesiones aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por Chile en esa misma fecha, cuyo texto íntegro y exacto se acompaña,

Y POR CUANTO dicho Pacto ha sido aceptado por mí, previo cumplimiento de los trámites que establece la Ley, y que el Instrumento de Ratificación ha sido depositado en la Secretaría General de las Naciones Unidas, en Nueva York, con fecha 10 de febrero de 1972,

POR TANTO, y en uso de la facultad que me confiere el artículo 5° del Decreto Ley N.º 247, de 17 de enero de 1974, dispongo y mando que se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como Ley de la República, publicándose copia autorizada de su texto en el Diario Oficial<sup>19</sup>.

En tercer lugar, encontramos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se creó por la Resolución 2200 A (XXI) de la ONU, de 16 de diciembre de 1966<sup>23</sup>, teniendo vigencia internacional desde el 3 de enero de 1976<sup>24</sup>. Y, Chile ha ratificado el tratado en el año 1972, disponiendo el Decreto Supremo 326, como sigue<sup>25</sup>:

PORTANTO, con fecha 16 de septiembre de 1969 el Gobierno de Chile suscribió el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966.

Y POR CUANTO, dicho Pacto ha sido aceptado por mí, previa aprobación legislativa, y el Instrumento de Ratificación fue depositado en la Secretaría General de las Naciones Unidas con fecha 10 de febrero de 1972.

POR TANTO, en uso de la facultad que me confiere el artículo 32 N° 17 de la Constitución Política de la República, dispongo y mando que se cumpla y lleve a efecto como Ley dicho Pacto Internacional y que se publique copia autorizada de su texto en el Diario Oficial.

<sup>20</sup> NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponible en [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch\\_IV\\_04.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch_IV_04.pdf).

<sup>21</sup> NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 4. International Covenant on Civil and Political Rights. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-4.en.pdf>. Disponible em: 22 abr. 2019.

<sup>22</sup> CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 778*. Promulga el pacto internacional de derechos civiles y políticos adoptado por la asamblea general de la organizacion de las naciones unidas por resolucion n° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por chile en esa misma fecha. Publicado el 29 de abril de 1989.

<sup>23</sup> NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/01/19760103%2009-57%20PM/Ch\\_IV\\_03.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/01/19760103%2009-57%20PM/Ch_IV_03.pdf). Disponible en: 22 abr. 2019.

<sup>24</sup> NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 3. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-3.en.pdf>. Disponible em: 22 abr. 2019.

<sup>25</sup> CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 326*. Promulga el pacto internacional de derechos economicos, sociales y culturales, adoptado por la asamblea general de la organizacion de las naciones unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por chile el 16 de septiembre de 1969. Publicado el 27 de mayo de 1989.



En cuarto lugar, encontramos a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Se creó por la Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979<sup>26</sup>, teniendo vigencia internacional desde el 3 de septiembre de 1981<sup>27</sup>. Y, Chile ha ratificado el tratado en el año 1989, disponiendo el Decreto Supremo 789, como sigue<sup>28</sup>:

POR CUANTO, con fecha 17 de julio de 1980 el Gobierno de Chile suscribió la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

POR CUANTO, dicha Convención ha sido aceptada por mí, previa aprobación de la Honorable Junta de Gobierno, según consta en el Acuerdo adoptado con fecha 17 de octubre de 1989.

POR TANTO, en uso de la facultad que me confieren los artículos 32 N° 17 y 50 número 1) de la Constitución Política de la República, dispongo y mando que se cumpla y lleve a efecto como Ley y que se publique copia autorizada de su texto en el Diario Oficial.

En quinto lugar, encontramos a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Se creó por la Resolución 39/46 de la ONU, de 10 de diciembre de 1984<sup>29</sup>, teniendo vigencia internacional desde el 26 de junio de 1987<sup>30</sup>. Y, Chile ha ratificado tratado en el año 1988, disponiendo el Decreto Supremo 808, como sigue<sup>31</sup>:

POR CUANTO, con fecha 23 de septiembre de 1987, se suscribió la Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante la resolución 39/46, de fecha 10 de diciembre de 1984.

Y POR CUANTO, dicha Convención ha sido aceptada por mí, previa aprobación de la Honorable Junta de Gobierno, según consta del Acuerdo adoptado con fecha 13 de septiembre de 1988; y el Instrumento de Ratificación se depositó ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas con fecha 30 de septiembre de 1988 con las siguientes reservas:

- a) Al artículo 2 párrafo tercero, en cuanto modifica el principio de la “obediencia reflexiva” consagrado en la legislación interna chilena, en el sentido de que el Gobierno de Chile aplicará lo dispuesto en dicha norma internacional al personal sujeto al Código de Justicia Militar, respecto a los subalternos, siempre que la orden, notoriamente tendiente a la perpetración de los actos indicados en el artículo 1°, no sea insistida por el superior ante la representación del subalterno.
- b) Al artículo 3 en razón del carácter discrecional y subjetivo en que está redactada la norma.
- c) El Gobierno de Chile declara que en sus relaciones con los Países Americanos que sean partes de la Convención Internacional para Prevenir y Sancionar la Tortura, aplicará dicha Convención en los casos en que existan incompatibilidades entre sus disposiciones y las de la presente Convención.
- d) De conformidad con lo establecido en el artículo 28 párrafo 1°, el Gobierno de Chile no reconoce la competencia del Comité contra la Tortura según se establece en el artículo 20 de la presente Convención.

<sup>26</sup> NACIONES UNIDAS. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1981/09/19810903%2005-18%20AM/Ch\\_IV\\_8p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1981/09/19810903%2005-18%20AM/Ch_IV_8p.pdf). Acceso en: 22 abr. 2019.

<sup>27</sup> NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 8. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-8.en.pdf>. Acceso en: 22 abr. 2019.

<sup>28</sup> CHILE. Ministerio das Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 789*. Promulga la convencion sobre la eliminacion de todas las formas de discriminacion contra la mujer, adoptada por la asamblea general de las naciones unidas el 18 de diciembre de 1979. Publicado el 09 de diciembre de 1989.

<sup>29</sup> CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 808*. Promulga la convencion contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la asamblea general de la organizacion de las naciones unidas mediante resolucion 39/46, de fecha 10 de diciembre de 1984. Publicado el 26 de noviembre de 1988.

<sup>30</sup> NACIONES UNIDAS. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984*. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch\\_IV\\_9p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch_IV_9p.pdf). Acceso en: 22 abr. 2019.

<sup>31</sup> NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 9. *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-9.en.pdf>. Acceso en: 22 abr. 2019.

e) El Gobierno de Chile no se considerará obligado por lo dispuesto en el artículo 30 párrafo 1° de la Convención.

POR TANTO, en uso de la facultad que me confieren los artículos 32 N° 17 y 50 número 1) de la Constitución Política de la República, dispongo y mando que se cumpla esta Convención en todas sus partes, y que se publique copia autorizada de su texto en el Diario Oficial.

Además, respecto de dicho tratado hay que considerar a los Decretos Supremos, 39 de 1991<sup>32</sup> y el 1562 de 1999<sup>33</sup>, que realizan retiro de reservas que habían sido formuladas por Chile en su documento de ratificación.

En sexto lugar, encontramos a la Convención sobre los Derechos del Niño. Se creó por la Resolución 44/25 de la ONU, de 20 de noviembre de 1989<sup>34</sup>, teniendo vigencia internacional desde el 2 de septiembre de 1990<sup>35</sup>. Y, Chile ha ratificado el tratado en el año 1990, disponiendo el Decreto Supremo 830, como sigue<sup>36</sup>:

POR CUANTO, con fecha 26 de enero de 1990 el Gobierno de Chile suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989.

Y POR CUANTO, dicha Convención ha sido aceptada por mí, previa aprobación del Congreso Nacional, según consta en el oficio N° 379 del Honorable Senado, de fecha 10 de julio de 1990; y el Instrumento de Ratificación se depositó ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas con fecha 13 de agosto de 1990.

POR TANTO, en uso de la facultad que me confieren los artículos 32 N° 17 y 50 N° 1) de la Constitución Política de la República, dispongo y mando que se cumpla y lleve a efecto como Ley y que se publique copia autorizada de su texto en el Diario Oficial.

Y, demás hay que considerar la ratificación de la enmienda al párrafo 2 del artículo 43 de la Convención sobre derechos del niño, lo que consta en el Decreto Supremo 29 de 2004<sup>37</sup>.

En séptimo lugar, encontramos a la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Se creó por la Resolución 45/158 de la ONU, de 18 de diciembre de 1990<sup>38</sup>, teniendo vigencia internacional desde el año 2003<sup>39</sup>. Y, Chile ha ratificado el tratado en el año 2005, disponiendo el Decreto Supremo 84, como sigue<sup>40</sup>:

Que con fecha 18 de diciembre de 1990, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y

<sup>32</sup> CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 39*. Retira las reservas formuladas a la convencion contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la asamblea general de la organizacion de las naciones unidas el 10 de diciembre de 1984. Publicado el 13 de marzo de 1991.

<sup>33</sup> CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 1562*. Retira la reserva formulada al articulo 30, parrafo 1, de la convencion contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Publicado el 23 de diciembre de 1999.

<sup>34</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989*. Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/09/19900902%2003-14%20AM/Ch\\_IV\\_11p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/09/19900902%2003-14%20AM/Ch_IV_11p.pdf). Acceso en: 22 abr. 2019.

<sup>35</sup> NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 11. *Convention on the Rights of the Child*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-11.en.pdf> Acceso en: 22 abr. 2019

<sup>36</sup> CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 830*. Promulga convencion sobre los derechos del niño. Publicado el 27 de septiembre de 1990.

<sup>37</sup> CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 29*. Promulga la enmienda al parrafo 2 del articulo 43 de la convencion sobre los derechos del niño. Publicado el 30 de abril de 2004.

<sup>38</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990*. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/12/19901218%2008-12%20AM/Ch\\_IV\\_13p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/12/19901218%2008-12%20AM/Ch_IV_13p.pdf). Acceso en: 22 abr. 2019.

<sup>39</sup> NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 13. *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-13.en.pdf>. Acceso en: 22 abr. 2019.

<sup>40</sup> CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 84*. Promulga la convencion internacional sobre la proteccion de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Publicado el 08 de junio de 2005.

de sus familiares, suscrita por Chile el 24 de septiembre de 1993.

Que dicha Convención fue aprobada por el Congreso Nacional, según consta en el oficio N° 4.746, de 8 de enero de 2004, de la Honorable Cámara de Diputados.

Que el instrumento de ratificación se depositó ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas con fecha 21 de marzo de 2005, con las siguientes reservas

“La República de Chile formula reserva a lo preceptuado en el número 5 del artículo 22, el que considera inaplicable a su respecto”.

“La República de Chile dará por cumplido lo dispuesto en el número 2 del artículo 48 mediante los acuerdos internacionales para evitar la doble imposición, celebrados o que se celebren en el futuro”.  
Que, en consecuencia, la mencionada Convención entrará en vigor para Chile el 1° de julio de 2005.

En octavo lugar, encontramos a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Se creó por la Resolución A/RES/61/106 de la ONU, 13 de diciembre de 2006<sup>41</sup>, teniendo vigencia internacional desde el 3 de mayo de 2008<sup>42</sup>. Y, Chile ha ratificado el tratado en el año 2008, disponiendo el Decreto Supremo 201, como sigue<sup>43</sup>:

Que, con fecha 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó, en su 61° Período Ordinario de Sesiones, en Nueva York, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

Que dicha Convención y su Protocolo Facultativo fueron aprobados por el Congreso Nacional, según consta en el Oficio N° 7.543, de 2 de julio de 2008, de la Honorable Cámara de Diputados.

Que, con fecha 29 de julio de 2008, se depositó ante el Secretario General de las Naciones Unidas el Instrumento de Ratificación de la Convención y su Protocolo Facultativo y, en consecuencia, ambos instrumentos internacionales entrarán en vigor para Chile el 28 de agosto de 2008.

En noveno lugar, encontramos a la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Se creó por la Resolución A/RES/61/177 de la ONU, de 20 de diciembre de 2006<sup>44</sup>, teniendo vigencia internacional desde el 23 de diciembre de 2010<sup>45</sup>. Y, Chile ha ratificado el tratado en el año 2009, disponiendo el Decreto Supremo 280, como sigue<sup>46</sup>:

Que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 20 de diciembre de 2006, en Nueva York, Estados Unidos de América, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.

Que dicha Convención fue aprobada por el Congreso Nacional, según consta en el oficio N° 8.351, de 6 de octubre de 2009, de la Honorable Cámara de Diputados.

Que el Tribunal Constitucional, por sentencia Rol N° 1483-2009, de fecha 29 de septiembre de 2009, declaró que no le corresponde a ese Tribunal pronunciarse sobre la mencionada Convención, por no

<sup>41</sup> NACIONES UNIDAS. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Resolución A/RES/61/106, de 13 de diciembre de 2006. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch\\_IV\\_15.pdf](https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch_IV_15.pdf) [Fecha de consulta 22 de abril de 2019].

<sup>42</sup> NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 15. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-15.en.pdf> [Fecha de consulta 22 de abril de 2019].

<sup>43</sup> CHILE, Decreto Supremo 201, “PROMULGA LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU PROTOCOLO FACULTATIVO”, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 17 de septiembre de 2008.

<sup>44</sup> NACIONES UNIDAS. Resolución A/RES/61/177, de 20 de diciembre de 2006. Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch\\_IV\\_16.pdf](https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch_IV_16.pdf) [Fecha de consulta 22 de abril de 2019].

<sup>45</sup> NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 16. International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-16.en.pdf> [Fecha de consulta 22 de abril de 2019].

<sup>46</sup> CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto Supremo 280. Promulga la convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas., publicado el 16 de abril de 2011.

contemplar normas que versen sobre materias propias de Leyes Orgánicas Constitucionales.

Que con fecha 8 de diciembre de 2009 se depositó el Instrumento de Ratificación de la referida Convención ante el Secretario General de las Naciones Unidas, con las siguientes Declaraciones:

“La República de Chile declara, conforme a lo establecido en el Artículo 31 de la presente Convención, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones presentadas por personas que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado de Chile, o en nombre de ellas, que aleguen ser víctimas de violaciones por éste de las disposiciones de la presente Convención”.

“La República de Chile declara, conforme a lo establecido en el Artículo 32 de la presente Convención, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple con las obligaciones que le impone la presente Convención”.

Que, de conformidad con el Artículo 39, numeral 1, de dicha Convención, ésta entrará en vigor internacional el 23 de diciembre de 2010.

Con todo, desde el punto de vista normativo se cumple con el requisito para que los tratados referidos sean parte del bloque de constitucionalidad de Chile. Todos tratan sobre derechos humanos, es decir, pactos que reconocen, crean o desarrollan derechos esenciales de la naturaleza humana. Como tratados internacionales ratificados se deben aplicar por el *pacta sunt servanda* y/o sumado a ello, por aplicación el artículo 5 inciso segundo de la Constitución chilena, pues han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes.

Ahora bien, ¿Esto será así también en los tribunales de justicia? Es lo que responderá el siguiente punto a tratar.

### **3 De la teoría a la práctica: inclusión de los principales tratados sobre derechos humanos de la ONU en el bloque de constitucionalidad chileno. Su aplicación en los máximos tribunales**

El día 1 de marzo de 2018 se inauguraba el año judicial. El excelentísimo Ministro y Presidente de la Corte Suprema señor Haroldo Brito Cruz daba cuenta de la gestión del Poder Judicial exponiendo de cómo se ha cumplido el mandato y por otro lado, señalaba lo que debería hacerse para mejorar la administración de justicia. En efecto, hubo una serie de reflexiones y estadísticas relevantes para todo estudiante, litigante o académico que se dedique al Derecho. Una muy significativa, el gran número de porcentaje de causas que conoce el máximo tribunal tratan sobre derechos humanos, ya sea provenientes del recurso de amparo, del recurso de protección, del recurso de nulidad en materia penal o por medios de impugnación originados en tutelas de derechos fundamentales en el trabajo. En concreto, expresaba lo siguiente<sup>47</sup>:

Dejando a un lado las apelaciones de los recursos de protección contra Isapres, que siguen su tendencia histórica y representan un importante número de casos -más del 70% del total-, cabe también preguntarse qué asuntos conoce este tribunal. La respuesta es significativa: desarrollamos un rol orientado a la aplicación directa de la Constitución, ya que más de un tercio de lo que conocemos tiene como origen una acción constitucional, tales como el recurso de amparo (20%) o de protección (16%), sin considerar los recursos en lo penal que se fundamentan en normas de esta clase, ni las acciones de tutela de derechos fundamentales en lo laboral.

Aquello significa que la administración de justicia necesita estar al día en materia de derechos humanos. Es así como no sólo magistrados y funcionarios del poder judicial deben considerar normas protectoras de derechos fundamentales, sino que también, uno de los principales auxiliares de justicia, los abogados, pueden y deben utilizarlas en sus argumentaciones para una mejor resolución del caso. El mismo Presidente de

<sup>47</sup> BRITO CRUZ, Haroldo. Cuenta pública presidencia Corte Suprema 2018. Discurso del Presidente de la Corte Suprema señor Haroldo Brito Cruz. 2018. Disponible en <http://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2018/04/06/42025/01/1370510.pdf>. Acceso en: 26 enero 2019.



la Excelentísima Corte en su discurso inaugural de 2018 indicaba que se propone incorporar como política la perspectiva de derechos humanos en la resolución de los asuntos<sup>48</sup>.

Entonces, como política de administración de justicia se considera aplicar la normativa sobre derechos humanos en las resoluciones judiciales. En los siguientes párrafos se dan muestras de la aplicación de cada uno de los tratados internacionales referidos en el punto anterior para determinar que si son o no parte del bloque de constitucionalidad en Chile. Es decir, veremos como del texto positivo trascienden a la aplicación práctica en tribunales de justicia.

En primer lugar, revisemos un caso sobre la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. En efecto. La Cámara de Diputados remitió copia autenticada del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, que establece medidas contra la discriminación (Boletín N° 3815-07)<sup>49</sup>, con el objeto de que el Tribunal Constitucional, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto del inciso segundo de su artículo 1° y de sus artículos 3°, 6° y 13<sup>50</sup>.

El tribunal resolvió respecto de las disposiciones de las letras b), c), d) y e) del artículo 6° y en el artículo 13 del proyecto de ley sometido a control, que no se pronunciaría respecto del examen preventivo de constitucionalidad, debido a que dichos preceptos no son propios de ley orgánica constitucional. Y, respecto de las disposiciones contenidas en el inciso segundo del artículo 1°, en el artículo 3° y en la letra a) y el inciso final del artículo 6°, del proyecto de ley remitido a control, resolvió que no son contrarias a la Carta Fundamental. Para resolver, tuvo presente en sus considerandos a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Considerando decimoséptimo)<sup>51</sup>.

En cuanto a un voto particular, que es relevante en la aplicación de tratados internacionales en Chile, es menester tener presente lo prevenido por la Ministra señora Marisol Peña Torres, que agrega además la tesis de extender el control preventivo obligatorio de constitucionalidad al inciso primero del artículo 2° del proyecto de ley examinado. En efecto, en dicho voto particular, se aporta en el sentido de dar contenido a la interpretación del concepto de “discriminación arbitraria”, especialmente en un asunto donde no hay un consenso conceptual y tampoco hay una definición explícita de discriminación. Para ello, se considera para considera en la creación de un concepto jurisprudencial de discriminación, entre otros tratados, a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Voto particular, III, Ministra señora Marisol Peña Torres)<sup>52</sup>.

En segundo lugar, revisemos un caso sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Décimo Noveno Juzgado Civil de Santiago, en juicio ejecutivo de cobro de obligaciones tributarias del Título V del Libro III del Código Tributario, acogió una excepción de prescripción de la acción de cobro del Fisco opuesta por un contribuyente, ordenándose el alzamiento de la ejecución respecto un impuesto<sup>53</sup>. Impugnada esa decisión, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago la revocó, declarando en su lugar que se rechaza la indicada excepción debiendo seguir adelante la ejecución.<sup>54</sup> Posteriormente se dedujeron recursos de casación en la forma y el fondo, los que fueron rechazados, pero con un voto en contra o particular<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> BRITO CRUZ, Haroldo. Cuenta pública presidencia Corte Suprema 2018. Discurso del Presidente de la Corte Suprema señor Haroldo Brito Cruz. 2018. Disponible en: <http://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2018/04/06/42025/01/1370510.pdf> Acceso en: 26 enero 2019.

<sup>49</sup> Hoy es una ley publicada: CHILE. *Ley N° 20.609, de 24 de julio de 2012*. Establece medidas contra la discriminación. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?pidNorma=1042092>. Acceso en: 22 abr. 2019. (Conocida comúnmente como “Ley Zamudio”).

<sup>50</sup> CHILE. Excelentísimo Tribunal Constitucional. *Rol N° 2.231-2012*.

<sup>51</sup> CHILE. Excelentísimo Tribunal Constitucional. *Rol N° 2.231-2012*. Sentencia de 01 abril de 2013.

<sup>52</sup> CHILE. Excelentísimo Tribunal Constitucional. *Rol N° 2.231-2012*. Sentencia de 01 abril de 2013.

<sup>53</sup> CHILE. Décimo Noveno Juzgado Civil de Santiago. *Rol N° C-24.868-2009*. Sentencia de 16 de enero de 2014.

<sup>54</sup> CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. *Rol N° 1.969-2014. Civil, Sentencia de 26 de diciembre de 2014. Rol N° 1.969-2014. Civil, Sentencia de 26 de diciembre de 2014.*

<sup>55</sup> CHILE. Excelentísima Corte Suprema *Rol N° 2.285-2015, Sentencia de 25 de enero de 2016.*

Es así como la Excelentísima Corte Suprema resuelve que en los autos aparece como interrumpida la prescripción que se invoca y por ello no debe acogerse la prescripción. Fue clave en los autos el requerimiento de pago practicado el 11 de marzo de 2002 que produjo el efecto de interrumpir el plazo de prescripción de la acción de cobro, que con anterioridad y por un prolongado tiempo se había mantenido suspendido. Vale decir, desde el plazo legal en que debió efectuarse el pago, el 30 de abril de 1993, principió a correr el término de la prescripción de la acción de cobro, y habiéndose reclamado la liquidación del impuesto, se suspendió dicho plazo, por lo que una vez dictada la sentencia y ordenado el giro, el 21 de septiembre de 2001, comenzó a correr desde esa fecha el plazo de prescripción que se vio interrumpido por haberse practicado requerimiento de pago, el 11 de marzo de 2002, como se dijo<sup>56</sup>.

No obstante, el voto en contra considera acoger el recurso de casación en el fondo y declarar en la sentencia de reemplazo en favor del contribuyente pues el respeto a las normas constitucionales y de derecho internacional exigen que la acción de la justicia sea rápida y oportuna, tanto en escuchar a los justiciables, como en resolver los problemas planteados, sean ellos del ámbito civil o del penal, debiendo resolverse el conflicto en un plazo razonable, esto es, ajustado a la razón. En tal perspectiva, no puede aceptarse, que el cobro se extienda por más de una década -en este caso veintidós años-, plazo considerado desde la data de exigibilidad de los impuestos hasta la fecha de expedición de esta sentencia<sup>57</sup>.

En tercer lugar, revisemos un caso sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se recurre de protección en favor de una menor de edad en contra de un determinado Colegio, ya que éste habría negado la renovación de matrícula (estudiante de séptimo a octavo básico). La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso, estimando que el contrato que se había suscrito era de carácter anual, para luego dejar en absoluta libertad a las partes para renovarlo o no. Esta libertad, naturalmente, importa la suscripción un nuevo acuerdo de voluntades y de un nuevo contrato, para los efectos de obtener la matrícula para el año lectivo 2013. Ello, llevó al actor a interponer recurso de apelación respecto del fallo<sup>58</sup>.

Se revoca la sentencia de primera instancia en favor del recurrente. La Excelentísima Corte Suprema estima que es abiertamente contrario a derecho, por las razones surgidas de los conceptos normativos esbozados en la sentencia. En efecto, resulta del todo incompatible con la idea de unidad y progresividad de todo proceso educativo, dejarlo entregado a la mera voluntad de cualquiera de las partes, en cuanto a la promoción a nivel sucedáneo, premisa ésta que en todo caso es valedera para los cursos de un mismo ciclo, en la especie, la promoción del séptimo al octavo año del ciclo básico (Considerando sexto al noveno)<sup>59</sup>.

En cuarto lugar, revisemos un caso sobre la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Una determinada institución educacional con sede en Chillán presenta demanda de desafuero en contra de una de sus trabajadoras embarazadas con contrato a plazo fijo, a fin de que se autorice para poner término al contrato de laboral suscrito por ambas partes. La acción deducida es rechazada<sup>60</sup>, al igual que el recurso de nulidad deducido para conocimiento de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Chillán<sup>61</sup>, como también la presentación del recurso de unificación de jurisprudencia resuelto por la Excelentísima Corte Suprema<sup>62</sup>.

El máximo tribunal, teniendo a la vista las sentencias contradictorias, una, que por un lado darían lugar al desafuero y otra que no (la de autos), resuelve rechazar el recurso de unificación de jurisprudencia en favor de la trabajadora, considerando para resolver que se debe tener presente en la controversia que la maternidad

<sup>56</sup> CHILE. Excelentísima Corte Suprema Rol N° 2.285-2015, Sentencia de 25 de enero de 2016.

<sup>57</sup> CHILE. Excelentísima Corte Suprema. Rol N° 2.285-2015, Sentencia de 25 de enero de 2016.

<sup>58</sup> CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 41.989-2012, Protección, Sentencia de 01 abril de 2013.

<sup>59</sup> CHILE, Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 3.015-2013, Sentencia de 05 de agosto de 2013.

<sup>60</sup> CHILE Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán. RIT O-224-2013, Sentencia de 08 de enero de 2014.

<sup>61</sup> CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Chillán. Rol N° 12-2014, Sentencia de 24 de marzo de 2014. Reforma Laboral.

<sup>62</sup> CHILE. Excelentísima Corte Suprema. Rol N° 8.891-2014, Sentencia de 15 de enero de 2015.

se encuentra protegida en instrumentos internacionales, entre otros, por el Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Considerando octavo y undécimo)<sup>63</sup>.

En quinto lugar, revisemos un caso sobre la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Se presenta demanda en un Juzgado Civil de Santiago para obtener resarcimiento por daño moral debido a prisión política y tortura a que fueron sometidos. En primera instancia se acoge parcialmente la demanda por lo que se condena al Fisco de Chile a indemnizar a los actores<sup>64</sup>, mientras que en alzada se rebajan los montos a resarcir. Ambas partes presentan recursos de casación en el fondo, los demandantes para elevar las sumas de dinero a indemnizar mientras que el demandado para que se acogiera excepción de pago y prescripción<sup>65</sup>.

Se rechazan los recursos interpuestos por ambas partes por la Excelentísima Corte Suprema. A los demandantes, porque la apreciación pecuniaria del daño moral puede y debe ser asumida prudencialmente por el juez, por lo que no es susceptible de revisión por la vía de la casación en el fondo (Considerando cuarto). Y, al demandado por estimar que los agravios fueron producidos a consecuencia de delitos de lesa humanidad, lo que encuentra fundamento en paradigmas generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación completa, en virtud de lo ordenado en los artículos 5, inciso segundo y 6 de la Constitución Política de la República (Considerando séptimo a décimo tercero)<sup>66</sup>.

En sexto lugar, revisemos un caso sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se interponen dos recursos de protección en favor de una determinada cantidad de estudiantes de un Liceo de la comuna de Providencia, ya que no se les renovarían la matrícula para el siguiente año de estudios. Para ello, el establecimiento educacional habría aplicado medidas disciplinarias al respecto. Se acoge el recurso, que posteriormente fue confirmado por la Excelentísima Corte Suprema<sup>67</sup>.

Resuelve la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago que en favor de los estudiantes. En efecto, estima que ha resultado confuso y las medidas aplicadas desproporcionadas, revistiendo el establecimiento educacional visos de ilegalidad y arbitrariedad en su actuar. Entre otros aspectos, para resolver, tuvo presente que en su mayoría los estudiantes eran menores de dieciocho años, por lo que necesariamente debe traerse a colación a la Convención de Derechos del niño (Considerando undécimo)<sup>68</sup>.

En séptimo lugar, revisemos un caso sobre la aplicación de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Se presenta requerimiento de inaplicabilidad respecto de determinadas oraciones de los artículos 227 y 320 del Código Procesal Penal y del artículo 411 quáter del Código Penal por estimar que se infringen lo dispuesto en los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental. La declaración de inaplicabilidad se solicita para que surta efectos en la gestión pendiente consistente en una causa que se sigue ante el Juzgado de Garantía de Pichilemu por los supuestos delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, previstos y sancionados en los artículos 411 bis y 411 quáter del Código Penal<sup>69</sup>.

Se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad. El excelentísimo Tribunal Constitucional resuelve que, lo que corresponde apreciar en la figura penal impugnada no es una integración analógica de la ley, sino que la ley contempla un elemento normativo (“esclavitud o prácticas análogas a ésta”), para y cuya definición y

<sup>63</sup> CHILE. Excelentísima Corte Suprema. Rol N° 8.891-2014, Sentencia de 15 de enero de 2015.

<sup>64</sup> CHILE. Vigésimo quinto Juzgado Civil de Santiago. Rol N° C-31.513-2009, Sentencia de 22 de julio de 2009.

<sup>65</sup> CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 6.891-2013, Civil, Sentencia de 10 de diciembre de 2014.

<sup>66</sup> CHILE. Excelentísima Corte Suprema. Rol N° 2.289-2015, Sentencia de 29 de marzo de 2016.

<sup>67</sup> CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 2.678-2012, Sentencia de 26 de abril de 2012, (Acumulado Rol 3.039-2012), Protección,.

<sup>68</sup> CHILE. Excelentísima Corte Suprema. Rol N° 3.880-2012, Sentencia de 28 de mayo de 2012.

<sup>69</sup> CHILE. Excelentísimo Tribunal Constitucional. Rol N° 2.615-14, Sentencia de 30 de octubre de 2014.

conceptualización concreta viene en auxilio del juez todo el corpus iuris aludido, entre otros, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos, que constituye un *corpus iuris* internacional solidamente asentado sobre la materia de esclavitud en todas sus formas (Considerando décimo, décimo segundo, décimo tercero, duodécimo octavo)<sup>70</sup>.

En octavo lugar, revisemos un caso sobre la aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Una serie de agrupaciones y asociaciones presentan un recurso de protección en favor de las personas sordomudas del país en contra de diversos canales de Televisión. En opinión de los recurrentes las emisoras televisivas no habrían hecho accesibles el recuadro de intérprete en lengua de señas chilena en diversas transmisiones de hechos y eventos de alto impacto y trascendencia social, aludiendo específicamente al Festival de la Canción de Viña del Mar, a la erupción del volcán Villarrica, a la audiencia de formalización de la investigación del denominado caso Penta y al incendio que afectó a las ciudades de Valparaíso y Viña del Mar. A su turno, los recurridos informan, en general, que cumplen con la normativa sobre programación. Se rechaza el recurso por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago<sup>71</sup>.

Se confirma la decisión de primera instancia por la Excelentísima Corte Suprema. Ello, ya que en los autos aparece de manifiesto que los canales de televisión recurridos, al incorporar el sistema de subtítulo oculto o “*closed caption*” a la transmisión de los programas de televisión referidos por las asociaciones recurrentes en su libelo, han dado estricto cumplimiento a la normativa que rige la materia. Entre otras normas, se tuvo presente a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (Considerando tercero)<sup>72</sup>.

En noveno lugar, revisemos un caso sobre la aplicación de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. En primera instancia se sentencia en el año 2012 a cinco agentes del Estado por su responsabilidad como autores del delito de secuestro calificado perpetrado en los años ochenta. En lo que corresponde a la acción civil deducida en el proceso, se condena al Fisco al pago de una determinada cantidad de dinero por concepto de daño moral. En 2014 la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago desestimó una casación en la forma interpuesta. Además, confirmó el fallo de primera instancia (en lo penal, aunque reduciendo la pena), y, en lo civil, rechazó la demanda por incompetencia absoluta para conocer de la acción indemnizatoria entablada. Contra la sentencia del tribunal de alzada se dedujeron recursos de casación en el fondo<sup>73</sup>.

Se acogen las pretensiones de los actores. En tal sentido, la Excelentísima Corte Suprema tiene por rechazadas las excepciones de incompetencia, prescripción, improcedencia e inexistencia de responsabilidad opuestas por el Fisco de Chile. Y, se confirma la sentencia impugnada condenando al Estado a pagar una determinada cantidad de dinero a título de indemnización por el daño moral. Para ello, se tuvo presente que el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe la prescripción, la posibilidad de amnistía, como también la consagración de excluyentes de responsabilidad que puedan impedir la investigación de los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas (Considerando primero al cuarto de la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema. Considerando décimo y undécimo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago)<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> CHILE. Excelentísimo Tribunal Constitucional. *Rol N° 2.615-14, Sentencia de 30 de octubre de 2014.*

<sup>71</sup> CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. *Rol N° 21.223-2015, Sentencia de 30 de abril de 2015. Protección.*

<sup>72</sup> CHILE. Excelentísima Corte Suprema. *Rol N° 6.608-2015, Sentencia de 30 de julio de 2015.*

<sup>73</sup> CHILE, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. *Rol N° 1.113-2012, Criminal, Sentencia de 22 de enero de 2014.*

<sup>74</sup> CHILE. Excelentísima Corte Suprema. *Rol N° 4.300-2014, Sentencia de 09 de septiembre de 2014.*



## 4 Conclusiones

Ya se ha hecho el recorrido, y, es preciso recordar el objetivo general, al preguntarse si son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales sobre derechos humanos de la ONU en el Estado de Chile. En efecto, la respuesta es un sí categórico. Ello, según como se ha respaldado con el desarrollo de los objetivos específicos del presente texto.

En primer lugar, desde el punto de vista de la doctrina (más *ius naturalista* por cierto), los tratados deben aplicarse porque contienen normas que reconocen derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como también *IUS COGENS* en la materia.

En segundo lugar, desde el punto del derecho internacional convencional, los tratados son vinculantes de acuerdo con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, aplicando el principio de *pacta sunt servanda* y la buena fe de los tratados. Si Chile ha ratificado la Convención de Viena y los tratados internacionales de la ONU estudiados, estos son parte del bloque de constitucionalidad indiscutiblemente desde que han sido ratificados por Chile.

En tercer lugar, desde el punto del derecho constitucional, para el caso chileno en concreto, en aplicación del artículo 5 inciso segundo los tratados son parte del bloque de constitucionalidad desde que son ratificados por Chile, se encuentren vigentes y versen sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Así, se estudiaron aquellos requisitos: es evidente que sólo por el título y contenido que todos los tratados revisados son sobre derechos humanos, ergo, están dentro de la categoría; todos han sido ratificados por Chile, en distintas épocas, inclusive habiendo años de diferencia entre la ratificación y posterior publicación (pero esto último, la publicación es sólo una formalidad y no un requisito constitucional de aplicabilidad); y, todos tienen actual vigencia internacional como ha reflejado según la normativa e información dispuesta por Naciones Unidas.

En cuarto lugar, el texto positivo ha llegado a tribunales de justicia, en particular a los máximos tribunales, por lo que ha quedado comprobado que los tratados estudiados son parte del bloque de constitucionalidad también en la práctica, en la realidad de los casos judiciales. Un asunto no menor, pues como se revisaba en el trabajo, inclusive con la misma o similar normativa los tribunales de los años 80-90 se excusaban de aplicarlos por no haber ciertos requisitos de formalidad (como la publicación) o por ausencia de norma positiva que desarrolle su implementación en el ordenamiento jurídico interno.

En definitiva, la aseveración es positiva, puesto que, con la incorporación de los principales tratados internacionales sobre derechos humanos al bloque de constitucionalidad en Chile, se abre un abanico de derechos fundamentales para los habitantes de la Nación. Sí están en el texto positivo es un aporte, pero sí además se aplican en tribunales de justicia es un avance también en el fortalecimiento del Estado de Derecho chileno.

## Referencias

BRITO CRUZ, Haroldo. *Cuenta pública presidencia Corte Suprema 2018*. Discurso del Presidente de la Corte Suprema señor Haroldo Brito Cruz. 2018. Disponible en: <http://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2018/04/06/42025/01/1370510.pdf>. Acceso en: 26 enero 2019

CHILE. Constitución Política de la República de Chile, última versión de 16 de junio de 2018. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>. Acceso en: 22 abr. 2019.

CHILE. Excelentísima Corte Suprem. *Rol N° 6.608-2015, Sentencia de 30 de julio de 2015*.

CHILE. Excelentísima Corte Suprema.

CHILE. Excelentísima Corte Suprema. *Rol N° 2.289-2015, Sentencia de 29 de marzo de 2016.*

CHILE. Excelentísima Corte Suprema. *Rol N° 3.880-2012, Sentencia de 28 de mayo de 2012.*

CHILE. Excelentísima Corte Suprema. *Rol N° 4.300-2014, Sentencia de 09 de septiembre de 2014.*

CHILE. Excelentísima Corte Suprema. *Rol N° 8.891-2014, Sentencia de 15 de enero de 2015.*

CHILE. Excelentísima Corte Suprema. *Rol N° 3.015-2013, Sentencia de 05 de agosto de 2013.*

CHILE. Excelentísimo Tribunal Constitucional. *Rol N° 2.231-2012, Sentencia de 01 abril de 2013.*

CHILE. Excelentísimo Tribunal Constitucional. *Rol N° 2.615-14, Sentencia de 30 de octubre de 2014.*

CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Chillán. *Rol N° 12-2014, Reforma Laboral, Sentencia de 24 de marzo de 2014.*

CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. *Rol N° 1.969-2014, Civil, Sentencia de 26 de diciembre de 2014.*

CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. *Rol N° 41.989-2012, Protección, Sentencia de 01 abril de 2013.*

CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. *Rol N° 6.891-2013, Civil, Sentencia de 10 de diciembre de 2014.*

CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. *Rol N° 1.113-2012, Criminal, Sentencia de 22 de enero de 2014.*

CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. *Rol N° 2.678-2012 (Acumulado Rol 3.039-2012), Protección, Sentencia de 26 de abril de 2012.*

CHILE. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. *Rol N° 21.223-2015, Protección, Sentencia de 30 de abril de 2015.*

CHILE. Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán. *RIT O-224-2013, Sentencia de 08 de enero de 2014.*

CHILE. *Ley de reforma constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989.* Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44169/2/HLArt5CPR.pdf>. Acceso en: 22 abr. 2019.

CHILE. *Ley N° 20.609, de 24 de julio de 2012, Establece medidas contra la discriminación.* Acceso en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042092>. Disponible em: 22 abr. 2019.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Décimo Noveno Juzgado Civil de Santiago, *Rol N° C-24.868-2009, Sentencia de 16 de enero de 2014.*

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 1562.* Retira la reserva formulada al artículo 30, párrafo 1, de la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Publicado el 23 de diciembre de 1999.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 201.* Promulga la convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo. Publicado el 17 de septiembre de 2008.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 280.* Promulga la convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Publicado el 16 de abril de 2011.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 29.* Promulga la enmienda al párrafo 2 del artículo 43 de la convención sobre los derechos del niño. Publicado el 30 de abril de 2004.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 326*. Promulga el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la asamblea general de la organización de las naciones unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969. Publicado el 27 de mayo de 1989.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 381*. Promulga la convención sobre el derecho de los tratados y su anexo, suscrita por el gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969. Publicado el 22 de junio de 1981.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 39*. Retira las reservas formuladas a la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la asamblea general de la organización de las naciones unidas el 10 de diciembre de 1984. Publicado el 13 de marzo de 1991.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 747*. Aprueba convención internacional sobre “eliminación de todas las formas de discriminación racial. Publicado el 12 de noviembre de 1971.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 778*. Promulga el pacto internacional de derechos civiles y políticos adoptado por la asamblea general de la organización de las naciones unidas por resolución n° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. Publicado el 29 de abril de 1989.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 789*. Promulga la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la asamblea general de las naciones unidas el 18 de diciembre de 1979. Publicado el 09 de diciembre de 1989.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 808*. Promulga la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la asamblea general de la organización de las naciones unidas mediante resolución 39/46, de fecha 10 de diciembre de 1984. Publicado el 26 de noviembre de 1988.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 830*. Publicado el 27 de septiembre de 1990.

CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto Supremo 84*. Promulga la convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Publicado el 08 de junio de 2005.

CHILE. Vigésimo quinto Juzgado Civil de Santiago. *Rol N° C-31.513-2009, Sentencia de 22 de julio de 2009*.

CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y Jurisprudencia. *Ius et Praxis*, Talca, Chile, v. 9. n. 1. p. 365-374. 2003.

DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Aplicación judicial en Chile del “ius cogens” como manifestación de la internacionalización del Derecho interno en materia de protección de la dignidad humana. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile, n. 40. p. 393-417.

GOZAÍNI, Osvaldo. *Derecho Procesal Transnacional: Los procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Tirant lo Blanch, 2014.

IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. España: J. M. Bosch Editor, 1992.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. Una visión de la tutela judicial a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En: FERRER MAC GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. 2013. p. 1217-1260. (In memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos).

MORALES MORALES, Alejandra Virginia; ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean Cadet. La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, v. 12, n. 27, p. 135-14, enero-jun. 2011.

NACIONES UNIDAS. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. *Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984*. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch\\_IV\\_9p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch_IV_9p.pdf). Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *Resolución A/CONF.39/27, de 23 de mayo de 1969*. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch\\_XXIII\\_01.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf). Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. Resolución A/RES/61/177, de 20 de diciembre de 2006. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch\\_IV\\_16.pdf](https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch_IV_16.pdf). Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. *Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965*. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/source/docs/A\\_RES\\_2106-Eng.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_2106-Eng.pdf). Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. *Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990*. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/12/19901218%2008-12%20AM/Ch\\_IV\\_13p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/12/19901218%2008-12%20AM/Ch_IV_13p.pdf). Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. *Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979*. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1981/09/19810903%2005-18%20AM/Ch\\_IV\\_8p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1981/09/19810903%2005-18%20AM/Ch_IV_8p.pdf). Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Resolución A/RES/61/106, de 13 de diciembre de 2006. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch\\_IV\\_15.pdf](https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch_IV_15.pdf). Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. *Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989*. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/09/19900902%2003-14%20AM/Ch\\_IV\\_11p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1990/09/19900902%2003-14%20AM/Ch_IV_11p.pdf). Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. *Historia de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>. Acceso en: 25 enero 2019.

NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponible en [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch\\_IV\\_04.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch_IV_04.pdf). Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponible en: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/01/19760103%2009-57%20PM/Ch\\_IV\\_03.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/01/19760103%2009-57%20PM/Ch_IV_03.pdf). Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 11. *Convention on the Rights of the Child*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-11.en.pdf>. Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 13. *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-13.en.pdf>. Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 15. *Convention on the Rights of Persons*



*with Disabilities*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-15.en.pdf>. Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 16. *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-16.en.pdf>. Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 2. *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-2.en.pdf>. Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 3. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-3.en.pdf>. Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 4. *International Covenant on Civil and Political Rights*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-4.en.pdf>. Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 8. *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-8.en.pdf>. Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter IV. Human Rights. 9. *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-9.en.pdf>. Acceso en: 22 abr. 2019.

NACIONES UNIDAS. Status of Treaties. Chapter XXIII. Law of Treaties. 1. *Vienna Convention on the Law of Treaties*. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXIII/XXIII-1.en.pdf>. Acceso en: 22 abr. 2019.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis*, Talca, Chile, v. 9, n. 1, p. 403-466, 2003.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Potestad calificadoradora del  
Conservador de Bienes Raíces y  
procedimiento registral**  
Real Estate Registrar's  
qualifying authority and the  
registry's procedure

Sebastián Bozzo Hauri

Gonzalo Ruz Lartiga

# Potestad calificadora del Conservador de Bienes Raíces y procedimiento registral\*

## Real Estate Registrar's qualifying authority and the registry's procedure

Sebastián Bozzo Hauri\*\*

Gonzalo Ruz Lartiga\*\*\*

### Resumen

El presente trabajo analiza la potestad calificadora del Conservador de Bienes Raíces y cómo ésta se enmarca en el procedimiento registral chileno. Las características propias del sistema, el cual se basa en un sistema de registro de inscripción y no de transcripción, justifica que se deba realizar un estudio, considerando además, los importantes efectos que se siguen del mismo. De esta manera, se abordará primero la potestad calificadora de este funcionario privado que ejerce una función pública, estudiando su noción y alcances, el fundamento de dicha potestad, su naturaleza jurídica y características de la misma. En la segunda parte del trabajo, se estudiará el procedimiento registral, entendiendo por tal como un conjunto de actos jurídicos que se desenvuelven progresivamente con el fin de proceder a la inscripción. Así, se analizará su naturaleza jurídica según la doctrina y jurisprudencia, explicando por otra parte las principales etapas del procedimiento, para finalizar con las conclusiones del estudio.

**Palabras clave:** Conservador de Bienes Raíces. Potestad Calificadora. Procedimiento Registral. Función Pública.

### Abstract

This paper analyses the qualifying authority of the real estate registrar and how it is enshrined within the Chilean registry's procedure. The system's features, based on a registry's system of inscription and not transcription, justify the need for such an analysis. This study is more even more relevant if one considers the significant effects that flow from the registry's system. This paper is divided as follows. First, the qualifying authority of the real estate registrar is characterised by giving special attention to its concept, scope, legal basis and nature. Second the paper moves on to study the registry's procedure, that is the legal acts that must be progressively deployed to be able to carry out an inscription. Thus, the paper critically engages with the case law and legal scholarship so as to give account of the main stages of the procedure. The paper closes with a set of conclusions.

**Keywords:** The Real Estate Registrar. Qualifying Authority. Registry's Procedure. Public Function.

\* Recibido em 08/05/2019  
Aprovado em 09/05/2019

\*\* Doctor en Derecho y Magíster en Derecho de la Empresa (Universidad de Valencia). Profesor de Derecho Civil y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile (Chile). Email: [sebastian.bozzo@uautonoma.cl](mailto:sebastian.bozzo@uautonoma.cl)

\*\* Abogado, Master en Investigación (DEA) y Doctor en Derecho privado por la Universidad d'Aix-Marseille III, Francia. Profesor de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Chile (Chile). Correo electrónico: [gonzalo\\_ruz@yahoo.fr](mailto:gonzalo_ruz@yahoo.fr)



## 1 Introducción

En el sistema de derecho patrimonial chileno la transmisión y, por tanto, la adquisición de los derechos reales tiene generalmente como base un contrato, es decir, es en el marco de la contratación donde van las titularidades jurídicos-reales que, depuradas de otros derechos a menudo obligacionales, va a acceder finalmente al Registro a través del procedimiento creado y tutelado por el Estado.

Es así como en un sistema de registro de inscripción y no de transcripción como el chileno, los documentos en virtud de los que se practican los asientos agotan sus efectos ante el registro al servir de base para la calificación registral. A partir de ese momento, al practicarse el asiento, es ese acto el que produce los efectos del registro, que constituyen presunción de exactitud, de fe pública registral y de imposibilidad<sup>1</sup>.

El procedimiento se regula en el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, que data del 24 de junio del año 1857. Cabe señalar que el Reglamento no ha sufrido modificación alguna desde su dictación. Por otra parte, es preciso destacar que las normas que fijan el procedimiento registral se encuentran dispersas a lo largo de todo el reglamento, sin que exista un tratamiento orgánico sobre la materia.

De esta forma, en la línea de lo anterior, en este trabajo abordaremos por una parte la potestad calificadora que posee el Conservador de Bienes Raíces chileno y, luego, el procedimiento registral, en el cual esta potestad se inserta, y que se manifiesta como conjunto o serie de actos, a cargo del mismo funcionario, que se deben desenvolver progresivamente con el fin de llegar a la inscripción. Es el procedimiento registral el medio o el vehículo necesario e indispensable para sostener el principio de legalidad que se pone en evidencia a su vez como expresión de la potestad calificadora de que goza este funcionario privado que ejerce una función pública. En este sentido, el procedimiento registral, manifiesto de la potestad calificadora, no puede entenderse sino dentro del contexto general de una potestad registral que la ley les entrega a ciertos funcionarios encargados de los registros públicos.

## 2 La potestad calificadora del conservador de bienes raíces

### 2.1 Noción y alcances

La potestad calificadora del Conservador de Bienes Raíces en Chile se enmarca en un contexto más amplio que se ha definido como jurisdicción o potestad registral que es la facultad que la ley entrega a determinados funcionarios públicos a quienes les encarga el conocimiento y resolución de todos los asuntos relativos al registro y conservación de las inscripciones que ella dispone para los efectos previstos en la propia ley<sup>2</sup>. Este escenario, expuesto por Álvarez-Caperochipi en España, homologable al chileno y brasileño compartiría, además, la naturaleza de quien es llamado a servir esta función registral, pues tanto en Chile<sup>3</sup>

<sup>1</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente y RAGA SASTRE, Nuria. *El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y práctica*. Valladolid: Lex Nova, 2010. p.128.

<sup>2</sup> ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *Derecho inmobiliario registral*. Madrid: Civitas, 1986. p. 66. Señala sobre concepto y naturaleza de la calificación del registrador en España: “Es la función más característica del registrador, y la definitoria de la naturaleza de un sistema registral. Puede definirse como la función jurídica determinativa de la inscripción y su contenido”. Señala más adelante: “En un Registro de transcripción de títulos, la calificación se puede limitar a comprobar la idoneidad formal del título y su carácter inmobiliario, pero en un registro que no transcribe contratos sino que toma razón de su contenido jurídico real, la calificación implica también necesariamente la denominación y configuración de los derechos reales constituidos”. Para SANTOS LLORO, Mónica. El procedimiento registral. En: VV.AA. *Lecciones de derecho inmobiliario registral*. Barcelona: Atelier, 2008. La calificación registral “es el control de la legalidad de los documentos que pretenden acceder al Registro y cuyo objeto es la práctica, suspensión o denegación del asiento solicitado”.

<sup>3</sup> El artículo 446 del Código Orgánico de Tribunales prescribe que “son Conservadores los ministros de fe encargados de los registros conservatorios de bienes raíces, de comercio, de minas, de accionistas de sociedades propiamente mineras, de asociaciones de



como en Brasil<sup>4</sup>, serían más bien funcionarios privados, sujetos al control de autoridades públicas, generalmente el poder judicial, los que cumplen esta función.

Calificar, en derecho registral, es determinar si un acto o contrato, es decir, un título -tanto en su aspecto material como formal- reúne los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para su validez y para su eficacia “*erga omnes*”<sup>5</sup>. En el ejercicio de dicha facultad, el Conservador debe aplicar el ordenamiento jurídico, ya sea el derecho positivo como los principios generales del derecho.

En este escenario la potestad calificadora, o más ampliamente la potestad registral, constituye un poder y un deber que se le entrega al registrador (de ahí que se le llame por ciertos autores jurisdicción registral<sup>6</sup>) para conocer y resolver o decidir de toda solicitud de inscripción (con las excepciones que veremos en su oportunidad), en términos tales que no puede el Registrador ante un título que se le presenta para su inscripción dudar, vacilar o eludir el juicio sobre el acceso o no al registro del acto, derecho o documento presentado.

Ahora bien, de esta potestad registral -en los términos amplios que se ha señalado- está dotado el Conservador de Bienes Raíces chileno. VARAS ESPEJO la define como

la facultad que la ley atribuye a estos funcionarios auxiliares de la Administración de Justicia para examinar el título o documento cuya inscripción o anotación se solicita con el objeto de verificar si reúne los presupuestos legales necesarios para tener acceso al Registro<sup>7</sup>.

Esta potestad calificadora limitada y constreñida a meros aspectos formales según Peñailillo<sup>8</sup>, pasiva<sup>9</sup> según opinión jurisprudencial asentada desde mediados del siglo pasado<sup>10</sup>, y sometida a los vaivenes de una naturaleza jurídica poco definida del procedimiento registral, está sumida al mismo tiempo a las dudas que se presentan acerca de la naturaleza jurídica de la función registral.

En efecto, la calificación registral es una facultad que la ley otorga al Conservador con el fin de que el acceso de los instrumentos a un registro público se sujete a la exigencia de un control de admisibilidad de su legalidad, el que a través de un juicio intelectual complejo finaliza en una decisión positiva cuando inscribe, o negativa cuando formula reparos o niega la inscripción.

---

canalistas, de prenda agraria, de prenda industrial, de especial de prenda y demás que les encomienden las leyes.”

<sup>4</sup> El artículo 236 de la Constitución Federal expresa que “los servicios notariales y de registro son ejercidos en carácter privado, por delegación del Poder Público”.

<sup>5</sup> CURIEL LORENTE, Fernando. La legitimación registral. En: VV.AA. *La evolución del derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 143.

<sup>6</sup> Aunque en opinión de PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*. 4. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 244, esta posición, “cuasijudicial”, se encuentra “al parecer, ya abandonada”.

<sup>7</sup> VARAS ESPEJO, Miguel. La jurisdicción registral de los conservadores de bienes raíces en Chile. *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile, n. 103, p. 3-10, enero 1989. p. 3-10. En un sentido similar GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. La calificación registral. En: VV.AA. *La evolución del derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 143 ha definido la calificación registral como “Determinar si un acto o contrato, es decir, un título-tanto en su aspecto material como formal reúne los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para su validez y para su eficacia “*erga omnes*”.

<sup>8</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*. 4. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006. n. 133.

<sup>9</sup> Contra VILLALOBOS NAVARRO, Mario. *Los límites de la jurisdicción del Conservador de Bienes Raíces y el art. 13 del reglamento de 1857*. Disponible en <http://fojas.conservadores.cl/articulos/los-limites-de-la-jurisdiccion-del-conservador-de-bienes-raices-y-el-art-13-del-reglamento-de-1857>. Acceso en: 1 mayo 2019, quien expresa al respecto: “De inmediato surge como necesario objetar, en forma absoluta, la posición que suele observarse en algunos hombres del Foro, incluso en algunos fallos de antigua data, en orden a sostener que no le corresponde al Conservador, entrar a pronunciarse sobre la validez o legalidad del título que se le presenta para inscribir, función que, sostiene, la ley no les ha conferido y que corresponde a otra autoridades. Semejante posición contraviene el texto clarísimo del art. 13 del Reglamento, ya que la disposición dice, en forma imperativa, que el Conservador DEBERÁ NEGARSE (a inscribir) si la inscripción es “en algún sentido legalmente inadmisibile [...]”. Por cierto, ya veremos, que el derecho que tiene el Conservador para negarse a inscribir, no es absoluto, tiene sus acondicionamientos y limitaciones; pero ellos no obsta para que podamos sostener, y esta ponencia tratará de probarlo, que el papel del Conservador de Bienes Raíces, es activo, y no puede ni debe renunciar a él, so pena, de faltar gravemente a sus deberes, e, incluso, ser condenado a indemnizar los perjuicios que su actitud pasiva o negativa pudiese causar a terceros, como lo dispone el art. 96 del texto del propio Reglamento”.

<sup>10</sup> CHILE. Corte Suprema. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, t. 45, 2ª parte, sec. 1ª, 1948. p. 545 (V. Nota 33)

En esta perspectiva de la calificación registral, Mohor confirma que esta potestad calificadora es una manifestación de una función de control de legalidad que realiza el Registrador como encargado de la práctica de los asientos registrales, por medio del correspondiente juicio de validez y de regularidad, respecto a los actos y negocios que han de acceder al Registro, a objeto que, en virtud de la publicidad registral, los asientos registrales generadores de la misma surtan los efectos asignados por la ley.<sup>11</sup>

Sin embargo, no es una facultad privativa ni excluyente del Conservador, pues ante el juicio calificatorio negativo acerca de una solicitud de inscripción, el Juez letrado respectivo, con competencia en materia civil, asume este rol, recalificando por vía reclamación del interesado, según lo veremos más adelante, esa decisión negativa de legalidad. Esa nueva o segunda calificación, judicial esta vez, en el caso de ser registrable el título, prevalecerá. Lo mismo se ha producido a través del procedimiento de la acción constitucional de protección, por la cual se ha resuelto por la Iltma. Corte de Apelaciones respectiva o la Excma. Corte Suprema en su caso que, a fin de restablecer el imperio del derecho conculcado por la negativa del Conservador, este deba inscribir o cancelar una inscripción<sup>12</sup>.

## 2.2 Fundamento de la Potestad Calificadora

En un sistema como el chileno, donde el registro de la propiedad y en especial los efectos atribuidos a la inscripción generan importantes efectos<sup>13</sup>, resulta determinante otorgar seguridad jurídica, permitiendo al Conservador calificar si los títulos que acceden al registro son ciertos y válidos.

De esta forma, entregar esta potestad al registrador es fundamental para otorgar seguridad jurídica a los intervinientes del mercado inmobiliario y en general a la ciudadanía. Es así como, es necesario que quienes adquieren derechos lo hagan sobre bases de certidumbre. En este sentido, la observancia de ciertos principios en materia registral como el de tracto sucesivo, el cual permite apoyarse en el titular anterior que ofrece preexistencia del derecho; el de especialidad, que da claridad sobre el historial del inmueble y los derechos; el de calificación o legalidad, que da certeza sobre el cumplimiento de los requisitos legales de la adquisición; o el principio de negocio causal, pues con la expresión de la causa se manifiesta la función controladora y calificadora de la misma para la validez de los negocios<sup>14</sup>.

La seguridad jurídica tiene además una segunda manifestación, en el sentido de entregar confianza en los asientos registrales. Se presume así que las inscripciones son exactas, ya sea desde el punto de vista de

<sup>11</sup> MOHOR ALBORNOZ, Elías. La calificación en el sistema registral chileno. En: ROJAS GARCÍA, Edmundo; VIDAL DOMÍNGUEZ, Ignacio; MOHOR ALBORNOZ, Elías. *Manual de práctica registral chilena*. Santiago de Chile: Biblioteca Americana, 2007. En España la función calificadora que realiza el Registrador se identifica con la función de control de legalidad, ya que el Conservador admite o no como encargado de la práctica de los asientos registrales, a través del correspondiente juicio de validez y de regularidad, los actos y negocios que han de acceder al Registro de la Propiedad, para que, en virtud de la publicidad registral, los asientos registrales generadores de la misma surtan efectos asignados por la ley. En este sentido: GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Madrid: Civitas, 2002. t. 3. p. 331-332.

<sup>12</sup> Sólo a título meramente ejemplar: CHILE. Corte Suprema. *Partes sin identificar, rol n. 3229-2008*. Sentencia 13. nov. 2008 (acoge recurso de protección y deja sin efecto inscripción de dominio practicada); CHILE. Corte de Apelaciones de Coyhaique. *Banco de Chile contra Conservador de Bienes Raíces de Coyhaique, rol n. 21-2009*. Sentencia 10 agosto 2009. (rechaza recurso y mantiene validez de la inscripción del embargo); CHILE. Corte Suprema. *Luisse Von Flotow con Sin identificar, rol n. 55060-2016*. Sentencia 9 nov. 2017 (Sentencia de reemplazo en fallo de casación, en sentido contrario, es decir, acogiendo el recurso y ordenando al Conservador inscribir a pesar de existir un embargo inscrito en el tiempo intermedio); CHILE. Corte Suprema. *Toufic Germany Navalón con Conservador Bienes Raíces de Puerto Montt, rol n. 5485-2012*. Sentencia 28 mayo 2013 y CHILE. Corte Suprema. *Yáñez Quezada Alexander Reinaldo con Conservador de Bienes Raíces de Santiago, rol n. 892-2011*. Sentencia 28 nov. 2012 y más recientemente CHILE. Corte Suprema. *Juan Cárcamo Ortiz con Luis Maldonado Croquenielle Conservador de Bienes Raíces de Santiago, rol n. 13203-2018*. Sentencia 23 agosto 2018 (fallos donde el máximo tribunal acoge recursos de protección contra Conservador de Bienes Raíces por cancelar de oficio inscripción de dominio).

<sup>13</sup> Así se puede mencionar como alguno los efectos más importantes de la inscripción los siguientes: i. Se presume la posesión y exactitud del derecho inscrito; ii. Se atribuye al titular una acción expedita y rápida para la defensa de su derecho; iii. Se dificulta la usucapción en contra del titular inscrito; iv. No se pueden oponer cargas o titularidades no inscritas frente al que inscribe, etc.

<sup>14</sup> GARCÍA GARCÍA, José Manuel. La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, n. 625, p. 2239-2310, nov./dic. 1994. p. 2243.

la legitimación y de la fe pública registral, pues el legislador da protección a quien confía y se apoya en los asientos registrales<sup>15</sup>.

A diferencia de lo que ocurre por ejemplo en España, no existe una norma que contenga la potestad calificadora de manera explícita. En el caso español el artículo 18 de la Ley Hipotecaria señala que

Los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del registro.

En Chile, en cambio, dicha potestad se desprende principalmente del artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, según el cual

El Conservador no podrá rehusar ni retardar las inscripciones: deberá, no obstante, negarse, si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles; por ejemplo, si no es auténtica o no está en el papel competente la copia que se le presenta; si no está situada en el departamento o no es inmueble la cosa a que se refiere; si no se ha dado al público el aviso prescrito en el artículo 58; si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente, o si no contiene las designaciones legales para la inscripción.

La norma citada es clara a nuestro parecer y concede contundentemente la potestad de calificar el título que se solicita inscribir<sup>16</sup>. Desde el punto de vista normativo, la disposición es de carácter imperativa, pues indica que el Conservador “deberá” negarse a inscribir bajo determinados supuestos, por lo tanto, juega un rol fundamental al analizar y evaluar la inscripción de cada título que se le presenta.

Su actuar por lo mismo puede ocasionar importantes consecuencias, lo cual se reconoce en el artículo 96 del mismo Reglamento, al indicarse que el Conservador, independientemente de la responsabilidad a que es obligado por los daños y perjuicios que ocasionare, podrá ser condenado a una multa, por ejemplo, cuando se niega o retarda indebidamente alguna inscripción.

Ahora bien, la manifestación más clara de poseer dicha potestad calificadora se encuentra en aquella parte del artículo 13 que faculta al Conservador negar la inscripción en dos supuestos distintos. El primero, si es posible advertir en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente<sup>17</sup>, y el segundo, cuando no contenga las designaciones legales para la inscripción. En este sentido, el mandato del legislador es claro, debe el Conservador calificar el título que se presenta, debiendo realizar un análisis de fondo, de carácter

<sup>15</sup> Mensaje del Código Civil, Párrafo XX señala al respecto: “En cuanto a poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales, el arbitrio más sencillo era hacer obligatoria la inscripción de todas las enajenaciones de bienes raíces, incluso las transmisiones hereditarias de ellos, las adjudicaciones y la constitución de todo derecho real en ellos. Exceptuáronse los de servidumbres prediales, por no haber parecido de bastante importancia”.

<sup>16</sup> La Corte Suprema de Chile ha vacilado en sus fallos acerca de la claridad de la regla del artículo 13 del Reglamento. Así, en fallos de 2016 (CHILE. Corte Suprema. *Hidalgo Szorsza Pedro con sin identificar*, rol n. 19470-2016, sentencia 29 sept. 2016 y CHILE. Corte Suprema. *E. KOVACS S.A. con sin identificar*, rol n. 10251-2016, sentencia 22 jun. 2017. Entre otros, ha expresado que la regla contenida en el artículo 13 es imprecisa en cuanto a la naturaleza de los defectos por los cuales el Conservador puede rehusar una determinada inscripción -si sustantivos o puramente formales- pero aún en el evento que se le otorgue un sentido amplio, en el sentido que caben ambas categorías de defectos, el límite está en que éstos deben dar lugar a vicios constitutivos de nulidad absoluta y ser evidentes, es decir, que aparezcan de manifiesto (sean visibles) en el título, en forma similar a lo que dispone el artículo 1683 del Código Civil.

<sup>17</sup> La interpretación literal había llevado tradicionalmente a la Corte Suprema a sostener que el Conservador de Bienes Raíces no tenía facultades para negarse a inscribir cuando el defecto del título eventualmente podría conducir sólo a su declaración de nulidad relativa. Sin embargo, en un fallo reciente (CHILE. Corte Suprema. *Silva Fabry Rene Armando con sin identificar*, rol n. 21811-2017. Sentencia 15 enero 2019.) el máximo tribunal establece que también puede negarse la inscripción ante vicios que no necesariamente acarrear la nulidad absoluta. En efecto, la Corte Suprema validando la decisión del Conservador de Bienes Raíces de Arica, quien se negó a inscribir una compraventa ante un posible vicio de nulidad relativa, al constatar que un curador de un interdicto celebró una compraventa sin que se realizara previamente una subasta pública, tal como lo establecen los artículos 393 y 394 del Código Civil, resolvió que “el Conservador de Bienes Raíces al negarse a practicar la inscripción requerida, actuó conforme a derecho, desde que el título solicitado inscribir, carecía de la formalidad habilitante exigida en la especie, esto es, la venta del inmueble respectivo en pública subasta”.

jurídico, que le permita determinar por una parte la validez del negocio y por otra, si cumple con designaciones legales que requieren estar en el título para su validez.

### 2.3 Naturaleza jurídica de la potestad calificadora

El Conservador ejerce una función pública *sui generis*, porque es independiente, no está enrolado en la administración pública, no devenga sueldo del Estado, pero por la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, tiene un respaldo del Estado. Lo anterior, haría del Conservador, en síntesis, un profesional del derecho encargado de una función pública<sup>18</sup>.

De lo anterior, se puede desprender que no ejerce una función propiamente jurisdiccional ni administrativa. Su función es de carácter fundamentalmente civil, sin perjuicio de las relaciones que desde el Derecho Civil e Inmobiliario nacen con otras ramas del Derecho<sup>19</sup>.

Así, la naturaleza jurídica de la potestad calificadora, es posible asociarla a una función de garantía de derecho que le encomienda el legislador al Conservador<sup>20</sup>. De esta manera, la función registral calificadora tiene una naturaleza especial o *sui generis*, siendo única y específica, sin que sea posible reconducir a la función jurisdiccional ni administrativa<sup>21</sup>.

No obstante lo anterior, por la trascendencia de sus actos, y por los efectos que produce, sería posible asociar la función calificadora del registrador al desarrollo de una actividad jurisdiccional especial, similar a la jurisdicción voluntaria.

<sup>18</sup> En un próximo trabajo se analizará la naturaleza jurídica del Conservador de Bienes raíces en Chile.

<sup>19</sup> GARCÍA GARCÍA, José Manuel. La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, n. 625, p. 2239-2310, nov./dic. 1994. p. 2248 y ss., respondiendo a la pregunta de por qué no cumple una función administrativa, el autor señala: “Porque a la Administración, como tal, le son indiferentes las relaciones jurídicas privadas entre particulares en que la Administración no es parte; porque está en juego cuestiones y efectos de Derecho Civil o mercantil y no de Derecho Administrativo; porque cuando la Administración es titular de bienes patrimoniales o interviene en actos jurídicos lo hace como cualquier particular que ha de someterse al control de legalidad de un órgano imparcial y distinto de la propia Administración, bajo responsabilidad del mismo y ajeno a la Administración; porque no hay ninguna jerarquía administrativa en las decisiones registrales, sino independencia similar a la judicial; porque los asientos del Registro tienen la peculiaridad de que producen presunción de validez y exactitud y están bajo la salvaguardia de los tribunales ordinarios de Justicia[...]”.

<sup>20</sup> En España se han construido diversas teorías para explicar la naturaleza jurídica de la potestad calificadora, entre ellas destacan la tesis administrativista defendida por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Naturaleza de la función registral. *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, Madrid, n. 256, p. 320-384, sep. 1949 y MARTÍNEZ DE BEDOYA, Ignacio. Reseña de El deslinde de los bienes de la Administración de MENDOZA OLIVAN, Víctor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, n. 470, p. 211-270, enero/feb. 1969, entre otros. Dicha teoría defiende la condición de servicio público del Registro, de manera que la calificación y consiguiente inscripción de títulos en el Registro de la Propiedad serían actos administrativos, dictados en un procedimiento de carácter administrativo. La consecuencia inevitable es que la revisión de tales actos debería estar sometida al régimen de la Ley de procedimiento administrativo. LACRUZ BERDEJO, José Luis. Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y de la figura del Registrador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, n. 530, p. 75-186, enero/feb. 1979. p. 90 defiende por su parte la tesis de la función independiente, quien sostuvo que en su función calificadora el Registrador es independiente tanto en la jurisdicción como de la Administración, sin que aquél pueda conceptuarse como funcionario público administrativo. Resultado de la calificación favorable sería la inscripción que este autor define como declaración intelectual mediante la cual el Registrador participa el conocimiento adquirido por él de una determinada situación jurídica, a fin de hacerla cognoscible a terceros. Por su parte LÓPEZ MEDEL, Jesús. *Teoría del registro de la propiedad como servicio público*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991. p. 200 defiende la tesis de la jurisdicción especial, entendiendo que la calificación registral pertenecería a al ámbito de una jurisdicción especial, dentro de una configuración global del Registro como servicio público, pero sin prejuzgar (a diferencia de las tesis anteriores) el carácter público o privado de la institución registral. Por último, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo. *Los principios hipotecarios*. Madrid: Asociación Registradores de la Propiedad, 1931. p. 273-275, apoya la teoría de la jurisdicción voluntaria, en virtud del cual el Registrador es un juez territorial que realiza una doble función: de carácter judicial, en cuanto que con conocimiento de causa decide, para los efectos de la inscripción, sobre la existencia y alcance de un derecho; de carácter patriarcal, en cuanto advierte a los interesados de los defectos que a su petición se oponen y hasta les aconseja el medio de subsanarlos. Y aunque la inscripción no revista el carácter de sentencia definitiva y firme, ni goza de la fuerza de la cosa juzgada, crea una situación privilegiada, superior a las protecciones posesorias y a la presunción emanadas de la titulación auténtica.

<sup>21</sup> GARCÍA GARCÍA, José Manuel. La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, n. 625, p. 2239-2310, nov./dic. 1994. p. 2248 y ss.



La Corte Suprema en fallo de 26 de octubre de 2012, reconoce la actividad jurisdiccional voluntaria como una manifestación de la actividad administrativa, al señalar:

Que en el caso de los asuntos judiciales no contenciosos, por tener éstos un carácter administrativo, donde sólo existe el interesado y un asunto a resolver, no cabe hablar de excepción de cosa juzgada, toda vez que no existen propiamente partes, ni procedimiento que lleve a la resolución de un conflicto de relevancia jurídica, como sucede en los asuntos contenciosos de naturaleza jurisdiccional[...]22.

Si bien no es posible considerar que la decisión del Conservador al momento de calificar un título tenga la naturaleza de una resolución judicial, si es un acto cuyos efectos jurídicos están amparados por el principio de juridicidad, introduciendo de alguna forma reglas de comportamiento para los distintos sujetos que dicha decisión alcanza con sus efectos23.

En este sentido, es posible identificar la potestad calificadora como una facultad que ejerce un funcionario auxiliar de la administración de justicia (conforme lo señala Título XI, Párrafo 8, del Código Orgánico de Tribunales, el Conservador en un Funcionario Auxiliar de la Administración de Justicia), cuyo es el caso del Conservador de Bienes Raíces en Chile por expreso mandato del Código Orgánico de Tribunales, que depende de un poder del Estado (poder judicial). La calificación podría ser considerada como una rama especial de la jurisdicción voluntaria.

Siguiendo la idea anterior, la función calificadora, así entendida como jurisdicción especial, es personal, independiente y se ejerce bajo la exclusiva responsabilidad del Conservador. En efecto, en el ejercicio de la función calificadora, el Conservador es plenamente autónomo, inclusive respecto de calificaciones anteriores suyas o de otros Conservadores24, permitiéndole siempre a la parte interesada interponer los recursos judiciales pertinentes, si se considera que el actuar del Conservador se aparta de la ley.

## 2.4 Características de la Potestad Calificadora25

Seis han sido las características que recurrentemente suelen atribuírsele a la potestad calificadora: exclusiva, obligatoria, motivada, genera responsabilidad, limitada y recurrible. Un análisis somero de cada una de ellas basta en el contexto de este trabajo.

### 2.4.1 Exclusividad

La potestad calificadora se encuentra radicada de manera exclusiva en la persona del Conservador y no es posible delegarla en un tercero. Es un poder individual que la ley concede y que, en ningún caso es compartido. Esto se desprende del artículo 7 del Reglamento, al señalar que el Registro Conservatorio en cada departamento estará a cargo de un Conservador, nombrado por el Presidente de la República26.

<sup>22</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sergio Soto Hergutt con sin identificar, rol n. 11497-2011*, sentencia 26 oct. 2012.

<sup>23</sup> Nuestra jurisprudencia constitucional (CHILE. Tribunal Constitucional. *Requerimiento de un grupo de Diputados respecto del proyecto de ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley n° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los Bancos con obligación subordinada*, rol n. 207-1995. Sentencia 10 feb. 1995.) reconoce entre los elementos propios del Estado de Derecho la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza legítima de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto tiene como consecuencia que se debe reconocer el actuar del Conservador, pues si se sujeta a derecho, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos vinculados a los actos realizados.

<sup>24</sup> En este sentido se pronuncia ESPAÑA. *Dirección general de los registros y del notariado, resolución*. 18 nov. 1960.

<sup>25</sup> Sobre un estudio comparado de la doctrina vid. CHICO Y ORTIZ, José María. *Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales*. Madrid: Marcial Pons, 1987. p. 21-71.

<sup>26</sup> En el sistema español se destaca la misma característica, conforme señala GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. La calificación registral. *Boletín del Colegio de Registradores*, Madrid, n. 159, p. 1577-1620, jul./agosto 2009. p. 1577-1620.

### **2.4.2 Obligatoriedad**

Conforme al artículo 13 del Reglamento, el Conservador está obligado a decidir, dado que no puede rehusar ni retardar las inscripciones. Esto no obsta a que pueda negarse a inscribir, si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles.

### **2.4.3 Motivación**

La decisión del Conservador debe ser motivada, esto se desprende del artículo 18 del Reglamento, que permite a la parte perjudicada por la negativa del Conservador, concurrir al juez de primera instancia del departamento, quien en vista de esta solicitud y de los motivos expuestos por el Conservador, resolverá por escrito y sin más trámite lo que corresponda.

### **2.4.4 Genera responsabilidad**

El Conservador debe responder si ejerce su función de manera inadecuada. Es así como debe reparar los daños originados ante una denegación incorrecta de inscripción, por retardar la inscripción solicitada sin fundamento o no conservar ciertos documentos que debe mantener bajo custodia.

Al respecto el artículo 96 del Reglamento, señala que:

El Conservador, independientemente de la responsabilidad a que es obligado por los daños y perjuicios que ocasionare, podrá ser condenado a pagar una multa de dos a veinte pesos, si no anota en el Repertorio los títulos en el acto de recibirlos; si no lo cierra diariamente, como se prescribe en el artículo 28; si no lleva los Registros en el orden que preceptúa este Reglamento; si hace, niega o retarda indebidamente alguna inscripción; si no se conforma a la copia auténtica para hacerla; si no son exactos sus certificados o copias; y en general, si incurre en otra falta u omisión, contraviniendo las leyes y lo dispuesto en este Reglamento.

### **2.4.5 Extensión limitada**

La potestad calificadora se limita a conceder o denegar la inscripción, sin que pueda declarar la nulidad del título que se le presente o cuestionar la labor judicial o notarial. Su competencia se limita así en estudiar y juzgar los requisitos exigibles para la práctica de la inscripción.

### **2.4.6 Reclamable o recurrible**

Si la decisión del Conservador en el ejercicio de la función calificadora es negativa, denegando una inscripción, la naturaleza jurisdiccional voluntaria de tal decisión permite que los afectados puedan recurrir dicha decisión ante el juez de primera instancia del mismo departamento del Conservador. El Reglamento dispone en este sentido lo siguiente en el artículo 18 “La parte perjudicada con la negativa del conservador, ocurrirá al juez de primera instancia del departamento [...]”. Si el juez niega la inscripción, será posible apelar a dicha resolución de forma ordinaria<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> En el sistema español se destaca la misma característica, conforme señala CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael. *Revisión del principio hipotecario de legalidad*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, 2012. p. 54.

### 3 El Procedimiento Registral

El procedimiento registral, en los términos más amplios posibles, puede concebirse como un conjunto o secuencia de actos jurídicos, a cargo del Conservador de Bienes Raíces, que se desenvuelven progresivamente con el fin de proceder a la inscripción<sup>28</sup>. En este procedimiento registral el Conservador de Bienes Raíces va a desarrollar su función calificadora que, a juicio de un autor, “muestra un aspecto esencialmente relevante de las múltiples manifestaciones de la jurisdicción registral<sup>29</sup>.”

En palabras de la registradora María Eugenia Díaz Taboada, extraída de su ponencia en el Congreso de Córdoba de octubre de 2007, el procedimiento registral

es el conjunto de actos tasados legalmente que tienden a la práctica de un asiento (objetivo instrumental) en el Registro de la Propiedad para proclamar oficialmente la situación jurídica de un inmueble (objetivo estrictamente jurídico)<sup>30</sup>.

#### 3.1 Naturaleza jurídica del procedimiento registral según la doctrina de los autores

Los autores tanto nacionales como extranjeros han discutido la naturaleza jurídica del procedimiento de calificación registral, situándose en términos muy amplios<sup>31</sup>, básicamente en dos extremos y una posición ecléctica o *sui generis*.

En efecto, primaría, en una parte de los autores, un carácter judicial o más propiamente jurisdiccional en el procedimiento de calificación registral, siendo esta jurisdicción del tipo voluntaria<sup>32</sup>. La Corte Suprema

<sup>28</sup> SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca. *Manual de derecho inmobiliario registral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 89 señalan sobre el procedimiento registral: “Se llama procedimiento registral al conjunto de actos o trámites que es preciso cumplir para practicar un asiento en el Registro”. Por su parte ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derecho inmobiliario registral*. Madrid: Civitas, 1986. p. 59. Describe el procedimiento registral de la siguiente manera: “La titulación pública es (por regla general) presupuesto necesario para el acceso al registro: el instrumento público garantiza la autenticidad de un documento y la fehaciencia de su fecha. El registrador no actúa de oficio si no a solicitud de parte (principio de rogación); una vez presentado el título en la oficina del registro se realiza el asiento de *presentación* y el registrador procede a la calificación del título (en sentido formal y material), y la traducción a lenguaje registral del contenido jurídico del título presentado. Una vez calificado el contenido jurídico real del título procede a la *inscripción del título* en el registro”. MONTSERRAT VALERO, Antonio. *Derecho inmobiliario registral*. Madrid: Civitas, 2000. p. 79, se refiere al procedimiento registral indicando: “Es la serie de actos regulada por el Derecho que se suceden desde que una persona solicita la inscripción de un título hasta que el Registrador resuelve sobre su pretensión”. En el mismo sentido SANTOS LLORO, Mónica. El procedimiento registral. En: VV.AA. *Lecciones de derecho inmobiliario registral*. Barcelona: Atelier, 2008. p. 215.

<sup>29</sup> VARAS ESPEJO, Miguel. La jurisdicción registral de los conservadores de bienes raíces en Chile. *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile, n. 103, p. 3-10, enero 1989. p. 3, quien expresa que “[...] algunos Conservadores tienden a creer que la jurisdicción registral está concentrada en los artículos 13, 14, 15, 16 y 18 del Reglamento que nos rige, los cuales en verdad regulan el proceso de calificación que debe hacer el Conservador de los títulos que se le presentan para ser registrador en resguardo del principio de legalidad registral, consagrado en el artículo 13 del Reglamento. Dicha regulación enfatiza con mayor nitidez el ejercicio de la jurisdicción registral; pero no la agota, sino que solamente muestra un aspecto especialmente relevante de sus múltiples manifestaciones.”

<sup>30</sup> DÍAZ TABOADA, María Eugenia. Ponencia. Disponible en: <http://prueba1.cadri.org/wp-content/uploads/2008/03/3007-10-23-diaz-taboada-p-de-rogacion.doc>. Acceso en: 18 agosto 2012.

<sup>31</sup> Se han excluido las posiciones doctrinarias intermedias, las que pueden ser consultadas en el trabajo de MOHOR ALBORNOZ, Elías. La calificación en el sistema registral chileno. En: ROJAS GARCÍA, Edmundo; VIDAL DOMÍNGUEZ, Ignacio; MOHOR ALBORNOZ, Elías. *Manual de práctica registral chilena*. Santiago de Chile: Biblioteca Americana, 2007. A este autor y su artículo precitado nos referimos en las dos notas de pie de página que siguen.

<sup>32</sup> MOHOR ALBORNOZ, Elías. La calificación en el sistema registral chileno. En: ROJAS GARCÍA, Edmundo; VIDAL DOMÍNGUEZ, Ignacio; MOHOR ALBORNOZ, Elías. *Manual de práctica registral chilena*. Santiago de Chile: Biblioteca Americana, 2007, señala textualmente: “al referirse a la teoría de naturaleza jurisdiccional de la calificación registral, algunos autores antiguos equipararon la decisión registral a la resolución judicial, argumentando que cuando el Registrador declaraba inscribible o no inscribible un documento, se entiende que se producen efectos que pueden representar la adquisición inatacable o la pérdida definitiva del derecho de un titular y que se trataba de una declaración de derechos a favor de un determinado titular; consecuentemente esta teoría sostiene que el Registrador cumpliría funciones revestidas de potestad judicial. Entre los exponentes de esta hipótesis figura, entre otros, Pasos y García, quien sostiene que la función que ha de cumplir el Registro lo sería mejor con una especie de órgano propio y distinto, aunque siempre dentro de la administración de la justicia, de la misma forma que hay justicia civil y justicia penal, siendo órganos distintos, que no quebranta la unidad y añade que al Registrador le está encomendada la higiene de la propie-

como lo veremos más adelante ha confirmado en sus fallos esta naturaleza jurídica.

Otro grupo doctrinario cree ver en el procedimiento registral una naturaleza definitivamente marcada de procedimiento administrativo<sup>33</sup>.

Una tercera vía, y en ella situamos a Varas Espejo, cree

que en conformidad al ordenamiento registral vigente en nuestro país, que considera a los Conservadores de Bienes Raíces como auxiliares de la Administración de Justicia e integrantes del Poder Judicial sometidos a las facultades correccionales y disciplinarias de dicho Poder, el problema de determinar la naturaleza jurídica de la función calificadora no ofrece las dificultades que se presentan en otros países en los cuales los funcionarios registradores pertenecen a la Administración Pública dependiente del Poder Ejecutivo, [...] en nuestro país, nos pronunciamos derechamente por considerar a la función calificadora de estos registradores, como uno de los aspectos más relevantes de la jurisdicción registral, cuya naturaleza jurídica es sin duda de índole voluntaria o no contenciosa.<sup>34</sup>

A nuestro entender el procedimiento registral es un procedimiento legal especial, y por lo mismo único y reglado, que puede desarrollarse o no con intervención de la jurisdicción ordinaria estatal, y que por lo tanto, resulta distinto e independiente de un procedimiento propiamente administrativo o judicial y de cuya suma, combinación o fusión tampoco es su resultado, que responde a las características propias de la función de servicio público que desarrolla privadamente un funcionario llamado Conservador de Bienes Raíces y que se caracteriza principalmente por su automaticidad y rapidez, pues puesto en movimiento a solicitud de parte, se sustrae inmediatamente a la voluntad de los solicitantes quedando radicado en el propio Conservador, quien es conminado a pronunciarse, en todo caso, en un brevísimo plazo tácito de caducidad que establece la ley<sup>35</sup>.

dad, y a los Tribunales la terapéutica de la propiedad; y a ambos la normalidad fisiológica del organismo jurídico de ella. Dentro de una organización científica, el Registrador se constituiría en un verdadero juez que consagra las evoluciones legales y pacíficas de la propiedad en nombre del Estado. Romani Calderón, por su parte, también había destacado esta naturaleza de la función calificadora del Registrador como similar a la judicial, cuando sostiene que el funcionario encargado del Registro no pertenece al orden judicial, sin embargo, la calificación que realiza supone una función judicial o jurisdiccional, puesto que determina si con arreglo al derecho objetivo ha podido originarse o no el acto real que la inscripción debe reflejar, y en su caso la autoriza dando fuerza de verdad legal a su resolución, que por tal razón produce todos los efectos que, según la legislación, se derivan de la inscripción. Así pues, la inscripción viene a convertir en acto objetivo de carácter y trascendencia real un acto subjetivo que, como un contrato sólo produce efecto entre los otorgantes; crea y garantiza la situación legal de propietario con titulación inscrita. Esta misma posición es compartida por Felicísimo Castro, quien alude expresamente a la facultad de los Registradores de calificar como ‘función Judicial’.”

<sup>33</sup> Del trabajo de MOHOR ALBORNOZ, Elías. La calificación en el sistema registral chileno. En: ROJAS GARCÍA, Edmundo; VIDAL DOMÍNGUEZ, Ignacio; MOHOR ALBORNOZ, Elías. *Manual de práctica registral chilena*. Santiago de Chile: Biblioteca Americana, 2007, se extrae: “En cuanto a la teoría de la función calificadora Registral como función administrativa figuran autores como González Pérez, Tomás Agayar Ayllón y en el Derecho Italiano, Zanobini. Sin embargo, la concepción esgrimida por este último autor tiene, en la propia doctrina italiana, muchos detractores, por una parte y, por otra es preciso tener en cuenta el recurso contra la denegación de asientos registrales, que en el Derecho Italiano se interpone directamente ante el órgano judicial correspondiente y no ante órganos administrativos. En el Derecho Español esta teoría, como señalaba anteriormente, ha sido sostenida especialmente por Jesús González Pérez y Tomás Agayar Ayllón, el primero en síntesis parte de una serie de ideas que se pueden resumir de la siguiente manera: la Inscripción tiene una finalidad pública (*la Publicidad inmobiliaria*) el Registro es un servicio público; el Registrador es un funcionario público (*órgano administrativo*), coligiendo que como consecuencia de todo ello la función es administrativa por cuanto proviene de un órgano administrativo (*el Registrador*), inserto en un servicio público (*el Registro de la Propiedad*) y cuya finalidad es pública. El segundo de estos autores participa de esta posición y añade: “Ya es clásica la distinción entre proceso y procedimiento, entendiéndose éste como la forma de desenvolverse aquél. En las funciones administrativas existe también un procedimiento que regula la solicitud o instancia del particular, y el funcionario administrativo debe examinar aquella para saber si está de acuerdo con la legalidad vigente, y como el Registrador es un verdadero funcionario administrativo, y su misión principalísima es la de extender asientos en los libros, el cumplimiento de esta función no puede conceptuarse como acto de Jurisdicción voluntaria, sino el desempeño normal de su oficio o cometido, al que no es necesario poner motes para saber que el Registrador registra y para ello ha de examinar el título objeto del asiento pretendido”.

<sup>34</sup> VARAS ESPEJO, Miguel. La jurisdicción registral de los conservadores de bienes raíces en Chile. *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile, n. 103, p. 3-10, enero 1989. p. 10.

<sup>35</sup> SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca. *Manual de derecho inmobiliario registral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 90 señalan sobre la naturaleza del procedimiento registral citando a Sancho Rebullida lo siguiente: “El procedimiento registral constituye un *tertium genus* entre jurisdicción y administración, sin que pueda, sin más, encuadrarse en el concepto de jurisdicción voluntaria. En este sentido, puede afirmarse que el procedimiento registral tiene una naturaleza autónoma,



De esta definición se desprende que las características principales que revelan la naturaleza jurídica del procedimiento registral son las siguientes:

a) Es un procedimiento legal y especial.

Es decir, es legal por cuanto está establecido expresamente por la ley (Reglamento conservatorio) y especial, por cuanto no reconoce sincronía con algunos de los procedimientos ordinarios tanto administrativos como judiciales que ella establece con carácter general.

b) Es un procedimiento único y reglado.

Es decir, la propia ley establece las etapas que deben observarse y las consecuencias de su inobservancia. No es la suma ni la combinación ni la fusión de algunos de los procedimientos ordinarios tanto administrativos como judiciales que ella establece con carácter general.

c) Es un procedimiento que puede desarrollarse o no con intervención de la jurisdicción ordinaria estatal.

Es decir, puede concluir en sede conservatoria con la inscripción respectiva en el registro o con intervención de la justicia civil, en caso de rechazo, pero en ambos casos no deja de ser el mismo procedimiento legal y especial, único y reglado.

d) Es un procedimiento que responde a las características propias de la función de servicio público que desarrolla privadamente un funcionario público llamado Conservador de Bienes Raíces.

En efecto, tratándose de una función de servicio público que se encomienda ejercer privadamente a un funcionario público que, sin embargo, no pertenece a un órgano de la administración del Estado aunque se encuentra sujeto a la triple superintendencia de uno de sus poderes, el procedimiento registral no puede ser puramente administrativo ni puramente judicial.

e) Es un procedimiento que se caracteriza principalmente por su automaticidad y rapidez.

Es decir, es un procedimiento que no puede iniciarse sino a solicitud de parte, pero que iniciado se sustrae inmediatamente a la voluntad de los solicitantes quedando radicado en el propio Conservador. A partir de ese momento el Conservador debe de actuar rápidamente, pues la ley le impone al Conservador no rehusar ni retardar las inscripciones, fijándole como plazo tácito, el de caducidad de la anotación en el Repertorio (2 meses).

### 3.2 Etapas del procedimiento registral chileno

Cuatro son las etapas que se pueden advertir claramente en el procedimiento registral chileno:

#### 3.2.1 1ª Etapa: Examen de admisibilidad (calificación formal). Análisis formal de los títulos que se presentan para inscripción

Dentro de esta etapa de admisibilidad, el análisis formal de los títulos que se le presentan al Conservador para su inscripción, se advierten tres fases claramente definidas.

a) *Examen sobre la naturaleza del título inscribible.* Cualquiera sea la inscripción que se solicite en el Conservador de Bienes Raíces, ésta se inicia acompañando título auténtico, es decir copia autorizada del título o la sentencia o resolución judicial de que se trate, con certificación al pie del respectivo escribano o secretario

---

que se refleja en la regulación propia y suficiente del mismo en la legislación hipotecaria. No le es aplicable la LEX (ni aun en materia de jurisdicción voluntaria) ni la Ley de Procedimiento Administrativo (contra la resolución recaída en este procedimiento no cabe el recurso contencioso administrativo)".

del Tribunal, que acredite ser copia conforme del original<sup>36</sup>.

b) *Examen sobre la legitimidad activa registral.* Las inscripciones pueden solicitarlas los interesados por sí o por sus representantes legales (Art. 60 del Reglamento). Si la inscripción se pide para transferir el dominio, o algún derecho real, del Art. 52, N° 1 del Reglamento, será necesario que el apoderado o representante legal presente el título de su mandato, que normalmente se insertará en la respectiva escritura pública.

c) *Examen sobre la pertinencia territorial del Conservador interviniente.* El lugar de inscripción del título de dominio u otro derecho real, se hará en el Registro del Conservador del Departamento en que está situado el inmueble. Si por su ubicación pertenece a varios Departamentos, deberá hacerse la inscripción en cada uno de ellos<sup>37</sup>.

### **3.2.2 2ª Etapa: Anotación Repertorial**

Examinado como admisible el Conservador debe proceder a anotar el título en el Repertorio.

En efecto, una vez presentado un instrumento para su inscripción, el Conservador efectúa la correspondiente anotación en el Repertorio. Salvo que el examen de admisibilidad previo sea negativo, el Art.15 del Reglamento no contempla excusas para proceder a la anotación. Señala expresamente esta disposición que

sin embargo, en ningún caso, el Conservador dejará de anotar en el Repertorio el título que se le presentare para ser inscrito, ya sea que el motivo que encontrare para hacer la inscripción sea en su concepto de efectos permanentes o transitorios y fáciles de subsanar.

Las anotaciones de esta clase caducarán a los dos meses de su fecha si no se convirtieren en inscripción.

### **3.2.3 3ª Etapa: Calificación registral**

Anotado el título en el Repertorio, no debe de retardarse la inscripción, aunque dispone el Conservador de Bienes Raíces de dos meses para realizarla. En estos dos meses como máximo deberá el Conservador proceder a la función que expresa mejor el ejercicio de la potestad registral que le entrega la ley, la calificación registral.

Esta calificación registral no es otro examen meramente formal de los títulos ni tampoco un examen de fondo de éstos, es un control jurídico que podríamos asimilar al que realiza la Contraloría General de la Republica a través de la Toma de Razón de los decretos y resoluciones de la administración.

En efecto, a nuestro entender, hay en la calificación registral que hace el Conservador un control jurídico previo, general y obligatorio, propio del sistema registral inmobiliario chileno, acerca de “la legalidad externa” de los títulos que fundan la solicitud de inscripción, y que se traduce en un análisis jurídico, unipersonal, independiente y necesario de ellos para que el derecho o la situación jurídica de que dan cuenta acceda al registro<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Además, se exhibirán los demás documentos necesarios, sean públicos o privados (Art. 57 inc. 2° del Registro Conservatorio de Bienes Raíces). Conforme al Art. 62 del Reglamento, el Conservador admitirá como auténtica, toda copia autorizada con las solemnidades legales por el competente funcionario. A su vez, siempre que se transfiera un título antes inscrito, se mencionará la precedente inscripción en la nueva (Arts. 690 del código civil y 80 del Registro Conservatorio de Bienes Raíces). Si la inscripción se refiere a una minuta o documento que no se guarden en el Registro o Protocolo de una Oficina Pública, se guardarán dichas minutas o documentos en el Archivo de Conservador, bajo su custodia y responsabilidad (Art. 694 del código civil y 85 del Registro Conservatorio de Bienes Raíces). Dichos documentos se agregarán numerados al final del respectivo Registro, por el mismo orden de inscripción.

<sup>37</sup> Dos son las excepciones que se pueden presentar: 1. Si el título no se refiere a un determinado inmueble, en tal caso, la inscripción se hace en el domicilio de la persona y en el departamento en se encuentren los bienes inmuebles (Art. 65 del Registro Conservatorio de Bienes Raíces). 2. En la sucesión por causa de muerte, el decreto de posesión efectiva de la herencia, que se inscribirá en el departamento en que haya sido pronunciado (Art. 55 del Registro Conservatorio de Bienes Raíces). Si la sucesión es testamentaria, se inscribirá con el testamento.

<sup>38</sup> CHILE. Corte de Apelaciones de Concepción. *Domingo Canales García con Conservador de Bienes Raíces de Coronel, rol n. 214-2009.*

Los resultados de la calificación registral, pueden ser positivos o negativos para el solicitante. Es positivo en la medida que la calificación registral permite su acceso al registro respectivo, con lo cual la inscripción se retrotrae temporalmente a la fecha de la anotación presuntiva en el Registro, del cuyo número -por lo demás- se deja constancia en la inscripción.

Es negativa con efectos transitorios cuando, por un lado, en la calificación registral se observan causas que impiden la inscripción, las que pueden ser subsanadas por el solicitante, conservando la fecha de la anotación presuntiva, en el plazo de caducidad de la anotación. Es, en cambio, negativa con efectos permanentes, cuando niega derechamente la inscripción, lo que debe fundar debidamente.

Cuando la calificación registral es positiva o siendo negativa con efectos transitorios las causas observadas son subsanadas oportunamente, el procedimiento registral termina y la inscripción da cuenta de una nueva realidad registral. Cuando la calificación registral es negativa ya sea con efectos transitorios que a juicio del solicitante se refiere a reparos improcedentes o negativa con efectos permanentes, el solicitante puede reclamar de la calificación registral juez civil competente, pasando a la última etapa del procedimiento registral.

### **3.2.4 4ª Etapa: Reclamación de la Calificación registral**

La negativa del Conservador debe fundarse, a nuestro entender, en algunas de las causas genéricas que se contienen en el Reglamento, a saber: 1ª Si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles o, 2ª Si resulta incompatible con la propia realidad registral que presentan los títulos anteriores a la inscripción solicitada en el propio Registro del Conservador.

En relación a la primera causa genérica el Reglamento, en el art. 13 da ejemplos que se ajustan a este “control de legalidad externa” de la que hablábamos. En efecto, ejemplifica el Reglamento como causales con las siguientes: Si no es auténtica o no está en el papel competente la copia que se le presenta; Si no está situada en el departamento o no es inmueble la cosa a que se refiere; Si no se ha dado al público el aviso prescrito en el art. 58; Si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente o si no contiene las designaciones legales para la inscripción. Esta primera causa es un control de alcance relativo, es decir, que afecta sólo al solicitante.

En relación a la segunda causa, se trata de un control de alcance expansivo, pues el Conservador exigirá del solicitante que éste le haga constar que judicialmente se ha puesto la pretensión en noticia de los interesados a quienes pueda perjudicar la anotación, lo que resulta evidente si se analiza la situación que presenta el Art.14. En efecto, dispone este precepto que:

Si el dueño de un fundo lo vendiere sucesivamente a dos personas distintas, y después de inscrito por uno de los compradores apareciese el otro solicitando igual inscripción; o si un fundo apareciese vendido por persona que según el Registro no es su dueño o actual poseedor, el Conservador rehusará también la inscripción hasta que se le haga constar que judicialmente se ha puesto la pretensión en noticia de los interesados a quienes pueda perjudicar la anotación.

En síntesis, procederá la reclamación registral ante el juez civil competente, en procedimiento voluntario, en los casos que la calificación registral sea negativa ya sea con efectos transitorios cuando a juicio del solicitante se refiere la negativa a reparos improcedentes, o para el caso de ser negativa con efectos permanentes, donde el juez requerido que entra al conocimiento de la reclamación judicial puede pedir informe al conservador, fallando conforme al Art. 18 del Reglamento, por escrito y sin más trámite.

Ordenando el juez la inscripción, la fecha de ésta será la misma que en el caso que se subsanan las faltas antes de dos meses, esto es, la fecha de la inscripción será la fecha de la anotación. Confirmando el Juez el criterio de calificación registral empleado por el Conservador, el solicitante puede recurrir ante la Corte de

---

Sentencia 29 sept. 2009, en el cual se ordenó proceder a inscribir al Conservador quien había extendido su “control de legalidad externa” a la validez del mandato contenido en la cláusula “se faculta al portador [...]”.

Apelaciones respectiva, deduciendo el correspondiente recurso de apelación. Eso sí, no siendo el Conservador legítimo contradictor, no puede hacerse parte ni en el reclamo ni en la apelación de la resolución que confirma el criterio calificador, como tampoco puede apelar de la resolución que acoge el reclamo, debiendo sin más trámite proceder a la inscripción, quedando en todo caso a salvo de su responsabilidad en la obligación de resarcir los perjuicios que dicha inscripción pueda producir.

#### 4 Naturaleza jurídica según la doctrina que emana de los fallos judiciales

En sentencia ya clásica de la Il. Corte de Apelaciones de Concepción del año 1963, dicho tribunal colegiado conoce del caso del Conservador de Bienes Raíces de la zona que en la calificación registral habría sobrepasado el mero control de legalidad externa que la ley le entregaba. En concreto al fundamentar su negativa, en un caso de venta de un inmueble cuyo vendedor concurría como casado, luego substituyendo el régimen de bienes por el de separación total, el Conservador rechazaba la solicitud por no aparecer haberse practicado inventario solemne de los bienes sociales<sup>39</sup>.

La Corte penquista establecía así la doctrina según la cual

la razón de ser de la obligación en que se halla el Conservador de Bienes Raíces de practicar sin retardo las inscripciones solicitadas, se encuentra en la circunstancias en que sus funciones no se hacen extensivas al examen cerca de la validez y eficacia de los títulos que se le presentan, razón por la cual no le es lícito pronunciarse acerca de la legalidad de ellos, materia que nuestra legislación entrega a otras autoridades, mediante el ejercicio de la parte afectada, de las acciones correspondientes.

En esa virtud la Corte subraya que

las posibles omisiones que dicho funcionario anota y que han servido en la especie para fundamentar su negativa [...] no aparecen ni con mucho de la simple lectura del título cuya inscripción se le ha pedido. Al no hacerlo se sale del rol eminentemente pasivo que tiene en la constitución de la propiedad raíz.

En el mismo año la Excma. Corte Suprema<sup>40</sup> sentaba la doctrina según la cual

la gestión a que se refieren los artículos 18, 19 y 20 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, no constituye una contienda entre partes sino un simple negocio de carácter administrativo, por lo cual la resolución que en ella recae no puede estimarse ni como sentencia definitiva ni como interlocutoria que ponga término a un juicio o haga imposible su continuación. En consecuencia, procede declarar inadmisibles los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos contra la antedicha resolución.

En fallo del mismo excelentísimo tribunal, esta vez de 31 de agosto de 2009, en causa caratulada “Hayden Martorell, Jorge contra Conservador de bienes Raíces”<sup>41</sup>, la primera sala del máximo tribunal del país rechazó el recurso de casación deducido por el solicitante de una inscripción, que decía tener vigente la inscripción presuntiva a la fecha en que el Conservador habría rechazado la inscripción sin advertir que las causas del rechazo habían sido ya subsanadas, produciéndose en el ínterin una transferencia de dominio por orden judicial.

En esta importante sentencia, sienta el máximo tribunal la siguiente doctrina:

a) Fundamento del procedimiento de reclamo de la calificación registral

Señala el fallo, en su consideración tercera, que

<sup>39</sup> CHILE. Corte de Apelaciones de Concepción. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, t. 60, 2ª parte, sec. 2ª, 1963. p. 36. En misma línea y referente al examen que hace el Conservador del mandato contenido en la cláusula para practicar las inscripciones respectivas V. CHILE. Corte de Apelaciones de Concepción. *Domingo Canales García con Conservador de Bienes Raíces de Coronel*, rol n° 214-2009. Sentencia 29 sept. 2009 recurso de Apelación contra negativa del Conservador de Bienes Raíces de Coronel.

<sup>40</sup> CHILE. Corte Suprema. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, t. 40, 2ª parte, sec. 1ª, 1963. p. 307.

<sup>41</sup> CHILE. Corte Suprema. *Hayden Martorell, Jorge contra Conservador de Bienes Raíces*, rol n° 4834-2009, sentencia 31 agosto 2009.



[...] no existe duda en cuanto a que lo que reglamenta de manera escueta la norma antes transcrita (Art.18) es un procedimiento de los denominados no contenciosos o voluntarios, de aquéllos a que se refiere el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil. De acuerdo a este precepto, son actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes. Como se destaca de la transcripción de la norma, uno de los elementos que necesariamente deben concurrir para que se esté frente a una cuestión voluntaria es que no se promueva contienda o conflicto alguno entre partes. De este modo, los actos judiciales no contenciosos han sido definidos por Couture como los procedimientos de carácter unilateral cumplidos ante los jueces, con el objeto de determinar auténticamente ciertas situaciones jurídicas o cumplir determinados requisitos impuestos por la ley, mediante declaraciones que no adquieren autoridad de cosa juzgada ni pueden causar perjuicio a terceros.

#### b) Especialidad del procedimiento de reclamo de la calificación registral

En la consideración cuarta de la sentencia, se expresa que

en el caso de autos la sentencia impugnada ha resuelto que no cabe por esta vía vulnerar una inscripción de dominio, sin perjuicio de la forma en que se haya efectuado, por carecer este tribunal de las facultades para hacerlo y en razón de los efectos legales que ella produce.

Del tenor del razonamiento aparece que el motivo por el cual los magistrados han desestimado la solicitud, radica en que, de acogérsela, se verían afectados los derechos de un tercero -el titular de la inscripción de dominio a que se refiere el fallo-, sin que éste haya sido oído en el procedimiento. En otras palabras, los jueces dejaron de aplicar las normas que el recurrente denuncia vulneradas no por el hecho de estimar que no están llamadas a regir el fondo del conflicto suscitado -que por cierto lo están-, sino porque la vía elegida por el peticionario no resulta idónea en tanto el pronunciamiento que requiere, siguiendo la definición de Couture, puede causar perjuicio a terceros.

Es por lo anterior que el procedimiento que consagra el artículo 18 del Reglamento tendrá lugar cuando la negativa del Conservador a inscribir se sustente en alguna infracción a los preceptos de los artículos 12 y siguientes de ese cuerpo normativo y siempre que, al subsanársela, lo que se decida no alcance o afecte otras inscripciones a favor de otras personas que, bien o mal, se hayan practicado. Si se produce ese alcance o afectación, es evidente que quien se sienta perjudicado por la negativa del Conservador deberá ejercer la acción contenciosa correspondiente y la dirigirá -a fin de obtener se declare que es su inscripción la que debe prevalecer-, precisamente, contra el titular de esa otra inscripción que pugna con la suya; mas no podrá optar por el procedimiento a que alude el citado artículo 18.

En conclusión, estima la Corte que corresponde rechazar el recurso de casación en el fondo deducido contra la desestimación, por improcedente, de la solicitud de inscripción peticionada ante el Conservador toda vez que, el procedimiento consagrado por el artículo 18 del Reglamento tendría lugar cuando la negativa se sustente en alguna infracción a los preceptos de los artículos 12 y siguientes de ese cuerpo normativo y siempre que, al subsanársela, lo que se decida no alcance o afecte otras inscripciones a favor de otras personas que, bien o mal, se hayan practicado. Por ello, si se produce ese alcance o afectación, es evidente que quien se sienta perjudicado por la negativa del Conservador deberá ejercer la acción contenciosa correspondiente y la dirigirá -a fin de obtener se declare que es su inscripción la que debe prevalecer- precisamente contra el titular de esa otra inscripción que pugna con la suya. Sin embargo, no podrá optar por el procedimiento a que alude el citado artículo 18, siendo esto último lo que aconteció en el caso, de manera tal que los jueces han decidido correctamente al desestimar por improcedente la solicitud y no han incurrido en los errores de derecho que se denuncian en el recurso.

No sólo por la vía de la reclamación en procedimiento voluntario ante el Tribunal civil respectivo de que trata el Art.18 del Reglamento, se ha pretendido que la justicia ordinaria revise la calificación registral que realiza el Conservador en los casos que su control jurídico sea negativo ya sea con efectos transitorios o permanentes. En efecto, también se ha recurrido por los afectados a la acción constitucional de protección y al remedio disciplinario de la queja, conforme lo pasamos a analizar. Lo anterior no hace sino ratificar la naturaleza jurídica especial del procedimiento registral.

En un primer fallo la Excma. Corte Suprema, conociendo de una apelación de recurso de protección, caratulado “Bravo de Amesti, Paulina X. y otro c. Peña Jensen, Ramón”, por mayoría de los miembros de su tercera sala, entendió que correspondía acoger el recurso de protección y dejó sin efecto la inscripción de dominio como asimismo las posteriores, derivadas de la primera, por entender acreditada la vulneración constitucional de la propiedad del recurrente producida mediante la actividad artificiosa de terceros que forjaron un documento en que se hizo constar la venta de un inmueble de propiedad de la parte recurrente, atribuyéndosele la calidad de escritura pública, en circunstancia que de tal sólo tenía las apariencias, puesto que la ministro de fe que figura autorizándolo niega haberlo hecho y en su oficio no existe registro alguno que respalde su otorgamiento; no obstante lo cual, al amparo de la exterioridad engañosa de dicho instrumento, se inscribió la transferencia de que daba cuenta “ignorada por el supuesto vendedor” en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Talagante<sup>42</sup>.

Con esta doctrina no queda claro si la Corte estimó que el Conservador de Bienes Raíces de Talagante había cometido un acto arbitrario e ilegal o si el arbitrio del Conservador se había producido como consecuencia de la inadvertencia de la falsificación del instrumento público del supuesto comprador. Lo cierto es que el máximo tribunal estima que “la actuación contraria a derecho que se ha dejado en evidencia ha vulnerado el derecho de propiedad de la parte recurrente sobre la finca, pues, junto con radicarlo en el patrimonio del supuesto comprador, canceló la inscripción de dominio que en relación al mismo inmueble obraba a favor de aquélla en el Registro correspondiente del Conservador de Bienes Raíces de Talagante, como aparece de la anotación marginal que se consigna en el documento corriente a fojas 7.

En el considerando octavo, señala que en el presente caso se reúnen todos los presupuestos que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, estructuran el instituto cautelar allí establecido, esto es: a) la existencia de una actuación antijurídica (ilegal); b) la afectación en este caso, bajo la modalidad de privación- de un derecho fundamental susceptible de ampararse mediante el arbitrio de protección; y c) la existencia de una relación de causalidad en términos de que el agravio a la garantía constitucional provenga inmediata y directamente del comportamiento antijurídico.

Agrega en la consideración novena que

establecida la concurrencia en el caso que se examina de los requisitos que hacen procedente la acción de protección sometida al conocimiento del órgano jurisdiccional, recae sobre éste la obligación que perentoriamente le impone el citado artículo 20 de la Constitución Política en orden a restablecer el imperio del derecho y brindar a la persona afectada el debido amparo, a cuyo efecto deberá adoptar las providencias que en la situación particular de que se trata se estimen conducentes para dispensar una tutela pronta y eficaz de la garantía fundamental agraviada, constituida por el derecho de propiedad que aquélla detenta sobre la finca, del que se ha pretendido privarla mediante las actuaciones ilegales que la han motivado a impetrar el presente remedio cautelar.

Concluye la Corte Suprema, para restablecer el imperio de la garantía afectada, con dos medidas a cumplirse por el Conservador de Bienes Raíces de Talagante: 1° Dejar sin efecto la inscripción de dominio como, asimismo, la eventuales inscripciones de dominio posteriores derivadas de la anterior; y 2° Dejar sin efecto, además, la anotación marginal de transferencia existente en la inscripción de dominio anterior.

En un segundo fallo pronunciado en un recurso de protección, de 10 de agosto de 2009, por la Iltma. Corte de Apelaciones Coyhaique, caratulado Banco de Chile c/ Conservador de Bienes Raíces de Coyhaique, el tribunal colegiado conoce de una solicitud donde el Banco recurrente impugnaba por esta vía la negativa del Conservador a inscribir un embargo sobre un inmueble del deudor de la recurrente, previamente hipote-

<sup>42</sup> CHILE. Corte Suprema. *Partes sin identificar, rol n° 3229-2008*, sentencia 13 nov. 2008. Acoge apelación recurso de protección. V. CHILE. Corte de Apelaciones de Concepción. *Hera Bio Bio S.A. con Conservador de Bienes Raíces de Tomé, rol n. 496-2009*, sentencia 3 dic. 2009. Recurso de protección, por cuya virtud se acogió el recurso al estimar ilegal y arbitrario el actuar de la funcionaria de dicho Conservador que inscribió una transferencia de dominio sin requerir el comprobante de pago del impuesto.

cado a favor del Banco, por cuanto la sociedad demandada ya no era, a esa fecha, propietaria del inmueble<sup>43</sup>.

Sienta esta Corte la doctrina correcta que ya se había vislumbrado en el voto de disidencia en el fallo anterior de parte de la Ministra Sra. Sonia Araneda, en el sentido de rechazar el recurso de protección intentado, porque el recurrente, al impugnar la inscripción de dominio practicada por el Conservador de Bienes Raíces, ha pretendido ventilar en sede de protección una materia de lato conocimiento que escapa a la finalidad perseguida por el Constituyente al crear el recurso de protección de garantías constitucionales, toda vez que ha sustentado su acción cautelar en argumentos que suponen la previa determinación de la procedencia o improcedencia de la agencia oficiosa respecto de la compraventa y tradición de inmuebles, así como la exigibilidad o no de la ratificación previa del interesado-comprador para que proceda la inscripción conservatoria de dominio, materias éstas que exigen acciones especiales, con procedimientos conducentes a pronunciamientos judiciales declarativos que, por lo mismo, determinan que el recurso de protección intentado no constituya la vía idónea para satisfacer la pretensión jurídica del recurrente.

En el mismo sentido, la Iltma. Corte de Apelaciones de la Serena<sup>44</sup>, en fallo de 2011, dispuso

rechazar el recurso de protección deducido en contra del Conservador de Bienes Raíces, por los herederos que solicitaban se rectificara o dejara sin efecto una subinscripción que grava con un embargo la propiedad que, por medio de la sucesión por causa de muerte, han adquirido de su causante. Lo anterior por cuanto el Conservador de Bienes Raíces no incurre en un acto ilegal al rechazar la petición realizada, puesto que para rectificar la subinscripción objeto del recurso sólo podía hacerlo mediando el respectivo requerimiento del tribunal en que estaba radicada la causa, notificada por el receptor judicial y; para cancelar la misma, de acuerdo al artículo 82 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, para realizar una cancelación de ésta inscripción de embargo es necesario que ella sea ordenada por un tribunal competente.

La tendencia<sup>45</sup> pareciera, en todo caso, ser ésta última que limita el recurso de protección para revisar calificaciones registrales bajo el fundamento que estas materias serían revisables en procedimiento de lato conocimiento en donde pudiera probarse y declararse quien tuviere mejor derecho. La tarea de revisar el comportamiento de nuestros tribunales superiores de justicia en materia de recursos de protección para revisar la legalidad del procedimiento y de las calificaciones registrales mismas, excede por cierto nuestro trabajo, pero hace nacer un nuevo sujeto de investigación que bien vale la pena emprender.

## 5 Conclusiones

1. El Conservador de Bienes Raíces por el ministerio de la ley es el funcionario público llamado a cumplir la labor de calificar los instrumentos que se le presentan y así determinar si son susceptibles de ser inscritos en los respectivos asientos.

2. El fundamento de la potestad calificadora que posee el Registrador o Conservador de Bienes Raíces se encuentra en la necesidad de otorgar seguridad jurídica a los intervinientes de un negocio. Permitiendo de esta forma que los derechos adquiridos se realicen sobre la base de cierta certidumbre.

3. El Conservador es un auxiliar de la administración de justicia y además un profesional del derecho, el cual realiza una función pública de manera independiente, recibiendo sus emolumentos del público que solicita sus servicios.

<sup>43</sup> CHILE. Corte de Apelaciones de Coyhaique. Banco de Chile contra Conservador de Bienes Raíces de Coyhaique, rol n. 21-2009, sentencia 10 agosto 2009. Recurso de protección.

<sup>44</sup> CHILE. Corte de Apelaciones de la Serena. *Cristian Zoffoli Guerra en favor de Verónica Cecilia Peral Elgueta y otros y Yolanda Peralta Gálvez con Jaime Morandé Miranda Conservador y Archivero Judicial de la Serena*, rol n. 224-2011. Sentencia 21 abr. 2011. Recurso de protección.

<sup>45</sup> CHILE. Corte de Apelaciones de Concepción. *Sin identificar*, rol n. 1633-2011, sentencia 2 enero 2011. Recurso de protección deducido en contra de la sentencia definitiva, dictada por la Juez titular del Juzgado de Letras de Cañete, doña Carmen Lorena Seguel Pino, en los autos voluntarios sobre Cancelación de Bien Raíz, caratulados Rocha Laulhere Herwarth, rol n. 24108-2011.

4. La función registral no es posible ubicarla en una función administrativa o jurisdiccional, más bien es una función especial o sui generis, siendo única y específica. No obstante, por la importancia de sus actos y sobre todo por los efectos que produce, es posible asociarla a una actividad jurisdiccional especial, similar a la jurisdicción voluntaria.

5. A su vez, el procedimiento registral es un procedimiento legal especial, pudiendo intervenir eventualmente la jurisdicción ordinaria estatal. Dicho procedimiento no obstante es independiente a un procedimiento administrativo o judicial.

6. Del procedimiento registral se distinguen al menos cuatro etapas, entre ellas, la etapa de examen de admisibilidad; la etapa de anotación repertorial; la etapa de calificación registral y la etapa de reclamación de la calificación registral.

## Referencias

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derecho inmobiliario registral*. Madrid: Civitas, 1986.

BRASIL. [Constitución (1988)]. *Constitución de la República Federal de Brasil, 1988*. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acceso en: 7 mayo 2019.

CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael. *Revisión del principio hipotecario de legalidad*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, 2012.

CHICO Y ORTIZ, José María. *Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales*. Madrid: Marcial Pons, 1987.

CHILE. Código Orgánico de Tribunales. *Diario Oficial*, 9 jul. 1943. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563&r=1>. Acceso en: 7 mayo 2019.

CHILE. Corte de Apelaciones de Concepción. *Domingo Canales García con Conservador de Bienes Raíces de Coronel, rol n. 214-2009*. Sentencia 29 sept. 2009.

CHILE. Corte de Apelaciones de Concepción. *Hera Bio Bio S.A. con Conservador de Bienes Raíces de Tomé, rol n° 496-2009*. Sentencia 3 dic. 2009.

CHILE. Corte de Apelaciones de Concepción. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, t. 60, 2ª parte, sec. 2ª, 1963.

CHILE. Corte de Apelaciones de Concepción. *Sin identificar, rol n° 1633-2011*. Sentencia 2 enero 2011.

CHILE. Corte de Apelaciones de Coyhaique. *Banco de Chile contra Conservador de Bienes Raíces de Coyhaique, rol n. 21-2009*. Sentencia 10 ago. 2009.

CHILE. Corte de Apelaciones de la Serena. *Cristian Zoffoli Guerra en favor de Verónica Cecilia Peral Elgueta y otros y Yolanda Peralta Gálvez con Jaime Morandé Miranda Conservador y Archivero Judicial de la Serena, rol n. 224-2011*. Sentencia 21 abr. 2011.

CHILE. Corte Suprema. *Luise Von Flotow con Sin identificar, rol n. 55060-2016*. Sentencia 9 nov. 2017.

CHILE. Corte Suprema. *E. KOVACS S.A. con sin identificar, rol n. 10251-2016*. Sentencia 22 jun. 2017.

CHILE. Corte Suprema. *Hayden Martorell, Jorge contra Conservador de Bienes Raíces, rol n. 4834-2009*. Sentencia 31 ago. 2009.

CHILE. Corte Suprema. *Hidalgo Sazorsa Pedro con sin identificar, rol n. 19470-2016*. Sentencia 29 sept. 2016.



CHILE. Corte Suprema. *Juan Cárcamo Ortíz con Luis Maldonado Croquevielle Conservador de Bienes Raíces de Santiago*, rol n° 13203-2018. Sentencia 23 ago. 2018.

CHILE. Corte Suprema. *Luisse Von Flotow con Sin identificar*, rol n. 55060-2016. Sentencia 9 nov. 2017.

CHILE. Corte Suprema. *Partes sin identificar*, rol n. 3229-2008. Sentencia 13 nov. 2008.

CHILE. Corte Suprema. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, t. 60, 2ª parte, sec. 1ª, 1963.

CHILE. Corte Suprema. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, t. 45, 2ª parte, sec. 1ª, 1948.

CHILE. Corte Suprema. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, t. 40, 2ª parte, sec. 1ª, 1963.

CHILE. Corte Suprema. *Sergio Soto Hergutt con sin identificar*, rol n. 11497-2011. Sentencia 26 oct. 2012.

CHILE. Corte Suprema. *Silva Fabry Rene Armando con sin identificar*, rol n. 21811-2017. Sentencia 15 enero 2019.

CHILE. Corte Suprema. *Toufic Germany Navalón con Conservador Bienes Raíces de Puerto Montt*, rol n. 5485-2012. Sentencia 28 mayo 2013.

CHILE. Corte Suprema. *Yañez Quezada Alexander Reinaldo con Conservador de Bienes Raíces de Santiago*, rol n. 892-2011. Sentencia 28 nov. 2012.

CHILE. *Decreto Fuerza Ley n. 1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de Código Civil*. *Diario Oficial* 30 mayo 2000. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&r=2>. Acceso en: 7 mayo 2019.

CHILE. Juzgado de Letras de Cañete. *Rocha Laulbere Herwarth*, rol n. 24108-2011.

CHILE. *Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces*. *Diario Oficial*, 24 jun. 1857. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=255400>. Acceso en: 7 mayo 2019.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Requerimiento de un grupo de Diputados respecto del proyecto de ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los Bancos con obligación subordinada*, rol n. 207-1995. Sentencia 10 feb. 1995.

CORNEJO AMÉRICO, Atilio. *Derecho registral*. Buenos Aires: Astrea, 1994.

CURIEL LORENTE, Fernando. La legitimación registral. En: VV.AA. *La evolución del derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

DE REINA TARTIÈRE, Gabriel. El Derecho registral inmobiliario de la propiedad. *La Notaría*, Barcelona, n. 2, p. 49-66, 2012. Disponible em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4034057/2.pdf>. Acceso en: 25 jun. 2018.

DÍAZ TABOADA, María Eugenia. *Ponencia*. Disponible en: <http://prueba1.cadri.org/wp-content/uploads/2008/03/3007-10-23-diaz-taboada-p-de-rogacion.doc>. Acceso en: 18 ago. 2012.

ESPAÑA. *Dirección general de los registros y del notariado, resolución*. 18 nov. 1960.

ESPAÑA. *Ley Hipotecaria*. *Boletín Oficial del Estado* 27 fev. 1946. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453>. Acceso en: 7. mayo 2019.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Madrid: Civitas, 2002. t. 3.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel. La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, n. 625, p. 2239-2310, nov./dic. 1994.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. La calificación registral. *Boletín del Colegio de Registradores*, Madrid, n. 159, p. 1577-1620, jul./agosto 2009

- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. La calificación registral. En: VV.AA. *La evolución del derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 143-188.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo. *Los principios hipotecarios*. Madrid: Asociación Registradores de la Propiedad, 1931.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Naturaleza de la función registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, n. 256, p. 320-384, sep. 1949.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente; RAGA SASTRE, Nuria. *El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y práctica*. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y de la figura del Registrador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, n. 530, p. 75-186, enero/feb. 1979.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús. *Teoría del registro de la propiedad como servicio público*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991.
- MARTÍNEZ DE BEDOYA, Ignacio. Reseña de El deslinde de los bienes de la Administración de MENDOZA OLIVAN, Víctor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, n. 470, p. 211-270, enero/feb. 1969.
- MOHOR ALBORNOZ, Elías. La calificación en el sistema registral chileno. En: ROJAS GARCÍA, Edmundo; VIDAL DOMÍNGUEZ, Ignacio; MOHOR ALBORNOZ, Elías. *Manual de práctica registral chilena*. Santiago de Chile: Biblioteca Americana, 2007.
- MONTSERRAT VALERO, Antonio. *Derecho inmobiliario registral*. Madrid: Civitas, 2000.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*. 4. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006. n.133.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca. *Manual de derecho inmobiliario registral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- SANTOS LLORO, Mónica. El procedimiento registral. En: VV.AA. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Atelier, 2008.
- VARAS ESPEJO, Miguel. La jurisdicción registral de los conservadores de bienes raíces en Chile. *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile, n. 103, p. 3-10, enero 1989.
- VILLALOBOS NAVARRO, Mario. *Los límites de la jurisdicción del conservador de bienes raíces y el art. 13 del reglamento de 1857*. Disponible em: <http://fojas.conservadores.cl/articulos/los-limites-de-la-jurisdiccion-del-conservador-de-bienes-raices-y-el-art-13-del-reglamento-de-1857>. Acceso en: 1 mayo 2019.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Desarticulação interfederativa  
e concessão dos benefícios de  
prestação continuada (BPC)**  
Interfederative disarticulation  
and concession of the  
continuous Cash Benefit

Fernanda Soraia Pacheco Costa



# Desarticulação interfederativa e concessão dos benefícios de prestação continuada (BPC)\*

## Interfederative disarticulation and concession of the continuous Cash Benefit

Fernanda Soraia Pacheco Costa\*\*

### Resumo

O Benefício de Prestação Continuada é um programa de transferência de renda destinado a idosos e deficientes, cujas famílias são enquadradas no conceito legal de miserabilidade. Esse benefício, ao contrário do Bolsa Família, não conta com a participação dos Municípios em sua concessão, o que poderia contribuir para suprir a falta do trabalho do assistente social. Serão analisados os textos normativos, os demais instrumentos jurídicos, os agentes governamentais e não governamentais que deixam de ser incluídos no processo de concessão, bem como dados de benefícios concedidos indevidamente, principalmente, no caso de idosos. Espera-se demonstrar como o envolvimento de outros agentes poderia tornar mais efetiva a transferência de renda, para fazer valer o direito à assistência social, assegurado pela Constituição Federal e também pela Lei nº 8.742/1993, que não é completamente aplicada.

**Palavras-chave:** Benefício de Prestação Continuada. Política Pública. Articulação Governamental. Assistência Social.

### Abstract

The Continuous Cash Benefit is an income transfer program intended for elderly and persons with disability, whose families are framed in a legal concept of the misery. This benefit, unlike the Bolsa Família, does not count with the participation of Municipalities in your grant, what could help to address the lack of social worker. It will be analyzed normative texts, other legal instruments, Government agents and non government actors that are no longer included in the process of granting, as well as unduly benefits data mainly in the case of elderly. Hopes to demonstrate how the involvement of other agents could become more effective transfer of income, to assert the right to social assistance, ensured in the Federal Constitution and also in law No. 8.742/1993, that is not completely applied.

**Keywords:** Continuous Cash Benefit. Public Policy. Government Joint. Social Assistance.

\* Recebido em 31/07/2017  
Aprovado em 21/09/2017

\*\* Mestrado em andamento em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie e possui graduação pela mesma Universidade. Juíza Federal na Seção Judiciária de São Paulo. Email: fernanda-soraia@uol.com.br



## 1 Introdução

A assistência social ganha *status* constitucional de política pública com a Constituição Federal 1988, ao lado das políticas de saúde e de previdência, integrando o sistema da seguridade social.

No artigo 203, o constituinte determina que a prestação será devida a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, tendo por objetivo, dentro outros, a garantia de uma prestação mensal, no valor equivalente a um salário mínimo, ao idoso e ao deficiente que não possuírem recursos próprios para sua manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (inciso V).

Apesar do direito social garantido na Constituição Federal, o constituinte originário deixou ao legislador a tarefa de definir os critérios para a fruição do benefício assistencial.

Somente em 1993, com a edição da Lei nº 8.742, conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), o legislador estabeleceu tais critérios.

Nos termos legais, idoso é aquele que conta com pelos menos 65 (sessenta e cinco) anos de idade; por sua vez, deficiente é aquele “que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”<sup>1</sup>. Ambos beneficiários deverão demonstrar, ainda, que a renda *per capita* familiar é inferior a um quarto do salário mínimo.

A idade é provada pelo registro civil e a deficiência por exame médico. Quanto à renda familiar, é prevista uma perícia socioeconômica feita por assistentes sociais, nos termos do artigo 20, §6º, da Lei nº 8.742/1993.

A concessão e a manutenção dos benefícios são de responsabilidade da União, de acordo com o que estabelece o artigo 12 do referido diploma legal, pertencendo as atribuições ao extinto Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, atualmente, Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário.

Entretanto, a execução da política é realizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que, como se sabe, com a reforma administrativa feita no Governo Collor, deixou de cuidar da saúde e da assistência social.

A autarquia conta com estrutura para realização das perícias médicas, até porque, também, avalia condições de saúde na concessão de benefícios previdenciários devidos por incapacidade. Entretanto, não possui profissionais suficientes à realização de visitas sociais, estando a concessão do BPC limitada à declaração do próprio interessado, nos termos do §8º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, sendo recentemente determinada a utilização de “outros elementos probatórios”, o que autoriza a investigação por outros bancos de dados.<sup>2</sup>

## 2 O Sistema Único de Assistência Social (SUAS): gestão compartilhada, cooperação técnica e articulada

O artigo 6º da Lei nº 8.742/1993 estabelece que o sistema é descentralizado e participativo, bem como que a gestão deve ser compartilhada e integrada, com cooperação técnica e de modo articulado.

Além dos entes federativos, integram o sistema as entidades e organizações de assistência social, assim como definidas no artigo 3º da lei de regência.

<sup>1</sup> BRASIL. Presidência da República. §2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04 jun. 2017.

<sup>2</sup> BRASIL. Presidência da República. §11 da Lei nº 8.742/1993 com redação determinada pela Lei nº 13.146/2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04 jun. 2017.

Como se vê, a política de assistência social está bem delimitada no âmbito normativo, mas há uma desobediência ao comando legal, que, sem dúvida, impacta os recursos orçamentários destinados ao programa de transferência de renda ao idoso e à pessoa deficiente.

Não se justifica tal omissão, pois, apesar de ser o INSS responsável pela análise dos requisitos, com a realização de perícias, é sabido que os quadros de assistentes sociais da autarquia são insuficientes à realização de visitas sociais às famílias para que se verifique quanto são seus membros e como vivem.

Tal avaliação não pode ser dispensada, até porque é uma determinação legal, como já exposto na introdução.

Quanto à cooperação entre os integrantes do SUAS, deve ser observado que há instrumentos de direito público que tornam possível a integração dos entes federativos.

Sem dúvida, a política pública pensada pelo constituinte e desenhada pelo legislador necessita ser revista, sem que importe alteração legislativa, introduzindo, no momento de concessão e revisão do benefício, um novo agente, qual seja, o Município, por intermédio de seus assistentes sociais, ou, onde não houver, agentes particulares que prestam assistência social, possibilitando efetiva cooperação técnica.

Trata-se do ciclo das políticas públicas abordado por Clarice Seixas Duarte, nos seguintes termos:

É importante observar que essas diferentes fases, materializadas na forma de uma sucessão de eventos e acontecimentos de natureza diversa, não ocorrem de forma linear ou estanque, mas constituem um processo cheio de idas e vindas. Ainda assim, não só é possível, como útil, identificar as características presentes nas diferentes etapas que formam o chamado ciclo das políticas públicas. Isso porque o domínio do modelo teórico ora analisado de abordagem de tal figura facilita a sua compreensão, permitindo identificar omissões ou inadequações por parte daqueles que têm o dever de implementar os direitos de que elas constituem objeto.<sup>3</sup>

Isso porque o processo de execução da política pública é dinâmico, comportando, assim, avaliação periódica para ajustes.

Por isso, sugere-se a participação dos assistentes sociais dos Municípios, colaborando com os agentes do INSS, que receberiam o parecer social e, com base nas informações colhidas, poderiam fazer pesquisas mais consistentes de vínculos empregatícios, propriedade imobiliária ou de veículos automotores, entre outras medidas, decidindo com mais segurança e não se limitando à mera declaração do interessado.

Não se pode esquecer que a contratação de assistentes sociais pelo INSS, no momento, não é solução possível tendo em vista o teto orçamentário para os próximos vinte anos na Administração Pública Federal e muito menos a criação de uma pessoa jurídica de direito público para a Assistência Social, nos moldes do INSS, ou órgão com agentes encarregados apenas da análise de tais requerimentos de benefícios assistenciais no âmbito do Ministério do Desenvolvimento Social.

Note-se que, desde a entrada em vigor da lei que regulamentou a concessão de tais benefícios, não foi criado ente próprio para análise dos requisitos e atendimento dos beneficiários, apesar da vigência legal há quase 25 (vinte e cinco) anos. Por isso, não se pode imaginar a essa altura que a criação de uma pessoa jurídica para cuidar de tais relações seja a melhor solução.

Nesse sentido, mais uma vez, cita-se Clarice Seixas Duarte:

Devem ser previstos, dentre os recursos disponíveis, os meios técnicos, científicos, jurídicos e financeiros necessários para a realização dos objetivos previamente definidos, de modo que exista uma relação de adequação entre os caminhos adotados e os resultados a serem atingidos. Mais do que uma relação de adequação, deve haver a consideração sobre a razoabilidade e proporcionalidade na utilização de determinado meio. Deve-se perguntar: Será que existe outro modo menos gravoso de se obter o resultado

<sup>3</sup> DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina (Org.). *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 26.

pretendido? É possível obter o mesmo resultado gastando-se menos recursos?<sup>4</sup>

Assim, a inclusão de novo agente no processo de concessão dos benefícios assistenciais trará maior segurança ao responsável pelo deferimento ou indeferimento do benefício, com a aplicação mais racional dos recursos públicos que são escassos.

E a coordenação, no caso do SUAS, é feita pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, nos termos do artigo 6º, §3º, da Lei nº 8.742/1993, sendo esta a pasta que custeia o pagamento mensal dos benefícios, devendo, portanto, fazer a intermediação entre os agentes envolvidos (INSS, Municípios e organizações de assistência social).

Frise-se que a falta de fiscalização e de providências para que a política pública seja integralmente aplicada são omissões chamadas de “estado de tolerância” por Maria Paula Dallari Bucci, a exigir a criação de “uma fonte de legitimação renovada”.<sup>5</sup>

E a renovação não depende da criação legislativa ou de mais recursos orçamentários e sim de colaboração e de articulação entre os integrantes do SUAS, necessária à realização do bem comum.

Sobre a importância da atuação de diferentes agentes e de modo articulado, Tamiris Alessandra Gervasoni e Marli Marlene Moraes da Costa apontam que:<sup>6</sup>

As relações entre Estado, governo, políticas públicas e sociedade carece de uma atuação sinérgica e responsável dos atores políticos e sociais, especialmente os detentores de poder decisório. É neste sentido que consolidam-se a subsidiariedade, a descentralização e a desconcentração, como verdadeiros instrumentos garantidores de uma cidadania ativa, (re)criando-se formas de participação e atuação social, oxigenando-se suas compreensões para além do âmbito das competências municipais<sup>54</sup>, potencializando-se a (re)construção e articulação das políticas públicas a partir da sua proximidade em relação às demandas que visa atender. Perante essa conjuntura e da significância desses elementos analisados nos itens iniciais, o estudo segue na investigação da articulação das políticas públicas de gênero, averiguando se tais elementos são (des)considerados.

### 3 Por que a articulação com os municípios?

Os Municípios são os entes federados mais próximos da cidadania, onde são percebidas e identificadas as necessidades primárias.

Aliás, os entes locais são apontados como aqueles aptos a solucionar os problemas da globalização, mas que são percebidos nas cidades, como ressaltou Zygmunt Bauman:

Eu creio que o fenômeno da ‘glocalização’ – a combinação particular de aumento de importância das localidades (e em conexão estreita) com a perda do significado das distâncias – pode ser rastreado na condição corretamente diagnosticada por Welzer.<sup>7</sup>

No mesmo sentido, ao tratar do federalismo e da revalorização do Município, Antônio Celso Batista Minhoto expõe:

O movimento da história, caracteristicamente pendular, se verdadeiro, pode estar oferecendo nova oportunidade para que a liberdade, a autonomia e o autogoverno experimentado pelos grupamentos humanos pós-feudalismo – que, nas vilas e cidades de então, implementavam algo que hoje é inclusive

<sup>4</sup> DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina (Org.). *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27.

<sup>5</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 268.

<sup>6</sup> GERVASONI, Tamiris Alessandra; COSTA, Marli Marlene Moraes da. A (RE) articulação das políticas públicas de gênero no Brasil com base no princípio jurídico da subsidiariedade e da descentralização. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (Online), Brasília, v. 7, n. 1, p. 116-132, 2017.

<sup>7</sup> BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de Crise*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 149.

buscado como modelo ideal para regramento humano, a volta ao índice mais básico, o retorno ao trato das questões mais próximas do cidadão como forma de limitação do poder estatal e a aproximação do indivíduo dos negócios sociais geridos pelo Estado –, foi rigorosamente fundamental e não apenas para alçar o federalismo a uma posição de destaque frente aos sistemas que lhe eram opostos, mas também como célula fundamental da vivência de um direito mais moderno.<sup>8</sup>

Além disso, no âmbito local, a integração do Estado com a sociedade mostra-se mais intensa e produtiva.

Nesse sentido:

A reinvenção do governo local passa por uma forte capacidade de inovação. No âmbito da gestão pública, diferentemente do campo da gestão de empresas, a inovação está associada ao desenvolvimento de trabalho comunitário e a valorização da cidadania como elemento direcionador da prestação de serviços públicos. Wilhem (2000, p. 7) salienta que alguns paradigmas têm orientado o desenvolvimento das cidades: cidade como centro de produção de bens e serviços; cidade como protagonista do desenvolvimento econômico; cidade sustentável, que adota estratégia e padrões sustentáveis de uso e consumo de recursos naturais; cidade solidária, lugar de convivência democrática.<sup>9</sup>

E a crescente participação e autonomia das Municípios foram ressaltadas por José Murilo de Carvalho:

Muitas prefeituras experimentam formas alternativas de envolvimento da população na formulação e execução de políticas públicas, sobretudo no que tange ao orçamento e às obras públicas. A parceria aqui se dá com associações de moradores e com organizações não governamentais. Essa aproximação não tem os vícios do paternalismo e do clientelismo porque mobiliza o cidadão. E o faz no nível local, onde a participação sempre foi mais frágil, apesar de ser aí que ela é mais relevante para a vida da maioria das pessoas.<sup>10</sup>

Não fossem as vantagens do engajamento do governo local acima mencionadas, o Município possui quadro de profissionais habilitados para realização das visitas sociais, podendo ser complementadas eventuais carências de recursos humanos por organizações sociais sem fins lucrativos.

Esse modelo de descentralização foi aplicado em outro benefício de transferência de renda, que é o Bolsa Família, lembrando-se que a responsabilidade do Município é bem maior nesse benefício do que seria no caso do LOAS, nos termos aqui sugeridos.

Apesar das críticas aos excessos de concessão do benefício Bolsa Família, deve ser observado que este exige do beneficiário o preenchimento de uma série de condições que são apuradas pelos agentes municipais e que tornam o trabalho até mais complexo.

E o governo central pode criar mecanismos de integração e de melhoria da gestão.

Nesse passo, ao tratar do IGD – Índice de Gestão Descentralizada, Diogo R. Coutinho informa que:

Seu objetivo é avaliar mensalmente a qualidade da gestão do PBF e do CadÚnico em cada Município e a partir dos resultados identificados oferecer apoio financeiro para que os Municípios melhorem sua respectiva gestão. Com base nesse indicador, o MDS repassa recursos aos Municípios para incentivar o aprimoramento da qualidade da gestão do Programa Bolsa Família em nível local, e contribuir para que os Municípios executem as ações sob sua responsabilidade.<sup>11</sup>

Como se vê, trata-se, igualmente, de uma transferência de renda, cujos recursos são da União, administrados pelo mesmo Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, mas concedidos e fiscalizados pelos Municípios.

<sup>8</sup> MINHOTO, Antonio Celso Batista. Federalismo, estado federalista e a revalorização do município: um novo caminho para o século XXI? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 51-64, 2013.

<sup>9</sup> FILIPPIM, Eliane Salete; ROSSETTO, Adriana Marques (Org.). *Políticas Públicas, federalismo e redes de articulação para o desenvolvimento*. Joaçaba: Unoesc, 2008. p. 19.

<sup>10</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 227.

<sup>11</sup> COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o programa Bolsa Família. In: SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. (Org.) *Direito e Desenvolvimento um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 112.



O volume de beneficiários é maior do que aqueles do LOAS, com a atribuição de fiscalização do cumprimento de uma série de condições, que são inexistentes no LOAS.

Ora, se há uma estrutura para gerir o Bolsa Família, é possível que a mesma estrutura seja aproveitada como auxílio ao INSS na concessão dos benefícios assistenciais aos idosos e aos deficientes, que, repita-se, não deixará de ser o responsável pela decisão de conceder ou não o benefício, após a verificação dos requisitos legais, inclusive, porque já foram acumulados conhecimentos e experiências nos quase vinte e cinco anos de regulamentação da política pública.

Tão relevante quanto isso é que os assistentes sociais locais podem e devem orientar os requerentes sobre outros programas destinados a esse público, independentemente de comprovação de renda familiar, cumprindo, ainda, com a obrigação legal de informar sobre tais programas, como estabelecida no artigo 4º, V, da Lei nº 8.742/1993.

#### **4 O problema relativo à falta do estudo socioeconômico na concessão do BPC**

A importância econômica e social do BPC é ressaltada por Edna Luiza Nobre, que enfatiza:

A percepção do benefício do BPC contribuiu para a redução da desigualdade das regiões brasileiras e elevou o padrão de vida dos beneficiários. Em grande parte porque o montante percebido foi valorizado ao longo da década, em razão de estar vinculado ao salário mínimo, que recebeu reajustes reais, ano a ano, o que propiciou ganhos igualmente reais. Não podemos deixar de mencionar que o benefício ao idoso e ao deficiente que estão inseridos em um seio familiar, repercute em benefício econômico de toda a família.<sup>12</sup>

Entretanto, não se pode permitir que o benefício seja objeto de atuação de criminosos, que induzem os eventuais beneficiários a prestar declarações falsas, como será visto, e que apenas em juízo possa ser corrigido o uso indevido dos recursos públicos, gerando, ainda, ações penais.

Frise-se que o excesso de judicialização deve ser evitado.

Nesse sentido:

Afinal, a satisfação de uma demanda individual (ou mesmo de um grupo considerado legitimado para a propositura da ação judicial) não resolve o problema do ponto de vista macro, levando-se em conta uma dimensão inerente às políticas públicas: a resolução de problemas em grande escala.<sup>13</sup>

Lembre-se que, na introdução, foi ressaltado que as visitas sociais não são realizadas e que os benefícios são concedidos, apenas, com base nas informações do interessado no benefício.

Observa-se que muitas idosas ingressam em juízo para requerer a pensão por morte dos maridos, apesar de casadas e residentes no mesmo domicílio, sem qualquer razão aparente para indeferimento. Em relação ao levantamento de provas, nota-se que o motivo do indeferimento é que as idosas estão em gozo do benefício assistencial, declarando, quando do requerimento, que viviam sozinhas e estariam separadas de fato dos maridos.

Além disso, na maior parte dos casos, a justificativa dada pelas idosas é de que foram orientadas por terceiros, sem revelar os responsáveis por tais orientações.

<sup>12</sup> NOBRE, Edna Luiza. A Previdência, a Assistência e os Programas de Transferência de Renda. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patrícia Cristina (Org.). *O Direito na Fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas & Letras, 2015. p. 92.

<sup>13</sup> DUARTE, Clarice Seixas. Para além da Judicialização: a necessidade de uma nova forma de abordagem das Políticas Públicas. SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patrícia Cristina (Org.). *O Direito na Fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas & Letras, 2015. p. 16.

Caso o desenho da política pública fosse completamente observado, com a realização da visita social, em que há o levantamento das pessoas que integram a família e demais informações relevantes ao estudo da condição socioeconômica familiar, as concessões indevidas poderiam ser evitadas ou reduzidas.

Na medida em que é considerada apenas a declaração do interessado, a política pública está sofrendo um desvio que precisa ser corrigido.

Deve ser considerado que o problema é mais visível no caso das idosas, pois pertencem a uma geração em que o trabalho fora do lar não era tão comum, e, portanto, não há registros de vínculos formais.

Ressalte-se, ainda, que são induzidas por terceiros que as convencem de que se trata de um direito, acreditando muitas delas que estão fruindo uma aposentadoria por idade, apesar da inexistência de contribuição ao sistema previdenciário.

É possível que haja declarações falsas sobre a renda familiar entre os idosos do sexo masculino e os deficientes, mas a incidência é menor, já que aqueles têm vínculos formais constantes dos cadastros públicos e podem receber benefícios previdenciários.

No tocante aos deficientes, na maioria dos casos, os benefícios são concedidos a crianças e adolescentes que não vivem sozinhos; logo, têm pais ou responsáveis legais que devem ser indicados na declaração de composição familiar, possibilitando que as rendas sejam pesquisadas nos cadastros públicos consultados pelos agentes do INSS.

Há indicativos, também, de que o LOAS seja uma alternativa àqueles que estão incapazes ao trabalho, mas que estão fora do sistema previdenciário. Dentre estes, é possível que também ocorram declarações falsas de renda.

Em relação às hipóteses mais frequentes de concessão irregular, em que há o evento morte do cônjuge, que facilita a apuração, interessante observar a comparação dos dados do último Censo realizado pelo IBGE, em 2010, com os dados de benefícios pagos pelo INSS no mesmo ano.

Primeiramente, há os dados da população por faixa etária, sendo que 8,4% do total de habitantes tinha mais de 65 anos, em 2010.<sup>14</sup>

O IBGE apontou, ainda, 5.252.767 de domicílios no Brasil, onde a renda *per capita* seria inferior a um quarto do salário mínimo. Portanto, são famílias que, caso tivessem idosos ou deficientes, poderiam receber o benefício assistencial. Havia, ainda, uma média de 3,3 moradores por domicílios visitados pelos censores. Logo, as pessoas cujas famílias teriam renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo totalizariam, aproximadamente, 17.334.131 de pessoas.

No referido informativo, foi apurado que 8,4% dos habitantes do Brasil tinham mais de 65 anos de idade. Logo, em tese, seria o público que poderia receber o benefício assistencial, lembrando-se que nem todos fariam jus à referida assistência, seja porque suas famílias teriam renda superior, seja porque havia, com certeza, quem recebesse benefícios previdenciários, tais como aposentadorias e pensões. Entretanto, apenas para fins de demonstração, caso todos os idosos com mais de 65 anos fossem beneficiários do LOAS, seriam eles um grupo de 1.456.067 pessoas (o que representa 8,4% do total de pessoas cujas famílias são carentes, ou seja, famílias que têm renda de menos de um quarto de salário mínimo).

Entretanto, no ano de 2010, foram pagos 1.627.899 benefícios assistenciais aos idosos, conforme informação do INSS.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo de 2010. *Distribuição da população por sexo, segundo os grupos de idade*. Disponível em: <[www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse](http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse)>. Acesso em: 1 jun. 2017.

<sup>15</sup> BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. Boletim Estatístico da Previdência Social. *CAPÍTULO 19 – ASSISTENCIAIS. 19.3 – Quantidade e valor de amparos assistenciais aos idosos ativos, por sexo do segurado segundo os grupos de idade - Posição em dezembro - 2008/2010*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/acps-2010-anuario-estatistico-da-previdencia-so>>.

Somente naquele ano foram concedidos 376.435 benefícios assistenciais. Destes 169.039 foram destinados a idosos e 149.752 foram deferidos a pessoas entre 65 e 69 anos de idade, a faixa etária que mais concentrou os pagamentos.<sup>16</sup>

Além disso, o crescimento do número de beneficiários foi superior a 10% do total de pessoas que recebem o benefício.

A página 80 do informativo estatístico citado (INSS) demonstra que foram concedidas, em 2010, 86.435 pensões por morte urbanas a pessoas com mais de 65 anos, tanto do sexo masculino quanto do feminino. No meio rural, foram 62.726. No total, foram concedidas 149.161 pensões por morte.

Como se vê, o volume de benefícios assistenciais é superior ao de pensões por morte concedidas.

É certo que o Censo pode não ter atingido todos os habitantes do país.

Também é preciso observar que, por meio de decisões judiciais, muitas famílias com renda superior a um quarto de salário mínimo, podem ser beneficiadas, pois, de acordo com a jurisprudência do STF, a renda não é o único critério de apuração de miserabilidade, considerando-se outras circunstâncias do caso concreto.<sup>17</sup> Há, ainda, o disposto no artigo 34 do Estatuto do Idoso, determinando que o benefício assistencial recebido por um dos idosos da família não é computado como renda para o outro idoso.<sup>18</sup>

Nesse passo, o papel da jurisprudência para corrigir os excessos da restrição legal da renda foi analisado por Luciano Meneguetti Pereira, a saber:

O segundo ponto que merece ser destacado é o construtivo voto do Relator da referida ADIn, o então ministro, Ilmar Galvão que, lançando mão da técnica da interpretação conforme (importante elemento e construção ocorrida no Estado Constitucional contemporâneo pela jurisprudência do Tribunal Federal Alemão), entendeu que os requisitos trazidos pela lei regulamentadora do benefício em questão não impedem a comprovação da miserabilidade do idoso e da pessoa com deficiência por outros meios, isto é, pela análise da situação específica de quem pleiteia o benefício, depreendendo-se daí a possibilidade de o aplicador do direito considerar outros aspectos (premissas fáticas de cada caso), além dos limites objetivos trazidos pela lei regulamentadora.<sup>19</sup>

Além disso, foi abordada a possibilidade de concessão do benefício assistencial ao idoso que tenha em sua família outro idoso com renda equivalente a um salário mínimo, seja qual for o benefício, incluindo a jurisprudência os benefícios previdenciários, estendendo a proteção que foi conferida pelo Estatuto do Idoso.

Entretanto, mesmo considerando todos esses fatores, o número é elevado, o que leva a crer que não só há concessão indevida, como também manutenção de pagamento para pessoas já falecidas.

Assim, além da visita social na concessão, devem ser sugeridas, também, revisões periódicas a cada dois anos, que, ao que tudo indica, não são realizadas.

A irregularidade neste tipo de assistência ao idoso é ainda mais evidente se considerados os benefícios previdenciários pagos às pessoas idosas. Tais pessoas são excluídas por determinação legal do LOAS, pois têm a renda decorrente de contribuição ao sistema previdenciário.

Somados os benefícios de aposentadoria por tempo (1.848.851), de aposentadoria por idade (2.245.084) e aposentadoria por invalidez (1.011.430), percebidos apenas pelo idosos domiciliados no meio urbano, no ano de 2010, havia 5.105.365 beneficiários. Por outro lado, no meio rural e no mesmo ano de 2010, onde não há beneficiários do LOAS, havia 3.949.630 benefícios pagos.

---

cial-2010/aeps-2010-secao-i-beneficios/aeps-2010-secao-i-subsecao-c/secao-i-beneficios-subsecao-c-beneficios-ativos-tabelas/>. Acesso em: 30 jul. 2017.

<sup>16</sup> BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. *Boletim Estatístico da Previdência Social*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-previdencia-social/>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 567.985*. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 1 jun. 2017.

<sup>18</sup> BRASIL. *Lei nº 10.741/2003*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 04 jun. 2017.

<sup>19</sup> PEREIRA, Luciano Meneguetti. Políticas públicas, direitos fundamentais e Poder Judiciário: uma análise crítica do benefício de prestação continuada (BPC). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 25-50, jan./jun. 2013.

Considerando-se que o país tinha, em 2010, mais de 190 milhões de habitantes, sendo 8,4% dessa população dentro da faixa etária que poderia receber o benefício assistencial ao idoso, como se constata no quadro acima, conclui-se que eram mais de 15 milhões e 960 mil pessoas com mais de 65 anos de idade.

Desse grupo, 10.678.191 de pessoas com mais de 65 anos recebiam benefícios previdenciários e, portanto, excluídos estariam do LOAS.

Restariam, assim, aproximadamente, 5.281.809 pessoas.

Se foram 1.627.899 beneficiários do LOAS, em 2010, poderíamos concluir que mais de 30% dos idosos do país, que não recebem benefício previdenciário, não têm condições de prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família?

A resposta é negativa, mais uma vez, se comparado com o dado das famílias que viviam com renda inferior a um quarto do salário mínimo, que representavam menos de 10% da população total do país no ano de 2010 (17.334.131).

Assim, os dados estatísticos do último censo demográfico e a existência de pensões por morte negadas à idosas, que procuram o Poder Judiciário para demonstrar sua condição de dependente do marido, revelam que há indícios de que aproximadamente 200.000 benefícios assistenciais aos idosos eram pagos indevidamente, o que representou, em 2010, R\$1.224.000.000,00 (salário mínimo de R\$510,00 multiplicado por doze prestações mensais e, depois, por 200.000 beneficiários).

Outro fator a ser analisado é que o número de benefícios assistenciais concedidos em 2010, segundo relatório do INSS, teve um crescimento maior do que o de benefícios previdenciários, a saber: <sup>20</sup>

Comparado com 2009, o estoque de benefícios aumentou 4,4%, sendo que os previdenciários aumentaram 4,1%, os assistenciais cresceram 5,7% e os acidentários aumentaram 5,8%. As espécies que apresentaram maior participação na quantidade total de benefícios ativos foram todas previdenciárias: aposentadoria por idade (29,2%), pensão por morte (23,7%) e aposentadoria por tempo de contribuição (15,8%)

Observe-se que o percentual maior de benefícios assistenciais concedidos dá conta de uma distorção cultural em relação às aposentadorias. Essas concessões indevidas acabam gerando a falsa ideia de que é desnecessário contribuir ao sistema previdenciário, bastando ser idoso para ser incluído como beneficiário, recebendo uma “aposentadoria”, o que, sem dúvida, também contribui para redução da receita da Previdência Social, entre outros fatores.

Note-se, ainda, que, para o ano de 2017, o Ministério do Desenvolvimento Social prevê R\$21.701.688.907,00 para pagamentos dos benefícios assistenciais, apenas, para idosos, o que representa uma estimativa de quase 2.000.000 de beneficiários.<sup>21</sup>

Isso é quase o mesmo do dispendido com o Bolsa Família, cujos beneficiários são jovens e, portanto, em maior número.

Na notícia veiculada no *site* do Ministério do Desenvolvimento Social, aponta-se que são 15.600.802 alunos beneficiários, sendo 13.714.297 acompanhados quanto à frequência escolar (87,91%). Mesmo assim, cumpriram as condições do programa 96,34% dos beneficiários.<sup>22</sup>

A União, segundo a referida notícia, investe R\$2,4 bilhões por mês no programa, o que representa, em um ano, o montante de R\$28,8 bilhões.

<sup>20</sup> BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. *Boletim Estatístico da Previdência Social. AEPS 2010 – Seção I – Subseção C*. Publicado: 01/05/2013 13:49 Última modificação: 31/07/2015 15:07. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/aeps-2010-anuario-estatistico-da-previdencia-social-2010/aeps-2010-secao-i-beneficios/aeps-2010-secao-i-subsecao-c/>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

<sup>21</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. [*Homepage*]. Disponível em: <[www.mds.gov.br](http://www.mds.gov.br)>. Acesso em: 1 jun. 2017.

<sup>22</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. *Bolsa Família: governo acompanha frequência escolar de 13,7 milhões de alunos*. Disponível em: <[www.mds.gov.br](http://www.mds.gov.br)>. Acesso em: 04 jun. 2017.



Observa-se que, considerados também os deficientes, os beneficiários do LOAS representam menos de um terço daqueles que recebem o benefício do programa Bolsa Família.

Apesar disso, não consegue a União manter o controle da concessão e da manutenção dos benefícios assistenciais, que não exigem cumprimento de condições como o Bolsa Família, repita-se.

Assim, os dados revelam o descontrole do LOAS, principalmente, se comparado com o Bolsa Família, que não tem tratamento constitucional e é extremamente criticado por aqueles que defendem maior controle dos gastos públicos, demonstrando, ainda, que a participação dos Municípios pode amenizar os prejuízos.

## 5 Considerações finais

Este artigo teve por finalidade tratar da necessidade do estudo socioeconômico feito por assistentes sociais para orientar o agente concessor do benefício de prestação continuada a pessoa idosa ou deficiente, cuja família é considerada miserável.

Foi exposto que as concessões estão baseadas, apenas, na declaração do beneficiário, tendo em vista a deficiência de assistentes sociais nos quadros do Instituto Nacional de Seguro Social, autarquia que, aliás, não tem como atribuição a Assistência Social e sim a Previdência Social.

O descumprimento da forma como a política foi desenhada pelo legislador tem causado a concessão de benefícios irregulares, o que é evidenciado pelo número de pensões por morte indeferidas a idosas que declararam falsamente separação de fato para obter o benefício assistencial.

Tais fatos são indicativos, ainda, de problemas em benefícios concedidos a outros grupos, como os adultos que têm incapacidade de longo prazo e utilizam esse benefício como alternativa àqueles que exigem contribuição previdenciária.

E tal omissão do agente concessor (INSS) poderia ser suprida com a cooperação técnica dos assistentes sociais dos Municípios e também das entidades e organizações de assistência social, realizando-se as visitas sociais e fornecendo-se pareceres sobre a família do candidato ao benefício assistencial.

Além disso, a articulação com as entidades locais poderia ajudar na identificação de beneficiários dos programas locais de assistência social, que poderiam suprir as necessidades daqueles que não preenchem os requisitos para a percepção do LOAS.

Por fim, a análise de dados de outra política de transferência de renda, o Bolsa Família, permite verificar que não é impossível a cooperação, tampouco a fiscalização da execução da política do benefício de prestação continuada, pois são mais numerosos os beneficiários, tendo, inclusive, a necessidade de preenchimento de condições, como frequência escolar e vacinação dos menores de sete anos de idade.

Trata-se, assim, de processo dinâmico das políticas públicas, sendo imprescindível o acompanhamento constante, para aperfeiçoamento das práticas, pretendendo-se aqui uma contribuição ao uso racional e eficiente dos recursos públicos que devem ser destinados efetivamente àqueles que deles necessitam.

## Referências

- BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de Crise*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 149.
- BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. *Boletim Estatístico da Previdência Social*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-previdencia-social/>>. Acesso em: 01 jun. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 10.741/2003*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 04 jun. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 8.742/1993*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 1 jun. 2017.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. *Bolsa Família*: governo acompanha frequência escolar de 13,7 milhões de alunos. Disponível em: <[www.mds.gov.br](http://www.mds.gov.br)>. Acesso em: 04 jun. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 567.985*. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 1 jun. 2017.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de Referência de uma política pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patrícia Cristina (Org.). *O Direito na Fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas & Letras, 2015.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o programa Bolsa Família. In: SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. (Org.) *Direito e Desenvolvimento um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73-122.
- CRUZ, Paula Loureiro da. Gênero e Políticas Públicas: desafios e proposições para superação do problema jurídico da descontinuidade e desarticulação governamental. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito UFRGS*, v. 9, n. 2, 2014.
- DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patrícia Cristina (Org.). *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16-43.
- DUARTE, Clarice Seixas. Para além da Judicialização: a necessidade de uma nova forma de abordagem das Políticas Públicas. SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patrícia Cristina (Org.). *O Direito na Fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas & Letras, 2015.
- FARIA, Daniela Lopes de; ITO, Christian Norimitsu; COSTA, Inês Moreira da. Desconstruindo a ineficácia dos direitos sociais: por uma reconstrução dos direitos sociais democrática, participativa e transnacional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (Online), Brasília, v. 6, n. 1, p. 105-123, 2016.
- FILIPPIM, Eliane Salet; ROSSETTO, Adriana Marques (Org.). *Políticas Públicas, federalismo e redes de articulação para o desenvolvimento*. Joaçaba: Unoesc, 2008.
- GERVASONI, Tamiris Alessandra; COSTA, Marli Marlene Moraes da. A (RE) articulação das políticas públicas de gênero no Brasil com base no princípio jurídico da subsidiariedade e da descentralização. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (Online), Brasília, v. 7, n. 1, p. 116-132, 2017.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo de 2010*. Disponível em: <[www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse](http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse)>. Acesso em: 1 jun. 2017.

MARTINS, Aline de Araújo; CAVAIGNAC, Mônica Duarte. A política de assistência social e a promoção ao trabalho: uma análise do PRONATEC BSM com base em um estudo com egressos em Fortaleza-CE. *Revista Brasileira Políticas Públicas* (Online), Brasília, v. 6, n. 2, p. 146-162, 2016.

MARTINS, Valter. O modelo de proteção social brasileiro: notas para a compreensão do desenvolvimento da seguridade social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 137-158, jan./jun. 2011.

MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo. O papel do direito na articulação governamental necessárias às políticas públicas: uma avaliação do programa bolsa família (PBF). *Cadernos de Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 21, n. 70, set/dez. 2016.

MINHOTO, Antonio Celso Batista. Federalismo, estado federalista e a revalorização do município: um novo caminho para o século XXI? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 51-64, 2013.

NOBRE, Edna Luiza. A Previdência, a Assistência e os Programas de Transferência de Renda. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina (Org.). *O Direito na Fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas & Letras, 2015.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. Políticas públicas, direitos fundamentais e Poder Judiciário: uma análise crítica do benefício de prestação continuada (BPC). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 25-50, jan./jun. 2013.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3-15.

SOUZA, Pedro Bastos de. Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (Online), Brasília, v. 6, n. 1, p. 166-183, 2016.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Aprendizagem Profissional  
e o poder público municipal:**  
proposta de maior eficácia à  
política pública

**Brazilian Apprenticeship and  
local public management:**  
proposal for greater effectiveness  
in public policy

José Rodrigo Paprotzki Veloso



# **Aprendizagem Profissional e o poder público municipal: proposta de maior eficácia à política pública\***

## **Brazilian Apprenticeship and local public management: proposal for greater effectiveness in public policy**

José Rodrigo Paprotzki Veloso\*\*

### **Resumo**

Este artigo analisa a política pública de Aprendizagem Profissional pela qual articula educação e trabalho para a juventude. O objetivo é revelar a baixa eficácia da iniciativa federal em gerar mão de obra de qualidade, diversificada e articulada com a realidade socioeconômica local. Para tanto, por meio de iniciativas do poder público municipal, propõe-se uma ação colaborativa de entes federativos para dirigir a formação profissional a ocupações críticas de segmentos produtivos de destaque nos municípios, visando geração de mão de obra qualificada e maior oportunidade de empregabilidade dos jovens no mercado de trabalho. Dessa forma, utilizando-se de método dedutivo com apoio de pesquisa bibliográfica e documental, são apresentados dois estudos de caso de realidades socioeconômicas distintas bem como propostas de iniciativas do poder público local.

**Palavras-chave:** Aprendizagem. Juventude. Educação profissional. Federalismo.

### **Abstract**

This article analyzes the public policy of apprenticeship that links education and work to youth. The objective is to reveal the low effectiveness of the federal initiative in generating quality labor, diversified and articulated with the local socioeconomic reality. To this end, through the empowerment of local public management, it is proposed a collaborative action by federative entities to address the vocational education to critical occupations of prominent productive segments in the municipalities, aiming at the generation of skilled labor and greater opportunity for employability of young workers in the labor market. In this way, using a deductive method with support of documental and bibliographical research, two case studies of different socioeconomic realities are presented as well as proposals for local public management initiatives.

**Keywords:** Apprenticeship. Youth. Vocational education and training. Federalism

\* Recebido em 16/12/2018  
Aprovado em 02/01/2019

\*\* Mestre em gestão de políticas públicas pela Escola de Artes Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo. Especialista em educação profissional do SENAI-SP há 19 anos. E-mail : rodrivel@usp.br.

## 1 Introdução

A discussão em relação à empregabilidade dos jovens brasileiros é intensa e extensa. Intensa porque são os mais afetados pela crise econômica conjuntural que o Brasil atravessa: são os primeiros a senti-la, na medida em que os custos trabalhistas para a rescisão contratual são baixos, assim, tornam-se os primeiros desempregados. São, também, os últimos a se beneficiarem da recuperação econômica, pois competem com uma legião de desempregados em desvantagem por não apresentarem suficiente experiência laboral.

Extensa porque, se avaliarmos que as crises econômicas são cíclicas e os jovens são suscetíveis ao alargamento dos efeitos das crises, praticamente coincidindo o efeito residual do final de uma com os sinais de início de uma nova crise, pode-se concluir que são poucas as chances para uma articulação oportuna que coincida a formação do jovem e a demanda do mercado de trabalho. Portanto, o debate referente às políticas públicas dirigidas aos jovens, mais especificamente aquelas que relacionam educação, trabalho e geração de renda está além do disposto pelo Estatuto da Juventude ao apresentar, como obrigação do Estado, ações relacionadas à educação e emprego dos jovens, mas no enfrentamento real das dificuldades para o planejamento que preveja o binômio profissionalização — empregabilidade, caracterizado por iniciativas perenes, sustentáveis e eficazes.

Este artigo se dispõe a analisar a política pública da Aprendizagem Profissional dirigida a jovens, questionando a eficácia da ação do Estado no provimento de pessoas qualificadas em atendimento às demandas locais por mão de obra. Para tanto, empregando método dedutivo, parte-se do princípio que as características da política pública atuais não reúnem elementos que a assegurem como dispositivo efetivo para inserção do jovem no mercado do trabalho, de forma que o problema a ser investigado se relaciona à tênue mobilização de âmbito local para torná-la eficaz.

O texto, portanto, divide-se em duas partes. A primeira delas com apoio de pesquisa bibliográfica e documental, articulará questões de empregabilidade dos jovens com a discussão sobre descentralização, promoção de ações integradas e parcerias. Contextualizará ainda a Aprendizagem Profissional no Brasil e um panorama de experiências internacionais dessa política pública, com foco em particular na abordagem de forças locais em prol da eficácia da ação. Ainda nessa seção, será apresentado um relatório de avaliação da política pública pelo IPEA e um apanhado de propostas legislativas de âmbito municipal que buscam reforçar o papel da municipalidade visando maior resultado na contratação de aprendizes.

A segunda parte será propositiva na medida em que ações do poder público local, justificadas pela descentralização de responsabilidades e em articulação com o setor produtivo, apresentem respostas mais eficazes no propósito de inserção e manutenção do jovem no mercado de trabalho. Nesse sentido, serão realizados dois estudos de caso em municípios paulistas valendo-se de análise ocupacional, distribuição de segmentos econômicos e observação das despesas públicas. Um desses municípios apresenta como característica um alto contingente de jovens em vulnerabilidade; o outro, por sua vez, é um arranjo produtivo local.

A análise ocupacional dos segmentos econômicos subsidiará um modelo de proposição de incentivos municipais (tendo como base subsídios) não somente para estimular o cumprimento da política pública em âmbito local, mas para utilizá-la como veículo que colabore no amparo ao desenvolvimento econômico do município e no enfrentamento ao desemprego juvenil.

Trata-se, portanto, de uma análise crítica dessa política pública complementada por meio de contribuição ao executivo e legislativo municipais, cujo objetivo é suscitar novos debates ao aperfeiçoamento dos mecanismos da Aprendizagem Profissional.

## 2 Um retrato atual de uma política pública voltada à profissionalização dos jovens

A Constituição<sup>1</sup> destaca, em seu artigo 227, que o jovem tem direito à profissionalização, de forma que o eixo qualificação e inserção produtiva configure-se como o norte da política pública da Aprendizagem Profissional. Dessa forma, compete ao Estado a mobilização de meios e articulação com diversos atores públicos e privados para proporcionar resultados.

Referida mobilização e articulação também gera ao país dividendos socioeconômicos na medida em que a sociedade tem êxito ao engajar os jovens plenamente na economia: um amálgama de educação e trabalho não apenas prepara os jovens para se inserirem no mercado de trabalho, mas os protege dos efeitos cíclicos das crises econômicas conjunturais. Esses efeitos, para além de registros percentuais em relatórios técnicos, desdobram-se em problemas sociais diversos que têm demandado do poder público não mais ações pontuais, mas integradas em prol de sinergia:

Focaliza-se uma área de intervenção ou um segmento da população e procura-se formular políticas integrais, articulando ações tradicionalmente fragmentadas em diversos campos ou setores. A promoção de políticas sociais com esta perspectiva significa, em geral, a superação da setorização e da fragmentação institucional, ao procurar coordenar a ação de diversas secretarias e órgãos, cuja ação até então era segmentada ou justaposta, com perda de eficiência e de efetividade das políticas.<sup>2</sup>

Um problema capital a ser enfrentado por todos os níveis de governo ao se deparar com a agenda presente e futura no âmbito da triangulação juventude, educação e trabalho é a recorrência dos jovens que não trabalham e não estudam (comumente denominados por “nem-nem”), correspondente a 11,61% da população entre 15 e 24 anos segundo dados do PNUD de 2010. A questão que se coloca é complexa e está além desse percentual. Conceitos amplos e históricos, como educação ou trabalho, outrora conquistas da classe trabalhadora e direitos assentados em diplomas legais, deixam de ser incorporados às narrativas de trajetórias pessoais de jovens, e muitos que, ainda assim trabalham ou estudam de modo precarizado, o fazem sem conexão futura. A situação apresenta um encadeamento de problemas aparentemente sem relação, desde o aumento do encarceramento juvenil até a baixa produtividade do trabalhador brasileiro.

Supondo que a inserção de jovens no mercado de trabalho e devidamente preparados seja um interesse generalizado e bem-intencionado, individualmente para a tradução dos direitos à sua efetivação de legítima cidadania, e coletivamente inserido na estratégia de elevar competitivamente o país, gerar riqueza e distribuir dividendos sociais, há desafios que são compartilhados de forma ampla não apenas entre os níveis governamentais, mas também entre o poder público e a sociedade civil. Convém ao primeiro, portanto, uma agenda pela qual o protagonismo compartilhado em diversas esferas vá ao encontro de suas responsabilidades, sobretudo com o protagonismo do poder público municipal. Em que pesem as dificuldades para o desenvolvimento dessa agenda,

dissertar sobre poder público municipal ou, em melhor, na sua construção acerca do poder para os municípios, é adentrar em tópicos como descentralização e regionalização do poder estatal, itens de máxima importância. Objeto de intensos debates, a descentralização do poder estatal, especialmente no que concerne aos municípios, é matéria sempre em pauta nas discussões constitucionais.<sup>3</sup>

Alheia aos entraves do federalismo brasileiro e às possibilidades de maior desenvolvimento por conta de uma agenda mais rica em termos de papéis assumidos, a Aprendizagem Profissional revela-se como um

<sup>1</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>2</sup> FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, p. 119-144, 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6364>. Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>3</sup> MINHOTO, Antonio C. B. Federalismo, estado federalista e a revalorização do município: um novo caminho para o século XXI? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 51-64, 2013. Disponível em: [https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/2214/pdf\\_1](https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/2214/pdf_1). Acesso em: 30 dez. 2018. p. 60.

profícuo veículo de transição entre os mundos da educação e do trabalho. Iniciativa de caráter internacional e existente há séculos, configura-se, distintamente, entre os países e revela resultados, também, diversos.

## 2.1 Aprendizagem profissional e o descompasso com a realidade produtiva

Aprendizagem Profissional é uma política pública de responsabilidade do Ministério do Trabalho que visa qualificar jovens entre 14 e 24 anos, normalmente de baixa renda, objetivando sua inserção no mercado de trabalho. Para tanto, frequentam cursos de formação profissional nos Serviços Nacionais de Aprendizagem e, supletivamente à capacidade de atendimento destes, em escolas técnicas e entidades sociais.

Complementarmente às ações desenvolvidas nas entidades formadoras, os jovens realizam atividades práticas relacionadas ao curso em empresas, competindo às primeiras responsabilizar-se pelo planejamento e pela qualidade do programa de formação profissional ao longo de todo o processo<sup>4</sup>. As empresas estabelecem relação formal de emprego com o jovem, na condição de aprendiz, remunerando-o conforme jornada-hora definida pelo piso federal, e os contrata por exigência de lei federal que determina cota por estabelecimento.<sup>5</sup>

A cota se refere a um percentual entre 5 e 15% do total dos empregados do estabelecimento, excetuando os cargos de liderança, de nível técnico e superior. Compete aos auditores-fiscais do trabalho fomentar a política pública, apurar o cumprimento da cota e os requisitos burocráticos para que as entidades sociais estejam adimplentes no que concerne ao direito ao exercício do papel supletivo aos Serviços Nacionais de Aprendizagem<sup>6</sup>.

A Aprendizagem Profissional também é objeto de atenção do Ministério Público do Trabalho, que o fomenta na condição de ferramenta de inclusão para resgatados de casos de trabalho infantil e outros públicos vulneráveis, além de investigar situações omissas no cumprimento das cotas pelos atores envolvidos ou eventuais casos de precarização das relações de trabalho motivados por denúncias.

A formação profissional que ampara a relação de trabalhista especial é um curso que, essencialmente, se propõe a mobilizar saberes, atitudes e habilidades para que o jovem receba um certificado de qualificação profissional reconhecido no mercado de trabalho (assistente administrativo, eletricista geral, camareiro etc.), pois deve coincidir com uma atividade prevista na Classificação Brasileira de Ocupações.

Ressalta-se que o empregador não contrata os aprendizes por deliberalidade, mas pela existência da cota compulsória existente desde 1942 (embora muito alterada, principalmente após o marco legal de 2000). Ainda que a alíquota do FGTS relacionada ao mantenedor do contrato de aprendizagem seja reduzida de 8 para 2%, não há ação do Estado que estimule a contratação ou apele à boa vontade senão pela sanção do agente fiscal. Nesse sentido, a coerção que caracteriza o efeito compulsório da cota é suavizada pela tentativa de prevalência do conceito da responsabilidade social empresarial, discurso compartilhado entre agentes públicos e agentes mobilizadores de entidades sociais.

Embora empresas relutem em cumprir a cota de aprendizes aproveitando as lacunas da fiscalização do trabalho, o conceito de responsabilidade social pode encontrar eco em algumas empresas que possuem iniciativas de investimento social privado.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei n. 10.097, de 19 de dez. 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2000, n. 244-E, p. 1, 20 dez. 2000. Seção I, parte 1.

<sup>5</sup> Micro e pequenas empresas são dispensadas da contratação de aprendizes. BRASIL. Lei Complementar n. 123, de 14 de dez. 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis ns. 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943, da Lei n. 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar n. 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis ns. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2006, n. 240, p. 1, 15 dez. 2006. Seção I, parte 1.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 10.097, de 19 de dez. 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2000, n. 244-E, p. 1, 20 dez. 2000. Seção I, parte 1.



Como resultado desse cenário, segundo dados da RAIS, o Brasil apresentou cerca de 370 mil aprendizes ao término de 2017, quantidade significativamente inferior a países com economia menor que a brasileira e sem cota compulsória de aprendizes, como Suíça (proporcionalmente em relação à força de trabalho<sup>7</sup>) e Áustria (em números brutos<sup>8</sup>). Além disso, há grande concentração de aprendizes em ocupações que não se configuram como críticas ao mercado de trabalho e algumas que tampouco sinalizam perspectiva de itinerário formativo que denote complexidade ao ponto de pavimentar uma futura trajetória de desenvolvimento profissional.

Nesse sentido, questiona-se tanto a pertinência de cursos como “gandula”, “frentista” ou “empacotador de supermercado”, os quais correspondem a ocupações que inexistem em países desenvolvidos, mas também pelo índice de 64% de aprendizes em 2017 na condição de trabalhadores de rotinas administrativas<sup>9</sup>, ao passo que se discute como a educação brasileira se prepara para lidar com as exigências da Indústria 4.0.

A recorrência de ocupações dessa natureza é justificada pela simplicidade da formação profissional a cargo de muitas entidades formadoras, com baixa mobilização de recursos humanos e tecnológicos para oferecimento de um perfil profissional que seja minimamente constituído e com maior trânsito no mercado de trabalho. As empresas, por sua vez, valendo-se historicamente de contingente de desempregados, não associam a Aprendizagem Profissional a um dispositivo para elidir gargalos de mão de obra, de forma que o cumprimento da cota compulsória se dá prioritariamente pela pressão do Estado e marginalmente de forma voluntária por meio de projetos assistenciais, como já abordado.

Em ambos os casos, no entanto, a política pública brasileira é prejudicada por um sensível descolamento de relação entre oferta e demanda, isto é, não há motivação para o cumprimento voluntário da cota pelas empresas a qual predomine uma visão objetiva dos empregadores para que demandassem efetivamente a formação profissional que preenchesse lacunas de mão de obra qualificada<sup>10</sup>.

## 2.2 Experiências internacionais em contraste ao modelo brasileiro

Em estudo anterior que buscou analisar histórica e criticamente a Aprendizagem brasileira bem como compará-la a outras iniciativas em diversos países, há dois aspectos que convergem para esta discussão: a responsabilização de níveis infranacionais da administração pública e os sistemas de financiamento<sup>11</sup>. Tradicionalmente, na Europa, a política pública é operacionalizada por complexas estruturas que envolvem responsabilidades compartilhadas entre o poder público e a esfera privada. Dessa forma, publicações de agências de fomento buscam disseminar a experiência europeia ressaltando a interdependência dos atores, compartilhamento de despesas e a importância da governança na construção e manutenção de uma política pública democrática e em constante evolução<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> A Suíça apresentou, em 2016, 240 mil aprendizes para uma força de trabalho de 4,9 milhões de pessoas em 2016, o que corresponde a 4,89% deste contingente. SWARS. Erik. *SFIVET - Swiss excellence in vocational education and training*. 7 nov. 2017. Palestra no Instituto Fernando Henrique Cardoso. Disponível em: <http://fundacaoofhc.org.br/audios/ensino-tecnico-o-que-podemos-aprender-com-a-austria-e-a-suica>. Acesso em: 28 mar. 2018. No Brasil o índice é de 0,35%, segundo dados da RAIS de 2018 com a complementação dos dados do CAGED.

<sup>8</sup> A Áustria apresentou cerca de 600 mil aprendizes em 2016. ELSIK, Monika. *WIFI - Institute for Economic Promotion of the Austrian Federal Economic Chamber*. 7 nov. 2017. Palestra no Instituto Fernando Henrique Cardoso. Disponível em: <http://fundacaoofhc.org.br/audios/ensino-tecnico-o-que-podemos-aprender-com-a-austria-e-a-suica>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<sup>9</sup> Segundo dados da RAIS, o ano de 2017 encerrou com 192 vínculos de aprendizes de gandula, 732 como aprendizes de frentista e 6,4 mil aprendizes de embalador à mão. Além disso, computa-se o total de 237 mil aprendizes registrados na família ocupacional de escriturários, referente a assistentes administrativos.

<sup>10</sup> VELOSO, José R. P. *Aprendizagem: metamorfose de uma política pública de educação e trabalho dirigida à juventude brasileira*. 2015. Dissertação (Mestrado em Gestão de Políticas Públicas) - Escola de Artes, Ciências e Humanidades, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: doi:10.11606/D.100.2015.tde-23052015-112340. Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>11</sup> VELOSO, José R. P. *Aprendizagem: metamorfose de uma política pública de educação e trabalho dirigida à juventude brasileira*. 2015. Dissertação (Mestrado em Gestão de Políticas Públicas) - Escola de Artes, Ciências e Humanidades, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: doi:10.11606/D.100.2015.tde-23052015-112340. Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>12</sup> EUROPEAN COMMISSION. *High-performance apprenticeships & work-based learning: 20 guiding principles*. 2016. Disponível

Diversos países europeus apresentam sistemas que combinam centralização das funções regulatórias da política pública, assim como o Brasil, mas diferenciam-se pela autonomia em níveis regionais e locais. Nesses casos, há articulações entre câmaras de comércio, empresas e o governo de províncias que articulam meios para apoio à formação de aprendizes, dentre os quais, subsídios que apoiem a realização de atividades práticas na empresa, manutenção de equipamentos públicos para oferta de parte da formação profissional, suporte aos jovens em termos de orientação vocacional e supervisão da prática profissional nas empresas<sup>13</sup>.

Para exemplificar o papel complementar do poder público local, o modelo alemão, mundialmente reconhecido como promotor do sistema dual (cuja formação profissional é literalmente compartilhada entre escolas profissionalizantes e empresas) apresenta uma sistemática na qual organismos autônomos, em colaboração com o poder público provincial na coordenação de ações, compõem estruturas em rede denominadas “*verbundausbildung*”, constituídas por empresas de pequeno porte que compartilham os aprendizes e os locais de formação prática para atendimento aos requisitos do currículo de formação<sup>14</sup>.

Essa ação revela que a política pública na Alemanha vislumbra situações que fogem à lógica de gestão de mecanismos genéricos de qualificação ao considerar as demandas de pequenas empresas por mão de obra qualificada e, para tanto, vale-se do poder público local, mais próximo da realidade daquelas, para o devido provimento de soluções. Assim, com amplo fomento e articulações em prol da eficácia da política pública, a Alemanha registrou, em 2013, cerca de 1,4 milhão de aprendizes sem a exigência de cotas compulsórias<sup>15</sup>.

O Canadá é um exemplo fora da Europa que apresenta ampla articulação entre o governo central e as províncias na condução da política pública. Ainda que o órgão federal canadense assumo o papel de promotor nacional e curador da qualidade da formação profissional, a autoridade para gestão dos programas é totalmente descentralizada no âmbito das 13 províncias para o desenvolvimento de ocupações mediante critérios que julgarem pertinentes à sua realidade local. Inexiste, portanto, uma política pública nacional de Aprendizagem, mas diversas políticas provinciais. O governo federal provê incentivo financeiro às empresas para abertura de vagas de aprendizes, no entanto, as províncias podem complementar esses subsídios para fomentar a contratação de públicos que atendam a determinados segmentos produtivos, minorias étnicas ou público mais jovem.

Complementarmente, considerando a autonomia das províncias, o Canadá dispõe de um programa nacional denominado *Red Seal* para a manutenção de um sistema de reconhecimento das qualificações que garanta a mobilidade da força de trabalho e promova casos de sucesso de articulação entre iniciativas provinciais e empresas. Como resultado, sem exigência de cota compulsória, apresentou 445 mil aprendizes em 2012<sup>16</sup>.

Ações dessa envergadura não existem no Brasil uma vez que os governos estaduais e municipais consideram a política pública como ação de competência da autoridade federal, sem previsão legal para assunção de um papel indutor, coordenador ou financiador em âmbito regional ou local. Trata-se, entretanto, de um equívoco. As instâncias inferiores desde que não contradigam o texto legal federal, não há teor que iniba a

---

em: <http://www.cedefop.europa.eu/hr/toolkits/vet-toolkit-tackling-early-leaving/resources/high-performance-apprenticeships-work-based>. Acesso em: 20 mar. 2018.

<sup>13</sup> EUROPEAN CENTRE FOR THE DEVELOPMENT OF VOCATIONAL TRAINING. *Governance and Financing of Apprenticeships*. Luxembourg: Publications Office. Cedefop research paper, n. 53. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2801/2010552016>. Acesso em: 20 mar. 2018.

<sup>14</sup> SMITH, Erica; KEMMIS, Ros B. *Towards a model apprenticeship framework: a comparative analysis of national apprenticeship systems*. Geneve: International Labour Office: World Bank, 2013. Disponível em: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---sronew\\_delhi/documents/publication/wcms\\_234728.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---sronew_delhi/documents/publication/wcms_234728.pdf). Acesso em: 7 mar. 2014.

<sup>15</sup> LE MOUILLOUR, Isabelle; SCHNEIDER, Verena. ERASMUS Project “National Authorities for Apprenticeships: Policy learning and support to promoting apprenticeship systems and VET policy experimentation under the European Alliance for Apprenticeship”. *Apprenticeship Toolbox*. 2015. Disponível em: <https://www.apprenticeship-toolbox.eu/germany/country-report-germany>. Acesso em: 20 mar. 2018.

<sup>16</sup> FRANK, Kristyn; JOVIC, Emily. National Apprenticeship Survey: Canada Overview Report, 2015. *Minister of Industry*. 2017. Disponível em: <http://www.statcan.gc.ca/pub/81-598-x/81-598-x2017001-eng.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

ação estadual ou municipal de atuar em seu complemento<sup>17</sup>. Logo, não se tratando a Aprendizagem Profissional como matéria de interesse do município, perde-se uma oportunidade de ganho institucional à gestão pública:

Finalizando esse argumento, cabe frisar que a municipalização pode aumentar a eficiência na alocação de recursos e na implementação das políticas, especialmente se tomada como contraponto da centralização das ações, algo que se torna mais ineficiente diante do tamanho do país e de suas especificidades locais.<sup>18</sup>

## 2.3 Avaliação da política pública e iniciativas municipais

O Banco Mundial problematiza questões de eficácia em políticas públicas que relacionam educação e trabalho ao identificar três problemas: “*demanda por mão de obra fortemente distorcida e com um viés para procurar mão de obra não qualificada, a baixa qualidade do sistema educacional e percepções incorretas sobre o real retorno da educação*”<sup>19</sup>. Partindo-se dessas premissas, torna-se possível avaliar a Aprendizagem Profissional sobre alguns aspectos.

Em termos de planejamento de recursos, o investimento do Estado se dirige, exclusivamente, ao suporte às ações de fiscalização do trabalho<sup>20</sup>, uma vez que a formação profissional compete a entidades privadas e não há subsídio ao empregador (apenas diminuição da alíquota de FGTS do aprendiz sem complemento do tesouro público). Considerando-se que o Estado não tem reposto o contingente de auditores-fiscais do trabalho<sup>21</sup> e planeja reduzir as ações de fiscalização buscando, a despeito disso, aumentar as notificações e contratos de aprendizagem firmados<sup>22</sup>, tais disposições já corroboram uma discussão sobre eficiência.

Em recente relatório publicado pelo IPEA em 2016, a eficácia da Aprendizagem brasileira foi problematizada em vários aspectos após realização de pesquisa com jovens egressos dos programas ao avaliar sua aderência às empresas até então contratantes. Após analisarem a possível correlação entre a não permanência do jovem na empresa com a ocupação objeto da formação profissional, os autores da pesquisa apresentaram uma restrição que pode levar à não efetivação dos jovens:

Se o processo produtivo de um conjunto de estabelecimentos não requer o uso de mão de obra com o perfil tipicamente encontrado na faixa etária dos aprendizes, então a contratação deles representaria uma imposição da lei, e não uma decisão autônoma do empregador. Nesse sentido, é esperável que os empregadores que não necessitam de trabalhadores com o perfil típico dos jovens para operar seus negócios não tenham incentivo para efetivar os aprendizes que têm que contratar. Naturalmente, quanto maior a proporção de empresas que não necessita de trabalhadores com o perfil dos jovens para operar, menor será a parcela do total de aprendizes que permanece nas empresas após o fim do contrato de aprendizagem. É difícil dizer qual a proporção de empresas que não contratariam jovens na ausência da lei do aprendiz, mas é possível que boa parte da reduzida parcela dos aprendizes que permanecem nas mesmas empresas seja explicada pela própria estrutura da demanda por trabalho por faixa etária das empresas.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> AMARAL JÚNIOR, José L. M do. Processo Legislativo Municipal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 28-40, 2015. Disponível em: [https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3631/pdf\\_1](https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3631/pdf_1). Acesso em: 30 dez. 2018.

<sup>18</sup> ABRUCIO, Fernando L. A dinâmica federativa na educação brasileira: diagnóstico e propostas de aperfeiçoamento In: OLIVEIRA, Romualdo P. SANTANA, Wagner (org.) *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010. Disponível em: [http://josenorberto.com.br/josenorberto/Educação\\_Federalismo\\_Brasil.pdf#page=37](http://josenorberto.com.br/josenorberto/Educação_Federalismo_Brasil.pdf#page=37). Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>19</sup> BANCO MUNDIAL. *Competências e empregos: uma agenda para a juventude*. 2018. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/953891520403854615/Síntese-de-constatações-conclusões-e-recomendações-de-políticas>. Acesso em: 7 mar. 2018.

<sup>20</sup> Concorre com a Aprendizagem Profissional outras políticas públicas que são objeto de fiscalização do trabalho. Consulta ao Portal da Transparência do Governo Federal não apontou despesa específica relacionada à Aprendizagem Profissional.

<sup>21</sup> VAZ, Dâmares. *Concurso para Auditor-Fiscal do Trabalho é questão urgente para o país e o trabalhador*. Sítio Eletrônico do Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais do Trabalho. 1 fev. 2018. Disponível em: <https://www.sinait.org.br/site/noticia-print?id=15373>. Acesso em: 1 fev. 2018.

<sup>22</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria n. 1.219 de 29 de nov. 2017. Aprova o planejamento estratégico do Ministério do Trabalho para o período de 2017 a 2019 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2017, n. 229, p. 183, 30 nov. 2017. Seção I, parte 1.

<sup>23</sup> CORSEUIL, Carlos H.; FOGUEL, Miguel; GONZAGA, Gustavo. *A Aprendizagem e a inserção de jovens no mercado de trabalho*:

Os autores evidenciam, portanto, que há um descompasso entre a expectativa do Estado e o interesse das empresas. A despeito dos resultados divulgados pelo Ministério do Trabalho, uma parcela pequena dos jovens brasileiros tem firmado contratos de aprendizagem e o fazem sem aderência às empresas promotoras das oportunidades. Por fim, questiona-se se os mecanismos atuais da política pública brasileira a fortalecem como oportunidade efetiva aos jovens para se profissionalizarem, ingressarem e se manterem no mercado de trabalho. Essa reflexão motivou o poder legislativo de alguns municípios a buscar soluções para apoiar a empregabilidade dos jovens na condição de aprendizes.

A cidade de Paulínia-SP, por exemplo, por meio da lei municipal nº 3.101 de 2010, instituiu o selo de responsabilidade social de “empresa amiga do aprendiz”, restrito a uma homenagem às empresas que cumprirem a determinação legal<sup>24</sup>. É mais expressiva, no entanto, a lei nº 3.111 de 2010 a qual estabeleceu o programa municipal de aprendizagem profissional no âmbito da administração pública direta, de forma que o jovem seja contratado na condição de aprendiz para desenvolver atividades de natureza administrativa na administração pública<sup>25</sup>. Cabe ressaltar, ainda, que, na eventualidade de concessões de incentivos fiscais ou terreno público às empresas que venham a se instalar em Paulínia, os diplomas legais sempre mencionam que a beneficiária deverá comprovar a destinação de parte de suas vagas de empregos a jovens aprendizes nos termos da lei federal<sup>26</sup>.

Em Sorocaba-SP, por sua vez, a lei municipal nº 11.551 de 2017 (com nova redação dada pela lei nº 11.609 do mesmo ano) obriga as empresas que tenham contratos com o município a comprovarem o cumprimento de cotas de aprendizes<sup>27</sup>. Já o município de Cubatão-SP, em objetivo análogo ao de Paulínia, firmou convênio com uma entidade social para que esta venha a prover jovens na condição de aprendizes para que desenvolvam atividades práticas em empresas de economia mista do município e órgãos da administração direta, ressaltando não haver ônus ao tesouro municipal. A lei nº 3.571 de 2012 que promulgou essa parceria, no entanto, não menciona quem arcará com as despesas trabalhistas e previdenciárias dos jovens<sup>28</sup>.

Iniciativa diferenciada, porém, é a realizada em São Carlos-SP. Buscando articular-se com diversas entidades formadoras da cidade, o executivo municipal promove eventos e cartilhas de esclarecimento em prol da contratação de aprendizes por empresas da região. A secretaria municipal do trabalho buscou contribuir com o aumento das contratações de aprendizes ao criar um fórum municipal entre órgãos públicos (não exclusivamente na alçada municipal) e entidades formadoras para promover a política pública e chamar a atenção das empresas<sup>29</sup>.

---

uma análise com base na RAIS. Brasília: Ipea, 2016. (Relatório de pesquisa). Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7404>. Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>24</sup> PAULÍNIA (Município). *Lei n. 3.101, de 23 de jul. 2010*. Cria no âmbito municipal o selo de responsabilidade social denominado “empresa amiga do aprendiz”. Sítio Eletrônico da Câmara Municipal Paulínia, 2010. Disponível em: <http://consulta.siscam.com.br/camarapaulinia/arquivo?Id=36314>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<sup>25</sup> Esse programa foi orçado em R\$ 672 mil reais à época da promulgação legal, rubricado em subconta orçamentária referente à área de concessão de bolsas de estudos como assistência ao menor.

<sup>26</sup> PAULÍNIA (Município). *Lei n. 3.111, de 22 de set. 2010*. Institui o programa municipal de aprendizagem profissional da administração pública direta e dá outras providências. Sítio Eletrônico da Câmara Municipal de Paulínia, 2010. Disponível em: <http://consulta.siscam.com.br/camarapaulinia/arquivo?Id=36305>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<sup>27</sup> SOROCABA (Município). *Lei n. 11.551, de 21 de jul. 2017*. Obriga a Prefeitura Municipal de Sorocaba a contratar empresas que cumpram o Decreto nº 5.598, de 1º de dezembro de 2005, que regulamenta a contratação de aprendizes e dá outras providências e a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, em seus artigos 402, 403, 428, 429, 430, 431, 432 e 433. Sítio Eletrônico da Câmara Municipal de Sorocaba, 2017. Disponível em: [http://www.camarasorocaba.sp.gov.br/sitecamara/proposituras/verpropositura?numero\\_propositura=11551&tipo\\_propositura=1](http://www.camarasorocaba.sp.gov.br/sitecamara/proposituras/verpropositura?numero_propositura=11551&tipo_propositura=1). Acesso em: 28 mar. 2018.

<sup>28</sup> Pesquisa no site do Portal da Transparência do Município de Cubatão, no entanto, não aponta que esse convênio esteja vigente em 2018. CUBATÃO (Município). *Lei n. 3.571, de 20 de dez. 2012*. Autoriza o Poder Executivo a celebrar Convênio de Cooperação Sócio-Educativa com o Centro de Aprendizagem Metódica e Prática Mário dos Santos - CAMP, e dá outras providências. Sítio Eletrônico da Câmara Municipal de Cubatão, 2012. Disponível em: <http://consulta.siscam.com.br/camaracubatao/Normas/Exibir/9774>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<sup>29</sup> Uma busca no portal de transparência do município apontou que a secretaria do trabalho empenhou R\$ 35 mil anuais para despesas referentes à promoção do direito da juventude, o que equivale a 1,23% do orçamento atualizado daquela secretaria para o ano de 2018. SÃO CARLOS (Município). *São Carlos assume desafio de ser referência em Aprendizagem Profissional*. São Carlos, SP, 2017.



Observa-se que as iniciativas discriminadas circunscrevem o apoio do poder público municipal ao cumprimento de cotas de aprendizes sem problematizar se os jovens terão maior ou menor chance de efetivação após o término da relação de aprendizagem. Em que pesem eventuais resultados quantitativos no aumento de contratos celebrados em determinadas cidades, é inegável que sua disseminação não planejada ao considerar a demanda pode provocar um efeito deletério no aumento de ocupações que não implicam em absorção no mercado de trabalho, engrossando os números de desemprego juvenil municipal quando os contratos chegarem a termo. Um caminho colocado para evitar que a iniciativa municipal atue apenas em um lado da balança é sugerida em relatório do IPEA:

Mas a política pública pode, em alguma medida, alterar essa estrutura de demanda na direção dos jovens, alterando o perfil de qualificação desse grupo. Para tanto, é necessário atuar sobre o grau de substituição entre trabalhadores jovens e adultos no processo produtivo. Isso poderia ser realizado através da melhoria da qualidade dos cursos de qualificação dos aprendizes (ou dos jovens em geral), o que os tornaria mais produtivos e, portanto, mais atrativos para as empresas.<sup>30</sup>

Há, portanto, pertinência em avaliar sistematicidade e coordenação de ações entre as instâncias federal, estadual e municipal, de sorte que a última tenha maior capacidade de ajuste fino da relação oferta e demanda de profissionais qualificados de sua região, sobretudo da massa de trabalhadores que seja crítica à constituição do valor adicionado do município, sem prejuízo de uma coordenação integrada em âmbito estadual.

### 3 Uma proposta de sistema de Aprendizagem Profissional

Se a Aprendizagem Profissional foi revigorada em 2000 à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>31</sup>, cabe ressaltar que, nos termos de Abrucio<sup>32</sup>, dos cinco pilares básicos da Constituição Federal<sup>33</sup> que promoveram o desenvolvimento de políticas públicas no Brasil, como a universalização das políticas, democratização da gestão estatal, profissionalização da burocracia, descentralização e municipalização das políticas, principalmente os dois últimos vão ao encontro desta proposta.

Considerando-se que no Brasil vigoram políticas públicas operacionalizadas de acordo com o regime federalista, nada obsta que a Aprendizagem Profissional também evolua nessa direção na condição de uma política pública descentralizada e não regulada, isto é, aquela na qual a execução (*policy-making*) está associada à autonomia decisória dos governos subnacionais (*policy decision-making*)<sup>34</sup>. Afinal, em prol do desenvolvimento da política pública, a sociedade teria mais de um agente governamental legítimo não apenas na definição e elaboração da política pública no que concerne à responsividade, mas para propiciar ações cooperativas e negociadas entre diversos níveis de governo na busca de maior eficiência e eficácia, sobretudo ao considerar a heterogeneidade e as especificidades dos municípios. Afinal,

o grau de descentralização e a forma como esta se dá são também afetados por uma dinâmica política e social interna a cada localidade, em que têm lugar relevante as pressões exercidas pela sociedade civil

Sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de São Carlos. Disponível em: <http://www.saocarlos.sp.gov.br/index.php/noticias-2017/171109-sao-carlos-assume-desafio-de-ser-referencia-em-aprendizagem-profissional.html>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<sup>30</sup> CORSEUIL, Carlos H.; FOGUEL, Miguel; GONZAGA, Gustavo. *A Aprendizagem e a inserção de jovens no mercado de trabalho: uma análise com base na RAIS*. Brasília: Ipea, 2016. (Relatório de pesquisa). Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7404>. Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>31</sup> BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de jul. 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1990, n. 135, p. 13.563, 16 jul. 1990. Seção I, parte 1.

<sup>32</sup> ABRUCIO, Fernando L. A dinâmica federativa na educação brasileira: diagnóstico e propostas de aperfeiçoamento In: OLIVEIRA, Romualdo P. SANTANA, Wagner (org.) *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010. Disponível em: [http://josenorberto.com.br/josenorberto/Educação\\_Federalismo\\_Brasil.pdf#page=37](http://josenorberto.com.br/josenorberto/Educação_Federalismo_Brasil.pdf#page=37). Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>33</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>34</sup> ARRETICHE, Marta. Federalismo e igualdade territorial: uma contradição em termos? *Revista de Ciências Sociais* [en línea] 2010, 53. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=21817696003>. Acesso em: 10 fev. 2018

sobre o governo local e o próprio projeto político de cada gestão.<sup>35</sup>

A proposta a seguir dirige-se para uma articulação técnica entre o interesse da administração pública municipal com vistas a criar mecanismos de provimento de mão de obra qualificada senão ao arranjo produtivo local (se existente), ao menos os setores econômicos que motivam significativo valor adicionado do município com risco de gargalos de mão de obra qualificada, concebido de modo articulado à iniciativa de combate ao desemprego juvenil. A estratégia é a constituição de uma agenda que mobilize as secretarias municipais como desenvolvimento econômico, trabalho, assistência social e educação a atuarem de forma integrada. Nesse sentido, é imprescindível que o executivo municipal:

1. Tenha instrumentos para identificar e acompanhar os setores econômicos privados que mais agregam valor ao PIB municipal;
2. Disponha de servidores capacitados (economistas, sociólogos etc.) a realizar pesquisas e análises de mercado de trabalho em bancos de dados;
3. Se articule com o poder legislativo municipal para a propositura de projetos de lei com a temática de subsídios dirigidos e com vigência definida;
4. Se articule com entidades formadoras competentes e com as unidades descentralizadas do Ministério do Trabalho para dinamizar a iniciativa e avaliar seu andamento;
5. Crie mecanismos de avaliação e tenha condições de composição de série histórica.

### 3.1 Município de Cajati

A título de estudo de caso, consideremos preliminarmente o município de Cajati, localizado no Vale do Ribeira no Estado de São Paulo. Com apoio da tabela 1, uma vez que a indústria de transformação apresenta alto valor adicionado e quantidade significativamente menor de empregados que o setor de serviços, a premissa é que a indústria de transformação apresenta maior dificuldade em obter e manter mão de obra qualificada se comparada ao setor de serviços.

O argumento-chave é o fomento do poder público municipal às empresas que devem manter aprendizes para a contratação direcionada às ocupações críticas relacionadas à sua atividade econômica. A análise se aprofunda na medida em que cada setor econômico é esmiuçado para identificar os setores ou até os segmentos econômicos mais relevantes em contraste com as ocupações mais recorrentes de nível técnico ou inferior (qualificado ou semiquualificado), aquelas que são objeto de formação profissional no âmbito dos cursos que se prestam ao atendimento da legislação da Aprendizagem Profissional.

Um dos setores mais importantes em termos de pagamento de impostos no município é o setor químico, com concentração de poucas e grandes empresas. Segundo dados da RAIS, o segmento de fabricação de produtos químicos inorgânicos contava com 135 operadores de processos em 2016. Para mensurar a mão de obra futura, conforme disposto por Lima e Assis<sup>36</sup>, leva-se em consideração o crescimento da mão de obra em determinada ocupação nos últimos cinco anos, acrescida à taxa de reposição anual de mão de obra (frequentemente na ordem de 3%).

Assim, se a ocupação de operadores de processos do segmento em questão apresentou uma evolução de 13% no período (2012 a 2016), esse percentual agregado à taxa de reposição anual (5 x 3%) implicaria a necessidade de 38 trabalhadores qualificados de operadores de processos químicos (isto é, 28% de 135).

Identificada a ocupação crítica e a quantidade de reposição, cabe a proposição do mecanismo de incen-

<sup>35</sup> FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, p. 119-144, 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6364>. Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>36</sup> LIMA, Márcia H; ASSIS, Marisa de. *Pesquisa e Análise da Demanda por Educação Profissional*. 3. ed. Brasília, SENAI-DN, 2001

tivo. Uma análise no demonstrativo de programas e ações governamentais do município referente ao exercício de 2015 indica o empenho de R\$ 201 mil na subconta referente ao “apoio ao ensino médio, superior e profissional” e R\$ 76 mil na subconta de “subvenções, auxílios e contribuições”. Ambas as despesas estão inscritas no programa nº 18 (“Cajati Mais Educação”). Além disso, apresentou a despesa de R\$ 183 mil na manutenção de escola profissionalizante municipal (vinculada ao programa nº 20, homônimo), sob responsabilidade da secretaria de educação<sup>37</sup>.

**Tabela 1 - Dados sobre o Município de Cajati - SP**

População*	28 mil
% de população urbana*	73%
% de população maior de 18 anos com ensino fundamental completo*	55%
% de população maior de 18 anos com ensino médio completo*	38%
% de maiores de idade ocupados*	61%
% de jovens entre 15 e 24 anos ocupados*	24%
% de jovens entre 15 e 24 anos que não trabalham nem estudam*	17%
% da população empregada no setor agrícola*	15%
% da população empregada na indústria de transformação*	9%
% da população empregada na construção civil e pesada*	12%
% da população empregada no comércio*	15%
% da população empregada em serviços*	37%
% da indústria no valor adicionado do município**	44%
% dos serviços no valor adicionado do município**	43%

Fontes: \* PNUD, 2010; \*\* Fundação SEADE, 2015

Especificamente para esse exemplo, uma vez que o poder público municipal mantém uma estrutura de formação profissional própria, tem condições de apurar o custo aluno / hora para a formação profissional. Como a Aprendizagem Profissional é desenvolvida por entidades formadoras e se complementa com atividades práticas na empresa, sugere-se que o custo aluno/hora da prática profissional seja subsidiado referente à carga horária das atividades na empresa. Assim, a título de exemplo, supondo que o custo de formação equivalha a R\$ 10,00 aluno/hora, e a formação profissional a ser desenvolvida na entidade formadora implique 400 horas, conforme legislação<sup>38</sup>, o jovem poderá realizar até 932 horas de prática na empresa. No exemplo, a proposta é que a previsão legal apresente:

<sup>37</sup> CAJATI (Município). *Transparência*. Programas e ações do governo. Sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Cajati. 2018. Disponível em: [http://www.cajati.sp.gov.br/novo\\_site/index.php?nivel=0&exibir=transparencia&ID=196](http://www.cajati.sp.gov.br/novo_site/index.php?nivel=0&exibir=transparencia&ID=196). Acesso em: 28 mar. 2018.

<sup>38</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria n. 723 de 23 de abr. 2012. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2012, n. 79, p. 45, 24 abr. 2012. Seção I, parte 1.

a) Subsídio no valor de R\$ 9.320,00 (isto é: R\$ 10,00 x 932 horas) para cada jovem que as empresas do setor químico da região (comprovado nos termos da atividade principal declarada no CNAE da inscrição de CNPJ na Receita Federal) contratarem na condição de aprendiz (da ocupação de operadores de processos químicos), cujo valor será fracionado em tantos meses quanto durar seu curso de formação profissional coincidente com seu contrato de aprendizagem.

Assim, para um curso que se desenvolva por 12 meses (atividades simultâneas na entidade formadora e na empresa), seu subsídio será na ordem de R\$ 776,67 mensais (isto é, R\$ 9.320,00 / 12 meses), o qual pode ser abatido por qualquer imposto municipal que compete à empresa recolher mensalmente.

b) Como o cálculo de reposição indicou 38 trabalhadores, o incentivo municipal chegará ao seu limite quando for esgotada esta quantidade de contratos de aprendizagem para operadores de processos químicos. Assim, vislumbra-se que o montante orçado será de R\$ 354.160,00 (isto é, R\$ 9.320,00 x 38 aprendizes).

Portanto, uma única empresa pode valer-se de todo esse benefício (contratando todos os aprendizes) ou várias podem assumir esse papel. A situação é indiferente, pois, uma vez já qualificado em uma ocupação identificada como crítica, o jovem terá mobilidade de trabalho entre as empresas.

c) O cálculo de reposição de 38 trabalhadores levou em consideração dados de mercado de trabalho que agregam uma diferença no espaço de cinco anos. Para o ano seguinte, as quantidades podem mudar.

Dessa forma, é importante que o estudo das ocupações críticas seja regular e que a legislação que ampare o benefício também seja atualizada, sob risco de concessão de incentivos a um setor que não mais faz jus a esse benefício. Para dar maior transparência ao processo, um caminho é a instalação de comissões permanentes para avaliação e regulamentação desta iniciativa no âmbito das câmaras municipais<sup>39</sup>.

Vale ressaltar a importância de qualificar para o trabalho na perspectiva da empresa. Considerando o salário mínimo federal vigente em 2018, competirá ao empregador remunerar o aprendiz no valor de R\$ 12.402,00 para um ano de contrato (incluindo o 13º salário sem encargos). Deduzindo esse valor do subsídio colocado pelo poder público municipal, o custo de manutenção do aprendiz é reduzido para R\$ 3.082,00.

Deve-se ressaltar que o resultado da formação para o trabalho de um aprendiz perfaz a disponibilidade de um jovem sem vícios de tarefas de trabalho, devidamente qualificado e motivado para empreender uma carreira. A alternativa ao empregador é buscar esse profissional no mercado. No entanto, o custo de requalificação profissional, eventual salário de oportunidade (maior que o piso federal) bem como o valor de multa pelo não cumprimento da cota podem ser maiores do que o custo de manutenção do aprendiz apurado no cálculo acima, configurando-se como vantajoso ao empregador.

Para contornar a hipótese da iniciativa municipal em contemplar um público jovem que seria inserido no mercado de trabalho independentemente desse esforço do poder público, e relembando o alto índice de jovens que não estudam nem trabalham em Cajati, complementa-se a proposta de forma que o subsídio seja aumentado em percentual variável (por exemplo, 33%) no caso de o contrato de aprendizagem ser firmado com um jovem em situação de vulnerabilidade social<sup>40</sup>.

Assim, como opção política, efetua-se uma discriminação positiva que não restringe o direito do empregador em conduzir seu processo de seleção do modo que considerar adequado. Nessa circunstância, o subsídio total seria de R\$ 12.395,60 durante o contrato e a formação profissional de 12 meses, competindo

<sup>39</sup> AMARAL JÚNIOR, José L. M do. Processo Legislativo Municipal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 28-40, 2015. Disponível em: [https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3631/pdf\\_1](https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3631/pdf_1). Acesso em: 30 dez. 2018.

<sup>40</sup> Nesse caso, empenhado no projeto nº 31: gestão da assistência social, deslocando parte do orçamento referente ao Fundo Municipal de Assistência Social, empenhado em R\$ 2 milhões em 2017. CAJATI (Município). *Transparência*. Programas e ações do governo. Sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Cajati. 2018. Disponível em: [http://www.cajati.sp.gov.br/novo\\_site/index.php?nivel=0&exibir=transparencia&ID=196](http://www.cajati.sp.gov.br/novo_site/index.php?nivel=0&exibir=transparencia&ID=196). Acesso em: 28 mar. 2018.



ao empregador, portanto, apenas os encargos trabalhistas. O complemento seria orçado em R\$ 116.872,80 (isto é, R\$ 3.075,60 x 38 aprendizes).

Para esse exemplo, a solução financeira (como subsídio) poderia se centrar sobre o orçamento previsto dentro da secretaria de educação do município, e complementada de por meio de verba da área de assistência social. De forma ampliada, o programa seria orçado dentro do exercício em R\$ 471.032,60, um valor apenas 2,4% superior às rubricas de despesas orçadas nos programas nº 18 e 20, citado anteriormente. Logo, o que se busca é maior eficácia.

Na tabela 2, apresenta-se uma síntese das informações coletadas e da proposta dirigida ao Município de Cajati.

<b>Tabela 2 - Compêndio das informações sobre a proposta de política municipal em Cajati - SP</b>
<b>A:</b> Segmento de fabricação de produtos químicos orgânicos (grupo CNAE 201): 135 operadores de processos (família 8131 da CBO) atuando em 2016
<b>B:</b> Crescimento da mão de obra de operadores de processos químicos entre 2011 e 2016: 13%
<b>C:</b> Taxa de reposição da mão de obra de operadores de processos químicos entre 2011 e 2016: 5 anos x 3% = 15%
<b>D:</b> Demanda por formação profissional ao final de 2016: 135 profissionais + (13%+15%) = 38 novos profissionais (na condição de aprendizes)
<b>E:</b> Custo de formação das atividades de formação profissional: R\$ 10,00/hora; tempo de jornada teórica: 400h e tempo de jornada prática: 932h
<b>F:</b> Duração do programa de formação profissional: 12 meses
<b>G:</b> Subsídio anual por aprendiz referente à jornada prática na empresa: 932h x R\$ 10,00 = R\$ 9.320,00 por ano
<b>H:</b> Subsídio mensal por aprendiz: R\$ 9.320,00 / 12 = R\$ 776,67 por mês
<b>I:</b> Despesa anual do empregador com salário do aprendiz, exceto encargos, sem o subsídio proposto: R\$ 12.402,00 ou R\$ 1.035,00 mensais
<b>J:</b> Despesa anual do empregador com salário do aprendiz, exceto encargos, com o subsídio proposto: R\$ 3.082,00 ou R\$ 256,84 mensais
<b>K:</b> Análise do orçamento municipal em 2015, somatório das despesas dos programas nº 18 e 20: R\$ 460.000,00
<b>L:</b> Montante anual orçado para o programa de subsídio: R\$ 9.320,00 x 38 aprendizes = R\$ 354.160,00
<b>M:</b> Diferença entre o montante proposto do programa de subsídio e o custo dos programas atuais nº 18 e 20: (R\$ 354.160,00 - R\$ 460.000,00)/R\$ 460.000,00 = - 23%
<b>N:</b> Acréscimo no valor do subsídio em 33% para alcance de jovens em situação de vulnerabilidade social: R\$ 12.395,60 anuais ou R\$ 1.032,98 mensais (ampliação)
<b>O:</b> Acréscimo orçamentário para jovens em situação de vulnerabilidade social: R\$ 3.075,60 (acréscimo de 33% de R\$ 9.320,00) x 38 aprendizes = R\$ 116.872,80 (ampliação)
<b>P:</b> Montante anual orçado no caso de selecionar 100% dos 38 jovens em situação de vulnerabilidade social para o programa de subsídio (ampliado): R\$ 471.032,60
<b>Q:</b> Diferença entre o montante proposto do programa de subsídio (ampliado) e o custo dos programas atuais nos 18 e 20: (R\$ 471.032,60 - R\$ 460.000,00)/R\$ 460.000,00 = + 2,4%
<small>Fontes: A e B: RAIS; E: custo estimado e Portaria MTE nº 723/2012; F: tempo estimado; I: §2º, art. 428 da CLT; K: orçamento no Município de Cajati; C, D, G, H, J, L, M, N, O, P e Q: elaborados pelo autor.</small>

### 3.2 Município de Ibitinga

Em um estudo de caso distinto, recorre-se à Ibitinga, cidade próxima a Araraquara, também localizada no Estado de São Paulo. Com apoio da tabela 3, observa-se que o cenário é distinto do caso anterior, uma vez que a indústria não apresenta um valor adicionado maior que o setor de serviços, mas ela se configura como estratégica para o município (e macrorregião) na medida em que este se estrutura como um arranjo produtivo local no segmento de fabricação de artefatos têxteis para uso doméstico<sup>41</sup>.

A proposta, pela particularidade do arranjo produtivo local, neste artigo, consiste em prover a mão de obra qualificada essencialmente para esse segmento. A diferença, se comparada à Cajati, é o fato de o arranjo produtivo ser formado por uma pulverização de pequenas empresas em que centenas de famílias dependem dessa dinâmica produtiva.

<sup>41</sup> TURRI, Tainá. Análise da Política Pública de Arranjos Produtivos Locais no Brasil. In: OLIVEIRA, Carlos W. et al. (org.) *Arranjos Produtivos Locais e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Ipea, 2017.

**Tabela 3 - Dados sobre o Município de Ibitinga - SP**

População*	53 mil
% de população urbana*	96%
% de população maior de 18 anos com ensino fundamental completo*	58%
% de população maior de 18 anos com ensino médio completo*	38%
% de maiores de idade ocupados*	73%
% de jovens entre 15 e 24 anos ocupados*	56%
% de jovens entre 15 e 24 anos que não trabalham nem estudam*	4%
% da população empregada no setor agrícola*	6%
% da população empregada na indústria de transformação*	35%
% da população empregada na construção civil e pesada*	4%
% da população empregada no comércio*	16%
% da população empregada em serviços*	26%
% da indústria no valor adicionado do município**	31%
% dos serviços no valor adicionado do município**	46%

Fontes: \* PNUD, 2010; \*\* Fundação SEADE, 2015

Segundo dados da RAIS de 2016, o município contava com 405 estabelecimentos, dos quais 47% com até quatro funcionários e 63% até nove empregados. O que torna crítica a situação é o fato de 78% desses estabelecimentos serem optantes do SIMPLES e, portanto, desobrigados à contratação de aprendizes, embora não impedidos.

Observa-se situação emblemática pela qual a política pública pouco atende às particularidades da micro e pequena empresa. Não havendo nenhuma facilidade legal para sua condição, cabe ao empregador atenção às mesmas obrigações trabalhistas e previdenciárias de uma empresa de grande porte caso deseje contar com aprendizes. Dessa forma, como opção política, a proposta é que o poder público municipal atue como contrapeso (em atenção ao disposto pelo artigo 179 da Constituição Federal que prevê tratamento jurídico diferenciado<sup>42</sup>) para apoiar estas empresas em detrimento de outros segmentos que não compõem o arranjo produtivo local. Não se trata de excentricidade, afinal, a Comissão Europeia<sup>43</sup> também sugere ações específicas para a articulação da Aprendizagem às pequenas e microempresas.

<sup>42</sup> Em que pese a tentativa de provimento de tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas no âmbito da fiscalização do trabalho, não há vantagem trabalhista ou previdenciária alguma ao empregador. BRASIL. Ministério do Trabalho. Instrução Normativa n. 118 de 16 de jan. 2015. Dispõe sobre a fiscalização da aprendizagem nas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2017, n. 12, p. 68, 19 jan. 2015. Seção I, parte 1

<sup>43</sup> EUROPEAN COMMISSION. *High-performance apprenticeships & work-based learning: 20 guiding principles*. 2016. Disponível em: <http://www.cedefop.europa.eu/hr/toolkits/vet-toolkit-tackling-early-leaving/resources/high-performance-apprenticeships-work-based>. Acesso em: 20 mar. 2018.

Segundo dados da RAIS, o segmento de fabricação de artefatos têxteis confeccionados para uso doméstico contava com 2.062 trabalhadores de confecção de roupas em 2016. Outra consideração que torna esse exemplo diferenciado é o fato desta quantidade ter diminuído 24% desde 2014, início da crise econômica. Esse dado problematiza a mensuração da mão de obra futura, afinal, se a empregabilidade de determinada ocupação diminui, poderia contradizer o conceito da necessidade de qualificação de mão de obra bem como com a construção lógica do cálculo.

No entanto, a situação pode ser contornada por meio de dois conceitos: primeiro, a necessidade de qualificar para o trabalho é permanente dadas as alterações tecnológicas pois, ainda que a quantidade de mão de obra empregada tenha diminuído, ela não prescinde de iniciativas de atualização ou mesmo reposição de mão de obra. Em segundo lugar, inexistente o crescimento do mercado de trabalho mesmo que decorrente da crise econômica conjuntural, motivam-se ao menos as providências referentes à taxa de reposição do último ano. Assim, a ocupação de trabalhadores de confecção de roupas implicaria a necessidade de 62 trabalhadores qualificados (isto é, 3% de 2.062 referente ao último ano).

Em relação às despesas assumidas pela municipalidade (como subsídio), uma análise no demonstrativo de programas e ações governamentais do município referente ao exercício de 2018 indica que a secretaria de turismo, desenvolvimento, comércio e indústria recebeu a dotação de R\$ 3,6 milhões embora tenha empenhado R\$ 189 mil dirigidos, exclusivamente, para o programa nº 15 (“Eventos Turísticos”). Outra despesa ressaltada foi a dotação inicial de R\$ 10,4 milhões em subvenções sociais<sup>44</sup>.

A partir de então, a proposta é semelhante ao exemplo anterior. Ainda que o município não conte com uma estrutura pública de ensino profissionalizante (como Cajati), nada o impede de se aproximar de entidades formadoras privadas para apurar o custo aluno/hora para a formação profissional de trabalhadores de confecção de roupas.

O mecanismo básico sugerido é o mesmo do exemplo anterior. No entanto, se, no caso de Cajati, foi proposta ação suplementar para lidar com jovens em vulnerabilidade, para Ibitinga, o cenário é distinto: é sabido que o esforço para contratação de um trabalhador para uma micro e pequena empresa é significativamente maior do que uma média ou grande empresa, assim, cabe avaliar ações suplementares para apoiar uma ação de contratação de aprendizes pela micro e pequena empresa que, vale a pena reforçar, é desobrigada pela legislação federal.

Dessa forma, o município tem alternativas. Um caminho é manter o orçamento anual padrão tal como configurado no exemplo anterior (nesse caso, de R\$ 577.840,00, isto é, referente ao custo hipotético de R\$ 10,00 para formação profissional x 932 horas de prática profissional na empresa x 62 aprendizes) e aumentar o esforço do subsídio (para mais de R\$ 9.320,00) e, assim, melhor apoiar as empresas, no entanto, reduzindo, de modo inversamente proporcional, a quantidade limite de jovens para serem contemplados no esforço municipal (diminui-se a eficácia).

Outra possibilidade é a busca de apoio juntamente ao nível de governo imediatamente superior (estadual), via convênio firmado com a secretaria estadual de desenvolvimento econômico visando complementar o valor orçado para o município a fim de que o micro e pequeno empregador de Ibitinga efetivamente não tenha custos trabalhistas para a contratação dos 62 trabalhadores de confecção de roupas na condição de aprendizes. A justificativa pode ser amparada por se tratar de um convênio para reforçar o arranjo produtivo local, matéria de interesse do órgão estadual, que vai ao encontro da previsão constitucional de tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas. Esse regime de colaboração se trata, naturalmente, de uma costura política mais complexa<sup>45</sup>, no entanto, com possibilidade de resultados mais robustos e eficazes.

<sup>44</sup> IBITINGA (Município). *Portal da transparência*. Sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Ibitinga. 2018. Disponível em: <http://177.125.200.195:8079/transparencia/>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<sup>45</sup> MINHOTO, Antonio C. B. Federalismo, estado federalista e a revalorização do município: um novo caminho para o século XXI? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 51-64, 2013. Disponível em: <https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/>

Diferentemente do exemplo anterior, nesse caso a solução financeira (como subsídio) centrou-se sobre o orçamento previsto dentro da secretaria de desenvolvimento econômico do município (despesa anual de R\$ 577.840,00, ou seja 16% da despesa daquela secretaria municipal e 5,6% das despesas orçadas como subsídio), e complementada por meio de regime de cooperação intergovernamental.

Para as propostas apresentadas tanto em Cajati quanto Ibitinga, tomou-se como inspiração os mecanismos de governança existentes nas políticas públicas europeias em que há articulação entre os atores públicos e privados (entidades formadoras e empresas) para o acerto de responsabilidades, mobilização de esforços e expectativas. Considerando-se o estudo de Minhoto<sup>46</sup> sobre o federalismo brasileiro, a proposta colocada neste artigo, além de criar uma malha de operações que reforce a possibilidade de êxito nas ações, legitima o compromisso social proposto localmente, sobretudo para alçar à condição de sistema e fortalecer diálogos intergovernamentais que impliquem em maior apoio e foco no beneficiário final.

O quadro abaixo (tabela 4) é uma síntese das informações coletadas e da proposta dirigida ao Município de Ibitinga.

<b>Tabela 4 - Compêndio das informações sobre a proposta de política municipal em Ibitinga</b>
<b>A:</b> Segmento de fabricação de artefatos têxteis confeccionados para uso doméstico (classe CNAE 1351): 2.062 trabalhadores de confecção de roupas (subgrupo 763 da CBO) atuando em 2016
<b>B:</b> Crescimento da mão de obra de trabalhadores de confecção de roupas entre 2014 e 2016: -24%
<b>C:</b> Taxa de reposição da mão de obra de trabalhadores de confecção de roupas em 2016: 1 ano x 3% = 3% (considerar apenas último ano já que o crescimento foi negativo)
<b>D:</b> Demanda por formação profissional ao final de 2016: 2.062 profissionais + 3% = 62 novos profissionais (na condição de aprendizes)
<b>E:</b> Custo de formação das atividades de formação profissional: R\$ 10,00/hora; tempo de jornada teórica: 400h e tempo de jornada prática: 932h
<b>F:</b> Duração do programa de formação profissional: 12 meses
<b>G:</b> Subsídio anual por aprendiz referente à jornada prática na empresa: 932h x R\$ 10,00 = R\$ 9.320,00 por ano
<b>H:</b> Subsídio mensal por aprendiz: R\$ 9.320,00 / 12 = R\$ 776,67 por mês
<b>I:</b> Despesa anual do empregador com salário do aprendiz, exceto encargos, sem o subsídio proposto: R\$ 12.402,00 ou R\$ 1.035,00 mensais
<b>J:</b> Despesa anual do empregador com salário do aprendiz, exceto encargos, com o subsídio proposto: R\$ 3.082,00 ou R\$ 256,84 mensais
<b>K:</b> Análise do orçamento municipal da secretaria de turismo, desenvolvimento, comércio e indústria em 2018: R\$ 3.600.000,00
<b>L:</b> Montante anual orçado para o programa de subsídio: R\$ 9.320,00 x 62 aprendizes = R\$ 577.840,00
<b>M:</b> Representatividade da despesa do programa dentro do orçamento da secretaria de turismo, desenvolvimento, comércio e indústria: R\$ 577.840,00 / R\$ 3.600.000,00 = 16%
Fontes: A e B: RAIS; E: custo estimado e Portaria MTE nº 723/2012; F: tempo estimado; I: §2º, art. 428 da CLT; K: orçamento no Município de Ibitinga; C, D, G, H, J, L e M: elaborados pelo autor.

article/view/2214 /pdf\_1. Acesso em: 30 dez. 2018.

<sup>46</sup> MINHOTO, Antonio C. B. Federalismo, estado federalista e a revalorização do município: um novo caminho para o século XXI? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 51-64, 2013. Disponível em: [https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/2214 /pdf\\_1](https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/2214 /pdf_1). Acesso em: 30 dez. 2018.



## 4 Considerações finais

Este artigo vai ao encontro de um momento de reflexão da Aprendizagem Profissional no Brasil quando, na vigência do atual Plano Nacional de Aprendizagem Profissional, o órgão executivo federal anuncia como linhas de ação estratégicas, o financiamento e ampliação/interiorização da política pública<sup>47</sup>. Assim, a proposta apresentada foi analisar a Aprendizagem Profissional em perspectiva de responsabilidades compartilhadas entre os entes federativos em prol não apenas da maior geração de contratos de aprendizagem, os quais deveriam ser considerados meios da política pública, mas de maior eficácia visando o caráter de empregabilidade dos egressos dessa condição trabalhista, um fim mais profícuo, afinal, o próprio Ministério do Trabalho<sup>48</sup>, por meio de seu planejamento estratégico, anuncia a (excessivamente precavida) meta de que 8% dos egressos de programas de aprendizagem venham a ser efetivados pelas empresas ao final daquela relação trabalhista.

Para tanto, foram exemplificadas as situações referentes aos municípios paulistas de Cajati e Ibitinga, de cenários socioeconômicos distintos e com propostas que se assemelharam até certo ponto, mas que diferem em relação às opções políticas a serem colocadas. Cabe ressaltar a não exclusão de algumas iniciativas apresentadas na primeira parte deste artigo. Isto é, não há restrição para que entidades formadoras desenvolvam cursos de formação profissional que não sejam direcionados ao provimento de mão de obra crítica na região.

Tais iniciativas apenas não contariam com os incentivos propostos aos poderes executivo e legislativo municipal. Nada obsta que a prefeitura exija o cumprimento pleno das cotas de aprendizes para cessão de terrenos ou contratos com o governo municipal ou promova boas práticas por meio de “selos” e certificados. Por fim, nada impede que o argumento técnico de provimento de mão de obra crítica junto às empresas adira às ações internas de investimento social privado.

Complementarmente, ao ressaltar a experiência são-carlense, julga-se salutar que o poder público local constitua uma agenda, mobilize entidades formadoras e a unidade descentralizada do Ministério do Trabalho para esclarecer e dinamizar sua iniciativa de empregabilidade juvenil junto às empresas ao valer-se da legislação da Aprendizagem Profissional, da autoridade da fiscalização do trabalho e do planejamento de oferta de entidades formadoras.

Considerando-se a diminuição do efetivo de auditores-fiscais do trabalho, a proposta busca compartilhar o poder na medida em que o primeiro deixa de assumir toda a responsabilidade para o cumprimento da legislação e a apuração de cotas e divide o protagonismo com o *policymaker* municipal, na condição de agente aglutinador:

Da mesma forma, a descentralização não significa apenas transferir atribuições, de forma a garantir eficiência, mas é vista sobretudo como redistribuição de poder, favorecendo a democratização das relações entre Estado e sociedade, bem como do acesso aos serviços.<sup>49</sup>

Pouco abordada em sua dinâmica atual, a avaliação da política pública é outra particularidade de relevo quando tratada no regime de colaboração, pois permite apurar o controle de gastos (eficiência), o provimento de mão de obra de qualidade aos setores críticos (eficácia) e a manutenção dos jovens em trilhas de empregabilidade mais robustas (efetividade). Assim, o impacto esperado é uma municipalidade com características sustentáveis em termos de desenvolvimento socioeconômico isento de gargalos de mão de obra e com níveis baixos de jovens desempregados ou dos lamentavelmente caracterizados como “nem-nem”<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria n. 335 de 15 de mai. 2018. Aprova o Plano Nacional de Aprendizagem Profissional. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2018, n. 93, p. 123, 16 mai. 2018. Seção I, parte 1.

<sup>48</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria n. 1.219 de 29 de nov. 2017. Aprova o planejamento estratégico do Ministério do Trabalho para o período de 2017 a 2019 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2017, n. 229, p. 183, 30 nov. 2017. Seção I, parte 1.

<sup>49</sup> FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, p. 119-144, 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6364>. Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>50</sup> BILOROU, Nina; PACHECO, Marta; VARGAS, Fernando. *Guía para la evaluación de impacto en la formación*. Montevideu, Uruguai:

Decorrente do segundo estudo de caso, outro ponto que cabe destacar é a iniciativa de maior responsabilização do poder público estadual por meio de estratégias de coordenação intergovernamental, sobretudo ao envolver arranjos produtivos locais. O que se verifica como possível e salutar para envolver a autoridade estadual, no entanto, é o conceito de sistema<sup>51</sup> aplicado a esse nível como indutor para estruturação de mão de obra qualificada localmente, como coordenador de ações cuja abrangência extravase a municipalidade (como regiões geográficas imediatas articuladas) evitando situações predatórias de competição entre municípios<sup>52</sup>, como financiador ao menos em condição complementar.

Há, portanto, ampla possibilidade de colaboração intergovernamental para que a Aprendizagem Profissional seja dinamizada:

Outro aspecto que se destaca em programas recentes promovidos por governos municipais consiste no estabelecimento de vínculos de parceria com outros níveis de governo e com governos de outros municípios. [...] Em iniciativas recentes, identificam-se, de um lado, iniciativas de governos municipais que procuram aliados nas esferas mais abrangentes de governo e, de outro, programas locais articulados a políticas estaduais ou federais.<sup>53</sup>

Concluindo, considera-se que há oportunidades para discussão de ações desenvolvidas localmente, coordenação em âmbito estadual, políticas de fomento e planejamento orçamentário que venham ao encontro do fortalecimento de um rumo fundamental: a Aprendizagem Profissional somente se emancipará da compulsoriedade, de eventuais casos de precarização, de baixos números quantitativos e de baixa empregabilidade pós-contratos quando se pautar por uma ação planejada de formação de mão de obra inserida como vantagem evidente no mercado de trabalho à disposição do empregador e for publicamente reconhecida por essa característica.

## Referências

ABRUCIO, Fernando L. A dinâmica federativa na educação brasileira: diagnóstico e propostas de aperfeiçoamento In: OLIVEIRA, Romualdo P. SANTANA, Wagner (org.) *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010. Disponível em: [http://josenorberto.com.br/josenorberto/Educação\\_Federalismo\\_Brasil.pdf#page=37](http://josenorberto.com.br/josenorberto/Educação_Federalismo_Brasil.pdf#page=37). Acesso em: 10 fev. 2018.

AMARAL JÚNIOR, José L. M do. Processo Legislativo Municipal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 28-40, 2015. Disponível em: [https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3631/pdf\\_1](https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3631/pdf_1). Acesso em: 30 dez. 2018.

ARRETCHE, Marta. Federalismo e igualdade territorial: uma contradição em termos? *Revista de Ciências Sociais* [en línea] 2010, 53. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=21817696003>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BANCO MUNDIAL. *Competências e empregos: uma agenda para a juventude*. 2018. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/953891520403854615/Síntese-de-constatações-conclusões-e-recomendações-de-políticas>. Acesso em: 7 mar. 2018.

---

OIT/Cinterfor, 2011.

<sup>51</sup> ABRUCIO, Fernando L. A dinâmica federativa na educação brasileira: diagnóstico e propostas de aperfeiçoamento In: OLIVEIRA, Romualdo P. SANTANA, Wagner (org.) *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010. Disponível em: [http://josenorberto.com.br/josenorberto/Educação\\_Federalismo\\_Brasil.pdf#page=37](http://josenorberto.com.br/josenorberto/Educação_Federalismo_Brasil.pdf#page=37). Acesso em: 10 fev. 2018.

<sup>52</sup> TIEBOUT, Charles. A Pure Theory of Local Expenditures. *The Journal of Political Economy*. v. 64, n. 5, p. 416-424, 1956.

<sup>53</sup> FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, p. 119-144, 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6364>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BILOROU, Nina; PACHECO, Marta; VARGAS, Fernando. *Guía para la evaluación de impacto em la formación*. Montevideú, Uruguai: OIT/Cinterfor, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei Complementar n. 123, de 14 de dez. 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis ns. 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943, da Lei n. 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar n. 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis ns. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2006, n. 240, p. 1, 15 dez. 2006. Seção I, parte 1.

BRASIL. Lei n. 10.097, de 19 de dez. 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1o de maio de 1943. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2000, n. 244-E, p. 1, 20 dez. 2000. Seção I, parte 1.

BRASIL. Lei n. 12.852, de 5 de ago. 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2013, n. 150, p. 1, 6 ago. 2013. Seção I, parte 1.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de jul. 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1990, n. 135, p. 13.563, 16 jul. 1990. Seção I, parte 1.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Instrução Normativa n. 118 de 16 de jan. 2015. Dispõe sobre a fiscalização da Aprendizagem nas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2017, n. 12, p. 68, 19 jan. 2015. Seção I, parte 1.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria n. 1.219 de 29 de nov. 2017. Aprova o planejamento estratégico do Ministério do Trabalho para o período de 2017 a 2019 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2017, n. 229, p. 183, 30 nov. 2017. Seção I, parte 1.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria n. 335 de 15 de mai. 2018. Aprova o Plano Nacional de Aprendizagem Profissional. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2018, n. 93, p. 123, 16 mai. 2018. Seção I, parte 1.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria n. 723 de 23 de abr. 2012. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2012, n.79, p. 45, 24 abr. 2012. Seção I, parte 1.

CAJATI (Município). *Transparência: Programas e ações do governo*. Sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Cajati. 2018. Disponível em: [http://www.cajati.sp.gov.br/novo\\_site/index.php?nivel=0&exibir=transparencia&ID=196](http://www.cajati.sp.gov.br/novo_site/index.php?nivel=0&exibir=transparencia&ID=196). Acesso em: 28 mar. 2018.

CORSEUIL, Carlos H.; FOGUEL, Miguel; GONZAGA, Gustavo. *A Aprendizagem e a inserção de jovens no mercado de trabalho: uma análise com base na RAIS*. Brasília: Ipea, 2016. (Relatório de pesquisa). Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7404>. Acesso em: 10 fev. 2018.

CUBATÃO (Município). *Lei n. 3.571, de 20 de dez. 2012*. Autoriza o Poder Executivo a celebrar Convênio de Cooperação Sócio-Educativa com o Centro de Aprendizagem Metódica e Prática Mário dos Santos - CAMP, e dá outras providências. Sítio Eletrônico da Câmara Municipal de Cubatão, 2012. Disponível em: <http://consulta.siscam.com.br/camaracubatao/Normas/Exibir/9774>. Acesso em: 28 mar. 2018.

ELSIK, Monika. *WIFI* - Institute for Economic Promotion of the Austrian Federal Economic Chamber. 7 nov. 2017. Palestra no Instituto Fernando Henrique Cardoso. Disponível em: <http://fundacaofhc.org.br/audios/ensino-tecnico-o-que-podemos-aprender-com-a-austria-e-a-suica>. Acesso em: 28 mar. 2018.

EUROPEAN CENTRE FOR THE DEVELOPMENT OF VOCATIONAL TRAINING. *Governance and Financing of Apprenticeships*. Luxembourg: Publications Office. Cedefop research paper, n. 53. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2801/2010552016>. Acesso em: 20 mar. 2018.

EUROPEAN COMMISSION. *High-performance apprenticeships & work-based learning: 20 guiding principles*. 2016. Disponível em: <http://www.cedefop.europa.eu/hr/toolkits/vet-toolkit-tackling-early-leaving/resources/high-performance-apprenticeships-work-based>. Acesso em: 20 mar. 2018.

FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. *Revista de Administração Pública*, v. 35, n. 1, p. 119-144, 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6364>. Acesso em: 10 fev. 2018.

FRANK, Kristyn; JOVIC, Emily. National Apprenticeship Survey: Canada Overview Report, 2015. *Minister of Industry*. 2017. Disponível em: <http://www.statcan.gc.ca/pub/81-598-x/81-598-x2017001-eng.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

IBITINGA (Município). *Portal da transparência*. Sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Ibitinga. 2018. Disponível em: <http://177.125.200.195:8079/transparencia/>. Acesso em: 28 mar. 2018.

LE MOUILLOUR, Isabelle; SCHNEIDER, Verena. ERASMUS Project “National Authorities for Apprenticeships: Policy learning and support to promoting apprenticeship systems and VET policy experimentation under the European Alliance for Apprenticeship”. *Apprenticeship Toolbox*. 2015. Disponível em: <https://www.apprenticeship-toolbox.eu/germany/country-report-germany>. Acesso em: 20 mar. 2018.

LIMA, Márcia H; ASSIS, Marisa de. *Pesquisa e Análise da Demanda por Educação Profissional*. 3 ed. Brasília: SENAI-DN, 2001.

MINHOTO, Antonio C. B. Federalismo, estado federalista e a revalorização do município: um novo caminho para o século XXI? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 51-64, 2013. Disponível em: [https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/2214/pdf\\_1](https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/2214/pdf_1). Acesso em: 30 dez. 2018.

PAULÍNIA (Município). *Lei n. 3.101, de 23 de jul. 2010*. Cria no âmbito municipal o selo de responsabilidade social denominado “empresa amiga do aprendiz”. Sítio Eletrônico da Câmara Municipal Paulínia, 2010. Disponível em: <http://consulta.siscam.com.br/camarapaulinia/arquivo?Id=36314>. Acesso em: 28 mar. 2018.

PAULÍNIA (Município). *Lei n. 3.111, de 22 de set. 2010*. Institui o programa municipal de aprendizagem profissional da administração pública direta e dá outras providências. Sítio Eletrônico da Câmara Municipal de Paulínia, 2010. Disponível em: <http://consulta.siscam.com.br/camarapaulinia/arquivo?Id=36305>. Acesso em: 28 mar. 2018.

SÃO CARLOS (Município). *São Carlos assume desafio de ser referência em Aprendizagem Profissional*. São Carlos, SP, 2017. Sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de São Carlos. Disponível em: <http://www.saocarlos.sp.gov.br/index.php/noticias-2017/171109-sao-carlos-assume-desafio-de-ser-referencia-em-aprendizagem-profissional.html>. Acesso em: 28 mar. 2018.

SMITH, Erica; KEMMIS, Ros B. *Towards a model apprenticeship framework: a comparative analysis of national apprenticeship systems*. Geneve: International Labour Office: World Bank, 2013. Disponível em: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---sronew\\_delhi/documents/publication/wcms\\_234728.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---sronew_delhi/documents/publication/wcms_234728.pdf). Acesso em: 7 mar. 2014.

SOROCABA (Município). *Lei n. 11.551, de 21 de jul. 2017*. Obriga a Prefeitura Municipal de Sorocaba a contratar empresas que cumpram o Decreto nº 5.598, de 1º de dezembro de 2005, que regulamenta a contratação de aprendizes e dá outras providências e a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, em seus artigos 402, 403, 428, 429, 430, 431, 432 e 433. Sítio Eletrônico da Câmara Municipal de Sorocaba, 2017. Disponível em: [http://www.camarasorocaba.sp.gov.br/sitecamara/proposituras/verpropositura?numero\\_propositura=11551&tipo\\_propositura=1](http://www.camarasorocaba.sp.gov.br/sitecamara/proposituras/verpropositura?numero_propositura=11551&tipo_propositura=1). Acesso em: 28 mar. 2018.



SWARS, Erik. *SFIVET* - Swiss excellence in vocational education and training. 7 nov. 2017. Palestra no Instituto Fernando Henrique Cardoso. Disponível em: <http://fundacaofhc.org.br/audios/ensino-tecnico-o-que-podemos-aprender-com-a-austria-e-a-suica>. Acesso em: 28 mar. 2018.

TURRI, Tainá. Análise da Política Pública de Arranjos Produtivos Locais no Brasil. In: OLIVEIRA, Carlos W. et al. (org.) *Arranjos Produtivos Locais e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Ipea, 2017.

VAZ, Dâmares. *Concurso para Auditor-Fiscal do Trabalho é questão urgente para o país e o trabalhador*. Sítio Eletrônico do Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais do Trabalho. 1 fev. 2018. Disponível em: <https://www.sinait.org.br/site/noticia-print?id=15373>. Acesso em: 1 fev. 2018.

VELOSO, José R. P. *Aprendizagem: metamorfose de uma política pública de educação e trabalho dirigida à juventude brasileira*. 2015. Dissertação (Mestrado em Gestão de Políticas Públicas) - Escola de Artes, Ciências e Humanidades, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: doi:10.11606/D.100.2015.tde-23052015-112340. Acesso em: 10 fev. 2018.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Direito A Conciliação Entre  
Trabalho E Família**

**Right To Conciliation Between  
Work And Family**

Edilton Meireles de Oliveira Santos

# Direito A Conciliação Entre Trabalho E Família\*

## Right To Conciliation Between Work And Family

Edilton Meireles de Oliveira Santos \*\*

### Resumo

Neste trabalho é apontada a importância e a necessidade de implantação de medidas para conciliação do direito ao trabalho com as responsabilidades que decorrem do direito de família. Discute-se o conflito entre o trabalho e os deveres decorrentes dos laços familiares. A pesquisa se justifica em face dos conflitos e problemas que decorrem do conflito entre as obrigações decorrentes do trabalho e os deveres familiares, especialmente em face do trabalho da mulher. Ao final são apontadas as medidas que devem ser adotadas para evitar a tensão que decorre dos interesses profissionais e da vida pessoal do trabalhador em torno da família. Na pesquisa se utilizou do método dedutivo, com revisão da literatura, optando-se pelo estudo na ciência dogmática do Direito.

**Palavras-Chave:** Conciliação. Trabalho. Família. Política pública. Igualdade.

### Abstract

In this paper it is pointed out the importance and necessity of implementing measures to conciliate the right to work with the responsibilities arising from family law. Research is justified in the face of conflicts and problems arising from the conflict between the obligations arising from work and family duties, especially in the face of women's work. At the end are pointed out the measures that must be adopted to avoid the tension that arises from the professional interests and the personal life of the worker around the family. In the research it was used the deductive method, with literature review, opting for the study in the dogmatic science of Law.

**Keywords:** Reconciling. Work. Family. Public Policy. Equality.

## 1 Introdução

Nos últimos anos a questão relacionada à conciliação entre o trabalho e a vida familiar tem sido objeto de largos estudos e demandas, cobrando, inclusive, a implantação de programas e políticas internacionais e nacionais voltadas a satisfação desse objetivo, inclusive em face da inequívoca realidade social que se apresenta em relação às responsabilidades dos integrantes da família para com outro membro dessa entidade.

\* Recebido em 30/06/2017  
Aprovado em 31/08/2017

\*\* Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal da Bahia (UFBa). Professor de Direito na Universidade Católica do Salvador (UCSal). Desembargador do Trabalho na Bahia (TRT 5ª Região). Email: edilton\_meireles@uol.com.br.

As pressões de um ambiente de trabalho cada vez mais competitivo e a cultura ainda masculina do trabalho, somadas à falta de medida de conciliação, tem conduzido a conflitos consideráveis entre os interesses da pessoa do trabalhador que, ao mesmo tempo, é integrante de uma família com seus próprios interesses e demandas.

No Brasil, salvo raros trabalhos, pouco se estuda e se debate sobre essa questão, apesar de ela ser de relevante importância dada as nossas condições socioeconômicas que impelem a adoção de medidas tendentes a conciliação entre o direito à convivência familiar e o trabalho. Essa verdadeira lacuna na doutrina pátria, pois, justifica a pesquisa.

Neste trabalho abordamos o tema à luz da doutrina jurídica internacional e estrangeira, bem como a partir de estudos interdisciplinar, de modo a demonstrar que o Brasil precisa avançar nessa área até como um condicionante necessário a resolver questões relacionadas aos deveres de assistência social no seio familiar.

Na pesquisa foi utilizado o método dedutivo, com revisão da literatura, com abordagem limitada à área da ciência dogmática do Direito, utilizando-se de conceitos transdisciplinares.

## 2 Importância da conciliação entre trabalho e família

A conciliação entre o trabalho e a vida familiar, isto é, entre a necessidade/prazer do trabalho e os direitos/deveres que decorrem da vida no seio familiar, é de suma importância para a satisfação e realização dos desejos humanos<sup>1</sup>. Esta conciliação decorre da necessidade ou prazer de trabalhar para obtenção da renda para seu próprio sustento e de sua família, como do desejo de se realizar, em seus direitos e deveres, a partir da convivência com as pessoas que, geralmente, são mais caras ao indivíduo.

Fatores econômicos, sociais, ideológicos, políticos e tecnológicos, no entanto, sempre interferiram e, ainda, interferem na relação família-trabalho, ultrapassando a simples questão de gênero (ainda que mais fortemente influenciado por ela), potencializando e limitando ou o desempenho profissional ou a responsabilidade familiar.

Estudos revelam que a família e trabalho, ao lado da escola, sendo esta em período menor de nossa vida, constituem os dois principais centros da vida do ser humano<sup>2</sup>. Nascemos, vivemos e morremos em família. Uma parte significativa de nossa vida (média entre 30 a 45 anos), por sua vez, dedicamos ao trabalho. Esses dois âmbitos de nossa vida (família e trabalho) constituem, assim, os dois mais importantes setores para o desenvolvimento pessoal e social da pessoa<sup>3</sup>. São as duas redes sociais mais significativas para a relação entre as pessoas e delas com a comunidade em seu conjunto, pois na família e no trabalho a maior parte do tempo de nossa vida<sup>4</sup>.

A dedicação maior a um desses âmbitos de nossa vida em detrimento do outro acaba por criar um desequilíbrio que gera um sacrifício a um dos direitos de forma indevida.

<sup>1</sup> ÁLVAREZ RAMÍREZ, Adaneys; GÓMEZ BARRIOS, Ingrid Carolina. Conflicto trabajo-familia, en mujeres profesionales que trabajan en la modalidad de empleo. *Pensamiento Psicológico*, Cali (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana, v. 9, n. 16, p. 91, 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80118612006>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

<sup>2</sup> MARÍN SANCHEZ, Manuel; INFANTE REJANO, Eduardo; RIVERO CUADRADO, Marcos. Presiones internas del ámbito laboral y/o familiar como antecedente del conflicto trabajo-familia. *Revista de Psicología Social (International Journal of Social Psychology)*, Espanha: Fundación Infancia y Aprendizaje, v. 17, n. 1, p. 104, 2002. Disponível em: <[https://www.academia.edu/1911302/Estudio\\_psicometrico\\_de\\_la\\_version\\_espanola\\_de\\_la\\_escalade\\_Conflicto\\_Familia-Trabajo\\_de\\_Kopelman\\_Greenhaus\\_y\\_Connolly\\_1983\\_Psychometrical\\_study\\_of\\_the\\_](https://www.academia.edu/1911302/Estudio_psicometrico_de_la_version_espanola_de_la_escalade_Conflicto_Familia-Trabajo_de_Kopelman_Greenhaus_y_Connolly_1983_Psychometrical_study_of_the_)>. Acesso em: 18 abr. 2017.

<sup>3</sup> ÁLVAREZ RAMÍREZ, Adaneys; GÓMEZ BARRIOS, Ingrid Carolina. Conflicto trabajo-familia, en mujeres profesionales que trabajan en la modalidad de empleo. *Pensamiento Psicológico*, Cali (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana, v. 9, n. 16, p. 91, 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80118612006>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

<sup>4</sup> NAVARRO-ARDOY, L. Trabajo y familia: un conflicto en las parejas. *Revista de Estudios de Juventud*, Madrid: Instituto de la Juventud, v. 67, p. 117, 2004. Disponível em: <[http://www.injuve.es/sites/default/files/revista67\\_tema8.pdf](http://www.injuve.es/sites/default/files/revista67_tema8.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2017.



O direito ao trabalho — seja como fator de obtenção de renda, seja como meio de satisfação e realização pessoal —, deve, assim, manter-se em equilíbrio com os direitos e os deveres que decorrem do direito de família, isto é, do direito e dever de conviver e assistir os membros da família, pois este também é âmbito de satisfação e realização pessoal<sup>5</sup>.

A família é espaço na qual a pessoa deve assumir diferentes papéis e dos quais não pode renunciar facilmente. Já o trabalho constitui o espaço no qual, também, se permite o desenvolvimento pessoal (e profissional) e que se impõe como uma necessidade para subsistência e para própria realização dos desejos em família.

Para tanto, porém, é preciso buscar um ponto de equilíbrio entre a vida profissional/laboral e a vida no seio da família, em especial quanto à distribuição do tempo de dedicação a cada um desses setores de nosso cotidiano.

Essa harmonização, por sua vez, revela-se importante, pois estudos demonstram que as mulheres, em especial quando decorrente a extensa carga de trabalho e pela dupla jornada<sup>6</sup>, são as maiores prejudicadas nesse conflito, tanto no âmbito familiar como laboral. Esse conflito, por sua vez, afeta o a saúde da mulher dada a mudança em seu ânimo e cansaço físico<sup>7</sup>. Obviamente, porém, esse conflito não somente afeta as mulheres. Afeta a todos, mas em especial a mulher trabalhadora. A essa situação, portanto, impõe-se a adoção de medidas que evite ou diminua o conflito trabalho-família.

Nesse sentido temos, no âmbito internacional, a Convenção n. 156 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), datada de 1981, em vigor desde 11/08/1983, que trata sobre a igualdade de oportunidades de tratamento para os trabalhadores com responsabilidades familiares. Essa Convenção, no entanto, infelizmente, ainda não foi ratificada pelo Brasil.

De qualquer modo, ainda que não vigente no Brasil, dela se extraem lições a ser seguidas. Assim é que essa Convenção da OIT propõe uma série de medidas relacionadas às licenças, assistência e seguridade social, horários de trabalho, modalidades de contratos, políticas de reinserção no mercado de trabalho, programas de sensibilização e educação quanto a igualdade de gênero, tudo com objetivo de busca um maior equilíbrio entre a vida laboral e a vida familiar. Essas medidas, por suas vezes, tentam implantar uma política de conciliação entre dois dos mais importantes direitos fundamentais postos nas Cartas Sociais modernas (família e trabalho).

A importância dessa conciliação, outrossim, destaca-se ainda mais quando se tem em mente os respectivos direitos (trabalho e família), quando conciliados, geram benefícios nos dois âmbitos de incidência das suas normas. E, dentre estes, podemos mencionar a melhora do clima no ambiente de trabalho (diante do menor stress familiar ou preocupação com os deveres familiares), aumento da satisfação pessoal, elevação da retenção de pessoas qualificadas, maior produtividade, melhora na imagem da empresa, atração de trabalhadores que valorizam empresas comprometidas com a conciliação do trabalho com a vida familiar etc.<sup>8</sup>.

Em suma, não dar a devida importância ao conflito entre a vida laboral e a vida familiar acaba por repercutir, negativamente, na qualidade do emprego e na saúde e produtividade dos trabalhadores, como também em suas famílias.

<sup>5</sup> ÁLVAREZ RAMÍREZ, Adaneys; GÓMEZ BARRIOS, Ingrid Carolina. Conflicto trabajo-familia, en mujeres profesionales que trabajan en la modalidad de empleo. *Pensamiento Psicológico*, Cali (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana, v. 9, n. 16, p. 91, 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80118612006>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

<sup>6</sup> ÁLVAREZ RAMÍREZ, Adaneys; GÓMEZ BARRIOS, Ingrid Carolina. Conflicto trabajo-familia, en mujeres profesionales que trabajan en la modalidad de empleo. *Pensamiento Psicológico*, Cali (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana, v. 9, n. 16, p. 91, 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80118612006>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

<sup>7</sup> ÁLVAREZ RAMÍREZ, Adaneys; GÓMEZ BARRIOS, Ingrid Carolina. Conflicto trabajo-familia, en mujeres profesionales que trabajan en la modalidad de empleo. *Pensamiento Psicológico*, Cali (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana, v. 9, n. 16, p. 91, 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80118612006>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

<sup>8</sup> OIT. *Trabalho e família: rumo a novas formas de conciliação com corresponsabilidade social*. Brasília: OIT, 2009. p. 99. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/trabalho\\_e\\_familia\\_275.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/trabalho_e_familia_275.pdf)>.

A conciliação do trabalho e da vida familiar deve, assim, ser considerada como uma parte importante da política de proteção social, em especial dos programas dirigidos a melhorar o bem-estar das famílias e, em particular, das mulheres trabalhadoras<sup>9</sup>. Além disso, ao se implantarem de forma adequadas as medidas para conciliar a vida laboral e a vida familiar, elas também podem contribuir para a igualdade de gênero, tanto no mercado de trabalho, como na vida pessoal-familiar.

### 3 Direito ao trabalho e direito à família

Não é preciso se alongar para destacar que as modernas constituições sociais colocam o direito ao trabalho como um dos principais direitos fundamentais. Essa assertiva, por sua vez, é facilmente comprovada à luz da Constituição brasileira quando se constata que nossa República, também, tem fundamento no valor social do trabalho (inciso IV do art. 1º da CF) e assegura o direito social ao trabalho (art. 6º). Essa assertiva se reforça, ainda, quando verificamos que a Ordem Econômica brasileira está fundada na valorização do trabalho humano (art. 170 da CF) e que nossa Ordem Social “tem como base o primado do trabalho” (art. 193 da CF).

Tais dispositivos consagram, sem dúvida, o trabalho como o instrumento transformador do Estado Liberal para o Social, pois, ela não apenas atua como um dos fundamentos da República brasileira, como condiciona a sua Ordem Econômica (que, também, se pauta na valorização do trabalho humano) e constitui a base da Ordem Social.

O trabalho, assim, não apenas funciona como meio de realização pessoal (o trabalho dignifica a pessoa), mas também como instrumento de obtenção de renda para sustento pessoal e da família e de atuação socioeconômica para a implantação do Estado Social<sup>10</sup>. Um dos ramos do direito que mais deve cumprir o mandato constitucional de proteção da família é, justamente, o direito do trabalho, ao lado da seguridade social, já que o labor é o grande gerador da renda necessária à sustentação da família. Cumpre, pois, incluir regras que permitam ao trabalhador compatibilizar seus interesses profissionais com a necessária atenção que deva dedicar à família<sup>11</sup>.

A família, por sua vez, é a “base da sociedade” brasileira, merecendo “especial proteção do Estado” (art. 226 da CF). É uma das principais instituições de nossa sociedade<sup>12</sup>. Nossa Constituição, nesse sentido, preocupada com as novas gerações, assegura às crianças, adolescentes e aos jovens a “convivência familiar” (art. 227). A família, assim, é um dos principais pilares do estado social, ainda que o Estado não deva impor a convivência em família, tampouco proteger uma concepção de família, mas, sim, ajudar que a pessoa faça sua opção de vida, assegurando, no entanto, condições de convivência familiar se fizer essa escolha ao invés de preferir viver isoladamente<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> OIT. *Trabalho e família*: rumo a novas formas de conciliação com corresponsabilidade social. Brasília: OIT, 2009. p. 69-71 Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/trabalho\\_e\\_familia\\_275.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/trabalho_e_familia_275.pdf)>.

<sup>10</sup> MEIRELES, Edilton. *A constituição do trabalho*: O trabalho nas constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 143.

<sup>11</sup> AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. Protección social de la familia: aspectos laborales y de seguridad social. *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Universidad Complutense de Madrid, n. 9, p. 67, 2009. Disponível em: <<https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/FORO0909120061A/13473>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

<sup>12</sup> AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. Protección social de la familia: aspectos laborales y de seguridad social. *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Universidad Complutense de Madrid, n. 9, p. 62, 2009. Disponível em: <<https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/FORO0909120061A/13473>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ HERRERO, María José. La política familiar como instrumento de igualdad: distintas concepciones europeas. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, v. 1, n. 18, p. 2, 2008a. Disponível em: <[http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/2800/2416](http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2800/2416)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

E, quando se fala em direito de família ou direito à família, devemos entender este como um direito de constituir família, de conviver em família e o direito/dever de assistir os familiares. A família, nesse sentido, cumpre seu papel de instrumento de satisfação pessoal e de meio para o livre desenvolvimento do ser humano<sup>14</sup>.

Obviamente, ainda, não podemos ter em mente, apenas, a família tradicional, conjugal e nuclear (pais e filhos). Neste trabalho, porém, referimo-nos as todas as formas de família, inclusive a formada por casal sem filhos, famílias monoparentais (um ascendente com seu filho ou filhos), uniões estáveis, famílias recompostas (com filhos de casamentos anteriores), casamentos/uniões homossexuais, famílias extensas (composta por pessoas de várias gerações que mantêm o convívio residencial) etc.

## 4 O conflito entre trabalho e família

O conflito entre o trabalho e a convivência familiar surge ou se agrava justamente a partir da implantação dos valores agasalhados pelas modernas sociedades e em face dos direitos fundamentais protegidos nas Constituições, em especial o da igualdade, em sua vertente material. Obviamente, o trabalho e família somente não interagem de forma negativa. Também, de forma positiva, há essa vinculação, ainda que o conflito negativo se ressalte. Deve ser destacado, porém, que essa relação é assimétrica, pois o trabalho, na maioria dos casos, tem maior influência sobre a família do que o contrário<sup>15</sup>.

Mais remotamente, esse conflito começou com o deslocamento da residência e do local de trabalho, pois, historicamente, a sociedade era agrícola e, em regra, o homem e a mulher moravam e trabalham em casa<sup>16</sup>. Com a urbanização, inicia-se o afastamento do homem de sua residência. Essa situação, por sua vez, agrava-se a partir da emancipação da mulher e do seu ingresso no mercado de trabalho. Se, historicamente, à mulher era reservada o papel de cuidadora da família<sup>17</sup>, enquanto o homem se dedicava ao trabalho externo (fora do seio familiar) para prover a família com renda para sua subsistência, com a entrada daquela no mercado de trabalho (externo), se fez, cada vez mais, a necessidade do antigo provedor se inserir no trabalho interno da família. Atualmente, a família mais comum no mundo ocidental desenvolvido é aquela na qual homens e mulheres trabalham fora da residência e contribuem com suas rendas para a sobrevivência familiar<sup>18</sup>, até pelas necessidades materiais não cobertas com apenas um salário<sup>19</sup>.

Inicialmente, a mulher, ainda, acumulava (como ainda hoje em geral) o duplo papel de trabalhadora

<sup>14</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez. *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2010. p. 211.

<sup>15</sup> UGARTEBURU GASTAÑARES, Itziar; CERRATO ALLENDE, Javier; IBARRETXE ZORRIKETA, Roberto. Transformando el conflicto trabajo/familia en interacción y conciliación trabajo/familia. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, n. 18, p. 21, 2008-I. Disponível em: <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/2798/2414](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2798/2414)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

<sup>16</sup> HEIN, Catherine. *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*: Ideas prácticas de la experiencia global. Madrid: MTAS/OIT, 2006. p. 27.

<sup>17</sup> CARMEN SABATER, Maria. La interacción trabajo-familia. La mujer y la dificultad de la conciliación laboral. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Álava: Universidad del País Vasco, n. 30, p. 165, 2014-I. Disponível em: <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/14185/12573](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/14185/12573)>.

<sup>18</sup> MARÍN SANCHEZ, Manuel; INFANTE REJANO, Eduardo; RIVERO CUADRADO, Marcos. Presiones internas del ámbito laboral y/o familiar como antecedente del conflicto trabajo-familia. *Revista de Psicología Social (International Journal of Social Psychology)*, Espanha: Fundación Infancia y Aprendizaje, v. 17, n. 1, p. 104, 2002. Disponível em: <[https://www.academia.edu/1911302/Estudio\\_psicometrico\\_de\\_la\\_version\\_espanola\\_de\\_la\\_escala\\_de\\_Conflicto\\_Familia-Trabajo\\_de\\_Kopelman\\_Greenhaus\\_y\\_Connolly\\_1983\\_Psychometrical\\_study\\_of\\_the\\_](https://www.academia.edu/1911302/Estudio_psicometrico_de_la_version_espanola_de_la_escala_de_Conflicto_Familia-Trabajo_de_Kopelman_Greenhaus_y_Connolly_1983_Psychometrical_study_of_the_)>. Acesso em: 18 abr. 2017.

<sup>19</sup> UGARTEBURU GASTAÑARES, Itziar; CERRATO ALLENDE, Javier; IBARRETXE ZORRIKETA, Roberto. Transformando el conflicto trabajo/familia en interacción y conciliación trabajo/familia. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, n. 18, p. 21, 2008-I. Disponível em: <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/2798/2414](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2798/2414)>. Acesso em: 23 abr. 2017. HEIN, Catherine. *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*: Ideas prácticas de la experiencia global, p. 19.

externa e interna. Tanto laborava fora como continuava a exercer o maior papel de cuidadora da família. A mulher invade o mercado de trabalho, mas, por força da cultura, ou por desejo pessoal, não abre mão do convívio e da assistência familiar. Mas a mulher não quer somente ter o direito de trabalhar fora; quer a conciliação com seus deveres familiares, a qual não quer abrir mão em favor do trabalho. Esse fenômeno, por sua vez, decorre das mudanças sociais, políticas e ideológicas que conduzem a mulher a cada vez mais buscar a igualdade nas suas relações com o homem<sup>20</sup>. E a sociedade passa a exigir, também, o trabalho do homem no seio familiar, como cuidador. E esse anseio se faz imperativo, pois somente a partir dele é que, de fato, a mulher acaba por alcançar a igualdade material com o homem, compartilhando com este os deveres de assistência familiar, de modo que ela possa melhor conciliar os interesses profissionais e familiares.

De qualquer modo, ainda hoje a dupla jornada exercida pela mulher é uma realidade patente, o que a torna a maior vítima do não estabelecimento de uma política de conciliação entre trabalho e família<sup>21</sup>.

O problema da dupla jornada de trabalho das trabalhadoras e a insegurança relacionada ao cuidado com filhos e filhas, que muitas vezes não contam com local adequado, ficando aos cuidados de uma vizinha ou de irmãs maiores, desencadeiam esgotamento da saúde física e mental das mulheres e fazem parte de um fenômeno mundial, facilmente constatado com a globalização<sup>22</sup>.

O âmbito doméstico, ainda, continua sendo, predominantemente, da mulher<sup>23</sup>. No Brasil, o nível de participação feminina nos afazeres domésticos mantém-se na faixa dos 90% da população acima dos dez anos de idade, enquanto os homens ficam na faixa entre 40 e 50%<sup>24</sup>. Daí se tem que a falta de harmonização do trabalho da mulher é forte fator de conflito entre o trabalho e a família<sup>25</sup>. E essa situação se agrava a partir da estrutura das famílias brasileiras, composta em grande peso por famílias monoparentais, cujas mulheres que a compõem se inserem em maior número no mercado de trabalho quando comparadas à situação do homem ou mesmo em relação às mulheres que não têm filhos<sup>26</sup>.

Contudo, é certo que o homem, nas novas gerações surgidas e criadas em novo ambiente social, influenciado pela ideologia da igualdade, acabou por ter consciência do papel da mulher no mercado de trabalho. Com isso o homem mais moderno não só passa a querer equilibrar essa balança, como também passa a desejar maior tempo de dedicação à família (ainda que, por enquanto, por uma pequena parcela da população masculina), nem que seja para buscar uma melhor qualidade de vida e sensação de bem-estar ao conviver mais presencialmente com seus familiares.

O ingresso da mulher no mercado de trabalho, por sua vez, redundou em sua maior qualificação profissional, escasseando, cada vez mais, mesmo no Brasil, pessoas do sexo feminino dispostas a trabalhar em tarefas domésticas. Reduz-se a oferta da mão-de-obra doméstica a exigir dos pais trabalhadores uma maior

<sup>20</sup> CARMEN SABATER, María. La interacción trabajo-familia. La mujer y la dificultad de la conciliación laboral. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Álava: Universidad del País Vasco, n. 30, p. 166, 2014-I. Disponível em: <[http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/14185/12573](http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/14185/12573)>.

<sup>21</sup> OIT. *Trabalho e família*: rumo a novas formas de conciliação com corresponsabilidade social. Brasília: OIT, 2009. p. 2-3 Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/trabalho\\_e\\_familia\\_275.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/trabalho_e_familia_275.pdf)>.

<sup>22</sup> CRUZ, Rubia Abs da. *A globalização e Convenção 156 da Organização Internacional do Trabalho OIT*: Cladem Programa de Formação. 2011. p. 3. Disponível em: <<http://cladem.org/po/nossos-programas/formacao/producao-e-materiais>>. Acesso em: 30 maio 2011.

<sup>23</sup> QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. La conciliación de la vida laboral y familiar en el marco jurídico actual. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Madrid: Universidad Complutense, v. 23, n. 1, p. 99, 2005. Disponível em: <<https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/viewFile/CRLA0505110095A/32351>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

<sup>24</sup> RICOLDI, Arlene Martínez. *A noção de articulação entre família e trabalho e políticas de apoio*. Nota técnica. Mercado de Trabalho. n. 42. IPEA, Ministério do Trabalho e Emprego, Brasil, 2010. p. 39-407. Disponível em: <[http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/05\\_nota\\_tecnica03\\_nocao.pdf](http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/05_nota_tecnica03_nocao.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2017.

<sup>25</sup> CARMEN SABATER, María. La interacción trabajo-familia. La mujer y la dificultad de la conciliación laboral. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Álava: Universidad del País Vasco, n. 30, p. 168, 2014-I. Disponível em: <[http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/14185/12573](http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/14185/12573)>.

<sup>26</sup> SORJ, Bila; FONTES, Adriana; MACHADO, Danielle Carusi. Políticas e práticas de conciliação entre família e trabalho no Brasil. *Cadernos de Pesquisa*, Fundação Carlos Chagas, v. 37, n. 132, p. 592, set./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0437132.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.



dedicação às tarefas relacionadas à vida familiar.

Tudo isso contribui para uma mudança nas relações sociais, aliado ao surgimento, cada vez maior, das novas formas de família e a par da impossibilidade e mesmo incapacidade de o Estado substituir os membros da família nas tarefas de assistência aos membros da família, especialmente em relação aqueles mais necessitados.

Outrossim, cada vez mais se tem consciência, mesmo entre os homens, que é a partir da convivência com os membros da família que mais nos satisfazemos em nossos desejos de alcançar a felicidade e a realização pessoal. Os homens, pois, cada vez mais, se apresentam, também, como pessoas afetivas, interessadas e capazes de assumir responsabilidades familiares e dispostas a participar das atividades domésticas. Até porque a família constitui fator relevante para o livre desenvolvimento da personalidade.

Mas, ao lado do acesso da mulher ao mercado de trabalho, agravando o conflito família-trabalho, cada vez mais, em especial nos centros mais desenvolvidos, há uma diminuição da assistência familiar por parte dos parentes mais próximos<sup>27</sup>. Tal fator acaba gerando dificuldades na assistência familiar, já que o tempo de trabalho impede o trabalhador poder acompanhar seus parentes em estado de necessidade (v.g, assistência à criança, atenção aos enfermos) ou mesmo na realização dos trabalhos domésticos. Essa situação é mais grave, porém, nas famílias pobres, já que estas, em geral, não possuem condições de contratar os serviços de assistência familiar (cuidadores, empregados domésticos etc.). Ter responsabilidades familiares implica, por sua vez, maior dificuldade para a pessoa se inserir de forma plena no mercado de trabalho<sup>28</sup>.

Como fator que contribui, ainda, para elevação do conflito está o fato de que, cada vez mais, surge a necessidade de amparo aos idosos, considerando-se a maior perspectiva de vida<sup>29</sup>. A essa necessidade se agrega, ainda, o tempo gasto pelos trabalhadores, ao menos nas grandes cidades, em seus deslocamentos para o trabalho e retorno à residência, o que contribui para diminuição do período que podem se dedicar às tarefas domésticas e à assistência familiar<sup>30</sup>.

Essa tensão entre trabalho e família ocorre, em geral, quando a pessoa percebe que, diante das exigências que decorrem do trabalho e dos compromissos familiares, não consegue satisfazer ou cumprir seus papéis de forma satisfatória. O conflito trabalho-família pode, então, ser definido como um conflito de papéis (*interrole*) em que as demandas oriundas dos domínios laborais e familiares, em determinada medida, são incompatíveis entre si. “Ou seja, a participação no papel trabalho (família) torna-se mais difícil em virtude da participação no papel família (trabalho)”<sup>31</sup>. E esse conflito decorre, em especial, do fator tempo (diminuição do período dedicado a um dos domínios), da tensão (stress) produzida pelo papel que se espera da pessoa, gerando ansiedade, fadiga, depressão, apatia e irritabilidade, e do fator comportamental, dada a incompatibilidade de papéis que se espera no ambiente de trabalho (impessoalidade, lógica, frieza, poder, autoridade) e no seio familiar (afetividade, emoção, maior interação, etc), especialmente entre os homens<sup>32</sup>. Em suma, o conflito gera problemas físicos e emocionais que afetam o bem-estar e a saúde dos membros da família e

<sup>27</sup> HEIN, Catherine. *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*: Ideas prácticas de la experiencia global. Madrid: MTAS/OIT, 2006. p. 31.

<sup>28</sup> AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. Protección social de la familia: aspectos laborales y de seguridad social. *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Universidad Complutense de Madrid, n. 9, p. 67, 2009. Disponível em: <<https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/FORO0909120061A/13473>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

<sup>29</sup> HEIN, Catherine. *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*: Ideas prácticas de la experiencia global. Madrid: MTAS/OIT, 2006. p. 32.

<sup>30</sup> HEIN, Catherine. *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*: Ideas prácticas de la experiencia global. Madrid: MTAS/OIT, 2006. p. 34.

<sup>31</sup> GREENHAUS, Jeffrey H; BEUTELL, Nicholas J. Sources of Conflict Between Work and Family Roles. *The Academy of Management Review*, v. 10, n. 1, p. 77, jan. 1985. Disponível em: <[http://www.jstor.org/stable/258214?seq=1&cid=pdf-reference#references\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/258214?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents)>. Acesso em: 26 abr. 2017. (tradução nossa).

<sup>32</sup> GREENHAUS, Jeffrey H; BEUTELL, Nicholas J. Sources of Conflict Between Work and Family Roles. *The Academy of Management Review*, v. 10, n. 1, p. 81-82, jan. 1985. Disponível em: <[http://www.jstor.org/stable/258214?seq=1&cid=pdf-reference#references\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/258214?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

dos próprios trabalhadores<sup>33</sup>.

Esse conflito, por sua vez, tem raízes e reflete no comportamento humano, pois estudos demonstram que, mais remotamente, ele (conflito) surge em decorrência dos diferentes papéis sociais (*roles*) assumidos pela pessoa (*theory of role* ou dos papéis sociais), gerando efeitos negativos em seu bem-estar<sup>34</sup>, atuando como elemento estressante<sup>35</sup>.

O conflito humano, por sua vez, depende da interação família-trabalho. Assim que uma das posturas que pode ser adotada é a do apoio à conciliação (teoria do apoio recebido). Nessa situação, a empresa apoia a convivência familiar, adotando práticas e cultura de conciliação entre trabalho e família, compartilhando valores e crenças que estimulam a integração de labor e da vida familiar. Nessa hipótese, o trabalhador tende a não sofrer com os distintos papéis assumidos<sup>36</sup>.

Tem-se, porém, uma segunda posição (teoria do limite), na qual não há o estímulo à conciliação, mas, devido aos limites flexíveis e permeáveis, se permite manter o equilíbrio entre trabalho e a vida familiar quando ambas esferas são similares e a pessoa se integra aos grupos (trabalho e família), internalizando seus valores e cultura, tendo capacidade de controlar seus limites. Contudo, pessoas com pouca capacidade de assimilação, ou com desconhecimento dos valores em conflito, tendem a não manter o equilíbrio<sup>37</sup>.

Essa última situação é a de maior ocorrência. Isso porque ainda hoje prevalece o modelo masculino de trabalho, no qual há maior valorização dos trabalhadores homens em detrimento das mulheres, já que aqueles, dada a cultura machista, possuem menores compromissos familiares. Ou seja, privilegia-se e se valoriza o tempo dedicado ao trabalho, considerando-se menos valiosos os trabalhadores que dedicam mais tempo para a família. E isso ocorre mesmo nas empresas que adotam uma política de conciliação, já que os trabalhadores, dada cultura masculina dominante, ainda, assim, têm convicção de que podem ser prejudicados na ascensão profissional se se dedicam mais à família<sup>38</sup>. Isso não quer dizer, no entanto, que a adoção de políticas de conciliação não torne o ambiente laboral mais agradável, contribuindo para a satisfação dos trabalhadores<sup>39</sup>.

O conflito, assim, é prejudicial ao trabalhador também em sua vida profissional, em especial para as mulheres. As trabalhadoras, em especial em face da dupla jornada, acabam por abrir mão do emprego ou, pela falta de tempo, pouco investem na formação profissional. Isso sem falar na discriminação que decorre do

<sup>33</sup> COVERMAN, Shelley. Role Overload, Role Conflict, and Stress: Addressing Consequences of Multiple Role Demands. In: *Social Forces*, Oxford University Press, v. 67, n. 4, p. 108, jun. 1989. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2579710>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

<sup>34</sup> KAHN, Robert L.; WOLFE, Donald M.; QUINN, Robert P.; SNOEK, J. Diedrick; ROSENTHAL, Robert A. *Organizational stress: studies in role conflict and ambiguity*. New York: John Wiley & Sons, 1964.

<sup>35</sup> KARASEK Jr, Robert A. Job Demands, Job Decision Latitude, and Mental Strain: Implications for Job Redesign. *Administrative Science Quarterly*, Cornell University, v. 24, n. 2, p. 287-288, jun. 1979. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/2392498.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

<sup>36</sup> UGARTEBURU GASTAÑARES, Itziar; CERRATO ALLENDE, Javier; IBARRETXE ZORRIKETA, Roberto. Transformando el conflicto trabajo/familia en interacción y conciliación trabajo/familia. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, n. 18, p. 22, 2008-I. Disponível em: <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/2798/2414](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2798/2414)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

<sup>37</sup> UGARTEBURU GASTAÑARES, Itziar; CERRATO ALLENDE, Javier; IBARRETXE ZORRIKETA, Roberto. Transformando el conflicto trabajo/familia en interacción y conciliación trabajo/familia. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, n. 18, p. 23, 2008-I. Disponível em: <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/2798/2414](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2798/2414)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

<sup>38</sup> UGARTEBURU GASTAÑARES, Itziar; CERRATO ALLENDE, Javier; IBARRETXE ZORRIKETA, Roberto. Transformando el conflicto trabajo/familia en interacción y conciliación trabajo/familia. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, n. 18, p. 23-24, 2008-I. Disponível em: <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/2798/2414](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2798/2414)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

<sup>39</sup> CASCIO, Wayne F.; YOUNG, Clifford Earle. Work-Family Balance: Does the Market Reward Firms That Respect It? In: HALPERN, Diane F.; MURPHY, Susan Elaine. *From work-family balance to work-family interaction: Changing the metaphor*. New York: Routledge, 2004. p. 59-60. Disponível em: <[https://www.safaribooksonline.com/library/view/from-work-family-balance/9780805848861/xhtml/13\\_chapter04.xhtml](https://www.safaribooksonline.com/library/view/from-work-family-balance/9780805848861/xhtml/13_chapter04.xhtml)>. Acesso em: 27 abr. 2017.

fato de se dedicarem a algumas tarefas domésticas em prejuízo ao trabalho, com o comprometimento profissional e a produtividade. Já os homens, ou sofrem preconceitos quando assumem maiores responsabilidades familiares, ou são prejudicados por não serem destinatários de políticas de conciliação que acabam sendo voltadas mais para as mulheres (ex. licença maternidade bem superior à licença paternidade).

A tensão trabalho e família, porém, acaba resvalando nos interesses das empresas. Isso porque o conflito acaba gerando maior rotatividade (*turnover*) de empregados e a menor produtividade. Além disso, o conflito contribui para o maior absenteísmo e atrasos para o trabalho, em prejuízo e aumento de custos para as empresas.

Tudo isso já conduz à conclusão de que a sociedade acaba por ser prejudicada. Contudo, esse prejuízo fica mais patente para a sociedade quando se constata que a falta de conciliação cria obstáculo para a inserção no mercado de trabalho e, por via de consequência, no aumento da renda nacional, em especial em relação aos membros das famílias de baixa renda, o que contribui para perpetuação da pobreza. Essa tensão, ainda, é fator de desigualdade de oportunidade e tratamento entre homens e mulheres para ocupação do posto de trabalho. Essa tensão, ainda, contribui para diminuição da prestação dos cuidados às pessoas dependentes e impactam a queda da fecundidade.

Todos esses fatores contribuem para a menor produtividade e competitividade dos países, enfraquecendo suas trajetórias, especialmente por redundarem em maior aumento nos gastos públicos com os serviços de assistência social (creches etc.), com a educação compensatória e com o aumento da delinquência.

Podemos, inclusive, dividir os efeitos negativos em quatro grupos: i) efeitos negativos na saúde psicofísica do trabalhador, ii) na satisfação profissional ou familiar, levando à perda de vontade de trabalhar ou à insatisfação marital (conflito entre cônjuges), iii) no rendimento laboral, com perda da produtividade e prejuízo na ascensão profissional, e no rendimento familiar em relação às tarefas domésticas, e iv) efeitos negativos no grau de envolvimento (implicação/comprometimento) com o trabalho ou com a família, conduzindo ao desejo da troca de emprego ou ao desfazimento da convivência familiar (distanciamento da família)<sup>40</sup>.

Em contrapartida, a harmonização desses direitos, muitas vezes em conflito, gera diversos benefícios que vão desde a maior assistência aos familiares que necessitam de apoio, à diminuição do estresse do trabalhador em conflito entre o trabalho e suas responsabilidades familiares. Além disso, do ponto de vista da empresa, a harmonização contribui para maior produtividade, menos absenteísmo, menor rotatividade de mão-de-obra, maior motivação e valorização social de sua imagem<sup>41</sup>. Para a sociedade, por sua vez, essa harmonização contribui para redução da marginalidade e diminuição dos custos com assistência social estatal.

Mas, sem dúvida, um grande fator que impulsiona a necessidade de conciliação entre o trabalho e a família, no estágio em que nos encontramos, é o da concretização da efetiva igualdade entre homem e mulher. Mas, por óbvio, essa conciliação, também, busca compatibilizar as diversas faces da vida, não só em relação ao emprego e à família, mas também em relação ao tempo dedicado ao ócio, ao lazer, etc.

E, nesse intento, a conciliação da vida familiar com o trabalho contribui, sem dúvida, para a construção de uma sociedade baseada na maior qualidade de vida das pessoas, ofertando as mesmas oportunidades a homens e mulheres, especialmente no progresso profissional, além de contribuir para a melhor distribuição do tempo.

<sup>40</sup> UGARTEBURU GASTAÑARES, Itziar; CERRATO ALLENDE, Javier; IBARRETXE ZORRIKETA, Roberto. Transformando el conflicto trabajo/familia en interacción y conciliación trabajo/familia. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, n. 18, p. 34-36, 2008-I. Disponível em: <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/2798/2414](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2798/2414)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

<sup>41</sup> UGARTEBURU GASTAÑARES, Itziar; CERRATO ALLENDE, Javier; IBARRETXE ZORRIKETA, Roberto. Transformando el conflicto trabajo/familia en interacción y conciliación trabajo/familia. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, n. 18, p. 29, 2008-I. Disponível em: <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/2798/2414](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2798/2414)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

## 5 Políticas de conciliação

Na busca da conciliação, diversas medidas podem ser adotadas. Elas vão desde ações estatais com políticas concretas de apoio à conciliação, como os serviços públicos de creches e até as prestações de seguridade social, às medidas adotadas pelos empregadores, a exemplo da flexibilização do horário de trabalho.

Nesse sentido, sem querer detalhar procedimentos ou regras existentes ou por serem implantadas, o que interessa é destacar quais seriam essas medidas que podem contribuir para maior conciliação entre a vida familiar e laboral.

Elas podem ser divididas em três ordens distintas no campo mais restrito do direito do trabalho. Seriam: adoção de licenças parentais, flexibilização/redução do horário de trabalho e medidas para manutenção do convívio familiar. Todas elas buscam, em maior ou menor medida, contribuir para compatibilizar as responsabilidades familiares com o trabalho e as condições de trabalho com as responsabilidades familiares.

Dentre as licenças parentais podem ser citadas as licenças maternidade e paternidade, as licenças para acompanhamento de familiar doente, para acompanhamento da gestante em exames médicos, para casar, em face do luto etc., são medidas que buscam, em situações excepcionais, assegurar ao trabalhador um maior convívio com seus familiares em situações especiais, seja assistindo o filho nos primeiros meses de sua vida, seja confortando o parente ou gozando da tristeza na morte.

Tais licenças, no entanto, devem ser efetivadas por prazos razoáveis de modo que cumpram, de fato, suas finalidades. Assegurar o gozo de apenas cinco dias de licença paternidade, por exemplo, revela certo desprezo com o dever do pai para com a família, além de contribuir para aumentar a desigualdade material de oportunidade de trabalho entre homens e mulheres.

A licença paternidade reduzida em poucos dias, outrossim, prejudica a igualdade de gênero, já que, enquanto as mulheres se afastam por até quatro meses para cuidar do filho (às servidoras públicas se assegura seis meses), em detrimento de seus interesses laborais (com prejuízo a progressão profissional, maior qualificação etc.), os homens pouco sofrem nessa seara. É verdade que, nesse caso, em contrapartida, o homem se mantém afastado do seio familiar, em seu prejuízo e da família, em total desequilíbrio em relação às obrigações laborais.

O ideal, nesse campo, é assegurar a licença parental, dividindo-se o tempo de afastamento entre o homem e a mulher. Parece-nos que o modelo ideal é o de alguns países europeus, em especial os da Escandinávia, que impõem períodos distintos de licenças obrigatórias para o homem e a mulher, e período no qual cabe ao casal decidir quem irá usufruí-lo<sup>42</sup>. Com isso, combate-se o preconceito contra a mulher e se assegura maior igualdade em concorrência com o homem.

No caminho de assegurar um tempo razoável para o convívio familiar, se revela muito importante a decisão do Pleno do STF<sup>43</sup> quando este decidiu que a mulher adotante deve gozar do mesmo período de licença concedida à mãe biológica. Na oportunidade foi fixada a tese jurídica de que “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações”. Decidiu-se, ainda, que “em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.

Na referida decisão, ainda que o STF não tenha fundado sua decisão no direito de conciliação entre tra-

<sup>42</sup> MARTÍNEZ HERRERO, María José. La política familiar como instrumento de igualdad: distintas concepciones europeas. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, v. 1, n. 18, p. 64, 2008a. Disponível em: <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/2800/2416](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2800/2416)>. Acesso em: 23 abr. 201.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 778.889. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de mar. de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, 29 jul. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>>. Acesso em: 26 abr. 2017.



balho e família, vê-se, claramente, que esse provimento judicial busca justamente alcançar essa finalidade. Ao se assegurar ao adotante, o mesmo período de licença que é concedida à mãe biológica, em suma, garante-se, de forma eficaz, a conciliação entre o trabalho e a vida familiar. E a decisão do STF, por vias transversas, afirmou que a licença reduzida ao adotante acaba por não alcançar ao fim que ela almeja.

Vale observar, ainda, que, dada sua *ratio decidendi*, essa decisão do Supremo Tribunal Federal há de ser estendida a toda e qualquer pessoa, mesmo que do sexo masculino, que venha a adotar outra pessoa. Se ao homem solteiro se assegura o direito de adotar, logo não se pode querer negar-lhe o direito de gozar de licença do trabalho para melhor convivência com o adotado. Em suma, como decidido, nesse caso, “as crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado”. Logo, “demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas”. Daí porque não lhes cabe “conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa”<sup>44</sup>.

Da mesma forma, não se pode ter como razoável, como assegurado na CLT<sup>45</sup>, o gozo de, apenas, dois dias de licença em caso de morte de parente próximo. Esse curto período sequer serve para a superação do luto pessoal, quanto mais para assistir os parentes enlutados. Basta pensar na morte de um filho e o luto dele decorrente para se perceber que dois dias não contribuem para a satisfação de qualquer dos objetivos buscados, isto é, assegurar o luto e a assistência familiar.

A desproporcionalidade dessa norma, por sua vez, revela-se patente quando se tem que a pessoa enlutada não pode ser citada em demanda judicial no dia do falecimento do ente querido e nos sete dias seguintes (art. 244, inciso II, do CPC/15)<sup>46</sup>. Não é razoável exigir o retorno ao trabalho após dois dias de luto e, ao mesmo tempo, impedir uma simples citação judicial durante sete dias a partir da morte!

No campo laboral, ainda, para maior conciliação entre os direitos em conflito (trabalho e família), é necessário que sejam postas em ação medidas de flexibilização ou redução do horário de trabalho de modo a permitir um maior equilíbrio no tempo gasto no seio da família e no local de trabalho, em especial quando diante de situações que requer maior assistência familiar. É preciso deixar de lado a hipervalorização do trabalho<sup>47</sup>. Tudo deve ser na medida certa, em harmonia.

Os exemplos, nesse campo, podem ser diversos. Entre eles pode ser citada a redução do horário de trabalho (preferível à perda do emprego, ainda que com redução salarial) nas situações em que um membro da família necessite de maior assistência. E é o que ocorre com as crianças na primeira infância, com os idosos em idade avançada ou saúde debilitada, com familiares deficientes ou portadores de doença graves em longo processo de tratamento.

No Brasil, por exemplo, nesse campo, já se assegura à mulher que amamenta o filho o direito ao gozo de dois descansos especiais de meia hora cada, até que ele complete seis meses de idade, podendo esse prazo ser dilatado (art. 396 da CLT).

Outros exemplos seriam a adoção de trabalho em tempo parcial durante alguns períodos do vínculo, quando haja maior necessidade da presença da pessoa no seio familiar, ou mesmo o incentivo ao trabalho a domicílio (inclusive teletrabalho) ou o trabalho compartilhado. E até a simples comunicação prévia da necessidade de prorrogação da jornada (horas extras) já contribui para harmonização, pois, nesse caso, esse procedimento facilita a organização dos cuidados para com os dependentes do trabalhador.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 778.889. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de mar. de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, 29 jul. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

<sup>45</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 3 abr. 2017.

<sup>46</sup> BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

<sup>47</sup> MOLERO MANGLANO. Carlos. La vida profesional y familiar en España y su conciliación. In: ICADE. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, v. 51, p. 24-25, 2000.

Em tais situações, tanto a flexibilização, como eventual redução dos horários de trabalho, revelam-se como medidas que podem contribuir com a maior conciliação da vida laboral e familiar. E não se pode perder de vista que o empregado, ao final da sua jornada, necessita de um tempo de recuperação para que se evite as consequências negativas do acúmulo de serviços. E essa recuperação é prejudicada quando se tem excesso de horas de trabalho, outras exigências fora do trabalho (âmbito privado) e a manutenção do mecanismo de ativação/vinculação a esses dois espaços (trabalho e serviços da vida privada).

Quaisquer destas situações ocasionará uma interferência na conciliação trabalho/não-trabalho que pode ser bem uma interferência de tempo (ocasionada pelas exigências horárias do trabalho que impede fisicamente satisfazer as responsabilidades privadas) ou uma interferência de tensão (ocasionada pela tensão adquirida no trabalho que impede ou dificulta o funcionamento da pessoa na esfera privada)<sup>48</sup>.

O tempo de trabalho ou sua vinculação/ativação a ele (não se desliga mentalmente do trabalho), pois, exerce direta influência no conflito com os interesses familiares. Ressalte-se, nesse sentido, que na Europa, de um modo geral, a carga de trabalho vem sendo reduzida, o que colabora para maior conciliação<sup>49</sup>.

Por fim, para conciliação do trabalho com a família, podem ser implementadas medidas que buscam a manutenção da convivência familiar. E aqui se enquadra o direito de cônjuge/companheiro ser transferido para laborar na mesma cidade para qual o parceiro foi deslocado por força do seu trabalho. Mas não só do cônjuge ou companheiro, mas, sim, de todos os membros da família, assegurando-se, por exemplo, aos filhos estudantes acesso às escolas e universidade nos novos lugares de trabalho.

Outras medidas de apoio ou assistências aos filhos dos trabalhadores no local de trabalho (creches, escola no meio rural etc.) podem ser implantadas. Nesse segmento podemos, ainda, incluir o direito preferencial dos membros da mesma família de gozar férias no mesmo período. As do estudante, ainda, coincidindo com as férias escolares. Busca-se, com isso, privilegiar o convívio familiar.

Mas, além das medidas voltadas muito mais para adaptar o direito do trabalho ao direito de família, práticas e políticas governamentais podem ser adotadas. E elas podem ser de diversas ordens.

Nesse caminho, pode-se pensar em uma política de tributação da renda de modo que ela possa ter relevância nas decisões dos pais acerca da divisão de tarefas no seio da família, o que, aliás, já ocorre em diversos países europeus<sup>50</sup>. Também se pode implantar medidas de incentivos fiscais para as empresas que adotam práticas de maior conciliação do trabalho e família.

Em relação às licenças parentais etc., espera-se que a seguridade social arque, ao menos com uma parte, do seu custeio, não sacrificando o trabalhador, tampouco impondo, exclusivamente, ao empregador o ônus delas decorrentes.

Em relação às crianças e aos adolescentes em idade de maior necessidade de acompanhamento, o Estado pode contribuir criando e ampliando os serviços de acolhimento. Igual medida deve ser adotada em relação às pessoas maiores, mas que demandam atenção dadas suas necessidades especiais (idosos, deficientes etc.).

<sup>48</sup> UGARTEBURU GASTAÑARES, Itziar; CERRATO ALLENDE, Javier; IBARRETXE ZORRIKETA, Roberto. Transformando el conflicto trabajo/familia en interacción y conciliación trabajo/familia. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, n. 18, p. 25, 2008-I. Disponível em: <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/2798/2414](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2798/2414)>. Acesso em: 23 abr. 2017p. 25. (tradução nossa).

<sup>49</sup> MACINNES, J. Diez mitos sobre la conciliación de la vida laboral y familiar. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Madrid: Universidad Complutense, v. 23, n. 1, p. 37-39, 2005. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/viewFile/CRLA0505110035A/32349>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

<sup>50</sup> NAVAU MARTÍNEZ-VAL, Maria Pilar. El impuesto personal sobre la renta y la conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales: hacia un nuevo modelo de familia. In: ICADE. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, v. 51, p. 215-217, 2000; PAZOS MORÁN, María; PÉREZ BARRASA, Teresa. Política familiar, imposición efectiva e incentivos al trabajo en la reforma de la imposición sobre la renta personal (IRPF) de 2003 en España. *Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, Serie economía, Madrid, n. 16, p. 7-34, 2004. Disponível em: <[http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/papeles\\_trabajo/2004\\_16.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/papeles_trabajo/2004_16.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2017.

Em resumo, são diversas medidas que podem ser adotadas, e nossa legislação já prevê algumas delas, para maior conciliação do direito ao trabalho com o direito à família. E elas podem ser resumidas em medidas e políticas de promoção à conciliação por partes dos próprios interessados (empregados e empregadores), estabelecimento de uma legislação trabalhista conciliadora, fornecimento de prestações de seguridade social relacionadas às licenças e horários de trabalho, programas de assistência, medidas para aumentar as responsabilidades familiares e política de reinserção no mercado de trabalho, em especial das mulheres<sup>51</sup>.

Para Organização Internacional do Trabalho (OIT) o trabalho decente passa por oferecer emprego produtivo em condições de liberdade, em condições de segurança, com respeito à dignidade e em condições de equidade. Nesse último caso, “é necessário que os trabalhadores sejam tratados de forma justa e equitativa, sem discriminações e permitindo conciliar o trabalho”<sup>52</sup>.

Em verdade, já é hora de tratar dessa questão não apenas com a intenção de atenuar os prejuízos que decorrem do conflito trabalho e família. Em verdade, é preciso passar para o estágio na qual ambas vivências se aliem de modo a obter maiores ganhos combinados do que separados<sup>53</sup>.

## 6 Considerações finais

Assim, em síntese, podemos concluir que, para atingir o bem-estar material, o desenvolvimento espiritual, em condições de dignidade, liberdade, segurança econômica e igualdade de oportunidade, o homem tem direito de conciliar o direito ao trabalho com o direito de constituir família, conviver entre os familiares e assistir seus entes queridos de modo satisfatório.

Para alcançar a conciliação entre trabalho e família, de modo o quanto mais satisfatório possível, devem ser asseguradas medidas no campo do direito do trabalho que assegurem o gozo de licenças parentais, a flexibilização/redução do horário de trabalho e medidas para manutenção do convívio familiar, bem como devem ser adotadas políticas e ações públicas concretas de apoio à conciliação, a exemplo dos serviços públicos de creches e as prestações de seguridade social.

## Referências

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. Protección social de la familia: aspectos laborales y de seguridad social. *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Universidad Complutense de Madrid, n. 9, p. 61-87, 2009. Disponível em: <<https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/FO-RO0909120061A/13473>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

ÁLVAREZ RAMÍREZ, Adaneys; GÓMEZ BARRIOS, Ingrid Carolina. Conflicto trabajo-familia, en mujeres profesionales que trabajan en la modalidad de empleo. *Pensamiento Psicológico*, Cali (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana, v. 9, n. 16, p. 89-106, 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80118612006>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

<sup>51</sup> HEIN, Catherine. *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*: Ideas prácticas de la experiencia global. Madrid: MTAS/OIT, 2006. p. 84.

<sup>52</sup> OIT. *Trabalho e família*: rumo a novas formas de conciliação com corresponsabilidade social. Brasília: OIT, 2009. p. 18. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/trabalho\\_e\\_familia\\_275.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/trabalho_e_familia_275.pdf)>.

<sup>53</sup> UGARTEBURU GASTAÑARES, Itziar; CERRATO ALLENDE, Javier; IBARRETXE ZORRIKETA, Roberto. Transformando el conflicto trabajo/familia en interacción y conciliación trabajo/familia. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, n. 18, p. 20, 2008-I. Disponível em: <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/2798/2414](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2798/2414)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 3 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 778.889. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 10 de mar. de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico, 29 jul. 2016*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

CARMEN SABATER, Maria. La interacción trabajo-familia. La mujer y la dificultad de la conciliación laboral. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Álava: Universidad del País Vasco, n. 30, p. 163-198, 2014-I. Disponível em: <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/14185/12573](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/14185/12573)>.

CASCIO, Wayne F.; YOUNG, Clifford Earle. Work-Family Balance: Does the Market Reward Firms That Respect It? In: HALPERN, Diane F.; MURPHY, Susan Elaine. *From work-family balance to work-family interaction: Changing the metaphor*. New York: Routledge, 2004. Disponível em: <[https://www.safaribooksonline.com/library/view/from-work-family-balance/9780805848861/xhtml/13\\_chapter04.xhtml](https://www.safaribooksonline.com/library/view/from-work-family-balance/9780805848861/xhtml/13_chapter04.xhtml)>. Acesso em: 27 abr. 2017.

COVERMAN, Shelley. Role Overload, Role Conflict, and Stress: Addressing Consequences of Multiple Role Demands. In: *Social Forces*, Oxford University Press, v. 67, n. 4, p. 965-982, jun. 1989. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2579710>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

CRUZ, Rubia Abs da. *A globalização e Convenção 156 da Organização Internacional do Trabalho OIT: Cladem Programa de Formação*. 2011. Disponível em: <<http://cladem.org/po/nossos-programas/formacao/producao-e-materiais>>. Acesso em: 30 maio 2011.

GREENHAUS, Jeffrey H; BEUTELL, Nicholas J. Sources of Conflict Between Work and Family Roles. *The Academy of Management Review*, v. 10, n. 1, p. 76-88, jan. 1985. Disponível em: <[http://www.jstor.org/stable/258214?seq=1&cid=pdf-reference#references\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/258214?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents)>. Acesso em: 26 abr. 2017.

HEIN, Catherine. *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*. Ideas prácticas de la experiencia global. Madrid: MTAS/OIT, 2006.

KAHN, Robert L.; WOLFE, Donald M.; QUINN, Robert P.; SNOEK, J. Diedrick; ROSENTHAL, Robert A. *Organizational stress: studies in role conflict and ambiguity*. New York: John Wiley & Sons, 1964.

KARASEK Jr, Robert A. Job Demands, Job Decision Latitude, and Mental Strain: Implications for Job Redesign. *Administrative Science Quarterly*, Cornell University, v. 24, n. 2, p. 285-308, jun. 1979. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/2392498.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

MACINNES, J. Diez mitos sobre la conciliación de la vida laboral y familiar. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Madrid: Universidad Complutense, v. 23, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/viewFile/CRLA0505110035A/32349>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

MARÍN SANCHEZ, Manuel; INFANTE REJANO, Eduardo; RIVERO CUADRADO, Marcos. Presiones internas del ámbito laboral y/o familiar como antecedente del conflicto trabajo-familia. *Revista de Psicología Social (International Journal of Social Psychology)*, Espanha: Fundación Infancia y Aprendizaje, v. 17, n. 1, p. 103-112, 2002. Disponível em: <[https://www.academia.edu/1911302/Estudio\\_psicométrico\\_de\\_la\\_version\\_espanola\\_de\\_la\\_escalade\\_Conflicto\\_Familia-Trabajo\\_de\\_Kopelman\\_Greenhaus\\_y\\_Connolly\\_1983\\_Psychometrical\\_study\\_of\\_the\\_](https://www.academia.edu/1911302/Estudio_psicométrico_de_la_version_espanola_de_la_escalade_Conflicto_Familia-Trabajo_de_Kopelman_Greenhaus_y_Connolly_1983_Psychometrical_study_of_the_)>. Acesso em: 18 abr. 2017.

MARTÍNEZ HERRERO, María José. La política familiar como instrumento de igualdad: distintas concepciones europeas. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, v. 1,



n. 18, p. 43-79, 2008a. Disponível em: <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/2800/2416](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2800/2416)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

MEIRELES, Edilton. *A constituição do trabalho: O trabalho nas constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MOLERO MANGLANO, Carlos. La vida profesional y familiar en España y su conciliación. In: ICADE. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, v. 51, p. 13-78, 2000.

NAVARRO-ARDOY, L. Trabajo y familia: un conflicto en las parejas. *Revista de Estudios de Juventud*, Madrid: Instituto de la Juventud, v. 67, p. 115-125, 2004. Disponível em: <[http://www.injuve.es/sites/default/files/revista67\\_tema8.pdf](http://www.injuve.es/sites/default/files/revista67_tema8.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2017.

NAVAU MARTÍNEZ-VAL, María Pilar. El impuesto personal sobre la renta y la conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales: hacia un nuevo modelo de familia. In: ICADE. *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, v. 51, p. 185-220, 2000.

OIT. *Conciliación del trabajo y la vida familiar*: Apresentação resumida à 312ª Reunião. Genebra, nov. 2011. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_163643.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_163643.pdf)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

OIT. *Trabalho e família*: rumo a novas formas de conciliação com corresponsabilidade social. Brasília: OIT, 2009. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/trabalho\\_e\\_familia\\_275.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/trabalho_e_familia_275.pdf)>.

PADEN, Shelley L.; BUEHLER, Cheryl. Coping with the dual income lifestyle. In: *Journal of Marriage and the Family*, University of Maine, n. 57, p. 101-110, fev. 1995. Disponível em: <<https://www.uncg.edu/hdf/facultystaff/Buehler/family/coping%20with%20the%20dual%20income.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

PAZOS MORÁN, María; PÉREZ BARRASA, Teresa. Política familiar, imposición efectiva e incentivos al trabajo en la reforma de la imposición sobre la renta personal (IRPF) de 2003 en España. *Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, Serie economía, Madrid, n. 16, p. 7-34, 2004. Disponível em: <[http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/papeles\\_trabajo/2004\\_16.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/papeles_trabajo/2004_16.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2017.

QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. La conciliación de la vida laboral y familiar en el marco jurídico actual. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Madrid: Universidad Complutense, v. 23, n. 1, p. 95-129, 2005. Disponível em: <<https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/viewFile/CRLA0505110095A/32351>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

RICOLDI, Arlene Martinez. *A noção de articulação entre família e trabalho e políticas de apoio*. Nota técnica. Mercado de Trabalho. n. 42. IPEA, Ministério do Trabalho e Emprego, Brasil, 2010. p. 37-43. Disponível em: <[http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/05\\_notatecnica03\\_nocao.pdf](http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/05_notatecnica03_nocao.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2017.

SORJ, Bila; FONTES, Adriana; MACHADO, Danielle Carusi. Políticas e práticas de conciliação entre família e trabalho no Brasil. *Cadernos de Pesquisa*, Fundação Carlos Chagas, v. 37, n. 132, p. 573-594, set./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0437132.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

UGARTEBURU GASTAÑARES, Itziar; CERRATO ALLENDE, Javier; IBARRETXE ZORRIKETA, Roberto. Transformando el conflicto trabajo/familia en interacción y conciliación trabajo/familia. In: Lan Harremanak. *Revista de Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco, n. 18, p. 17-41, 2008-I. Disponível em: <[http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/2798/2414](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/2798/2414)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez. *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2010.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Trabajo y diversidad funcional.  
La situación en el ordenamiento  
jurídico español**

**Work and functional diversity.  
The situation in the spanish  
legal system**

María Esther Carrizosa Prieto

# Trabajo y diversidad funcional. La situación en el ordenamiento jurídico español\*

## Work and functional diversity. The situation in the spanish legal system

María Esther Carrizosa Prieto\*\*

### Resumen

Son múltiples los factores que pueden afectar a la capacidad laboral de los trabajadores destacando, entre los más importantes, la discapacidad, la enfermedad y el cumplimiento de una determinada edad. Todas estas circunstancias están generando cuestiones litigiosas en el ámbito de la relación laboral, cuestiones que se suelen resolver aplicando la tutela antidiscriminatoria al considerarse que las conductas empresariales lesivas constituyen supuestos de discriminación por razón de discapacidad, de enfermedad o discriminación por razón de edad. Es común, por otro lado, que las interpretaciones judiciales y doctrinales se inclinen por la nulidad o improcedencia del acto lesivo (en muchos supuestos, la extinción de la relación laboral), generando con ello importantes costes personales y económicos para trabajadores y empresarios. Con objeto de evitar estas situaciones, es necesario plantearse otros mecanismos alternativos, menos drásticos, valorar su adecuación y su grado de obligatoriedad y la función preventiva que pueden desempeñar en el seno de las organizaciones productivas.

**Palabras clave:** diversidad funcional, discapacidad, enfermedad, discriminación, gestión de la diversidad

### Abstract

There are multiple factors that can affect the work capacity, highlighting, among the most important, disability, disease and age. These circumstances are generating litigations in labour relationships, which are solved by applying the prohibition of discrimination (discrimination based on disability, disease or discrimination based on age.) Judicial and doctrinal interpretations are inclined towards the nullity or inadmissibility of the act (usually, the extinction of the employment relationship), generating significant personal and economic costs for workers and employers. To avoid these situations, it is necessary to consider other alternative mechanisms, assess their adaptation and obligatory nature and the preventive role they can play.

**Keywords:** functional diversity, disability, disease, discrimination, diversity management

\* Guest autor / Autor convidado

El análisis es uno de los principales resultados del Proyecto de Investigación “Causas emergentes de discriminación en las relaciones laborales: tratamiento jurídico y articulación de nuevas vías de tutela”, financiado por la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, desde enero de 2014 hasta diciembre de 2017. Constituye el estudio previo en el que se basa la publicación “La gestión de la diversidad funcional en la empresa. La discapacidad, la enfermedad, y los trabajadores de edad avanzada, en VV.AA., Cambios sociales y laborales: nuevos retos para la igualdad y la salud. España, Portugal, Francia, Italia, Berna, Peter Lang, 2017.

\*\* Licenciada en Derecho por la Universidad de Sevilla, Doctora en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide y Premio extraordinario de doctorado de la Universidad Pablo de Olavide. Ha desarrollado su actividad docente e investigadora en la Universidad Pablo de Olavide desde el año 2000, como Becaria de Investigación FPD, Profesora Ayudante y Profesora Ayudante Doctora. Desde el 2010 ostenta la categoría profesional de Profesora Contratada Doctora y cuenta con la evaluación positiva como Profesora Titular desde mayo de 2013. Sus investigaciones se centran en la eficacia y tutela de los derechos fundamentales inespecíficos (igualdad, no discriminación, intimidad, etc.) y específicos (libertad sindical, negociación y conflicto colectivo) en el ámbito laboral. Ha desarrollado estancias investigadoras en Centros de Investigación y Universidades de referencia en el ámbito social del derecho. Ha participado en diversos proyectos de I+D+I, grupos y contratos de investigación. Actualmente, es la Coordinadora del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Pablo de Olavide. Email: ecarpri@upo.es



# 1 El empleo y el aumento de las situaciones de diversidad funcional en el ámbito laboral

A nadie se le escapa que en los últimos años han aumentado las manifestaciones de diversidad funcional en el seno de las organizaciones productivas. Ciertamente, el desarrollo alcanzado por la generalidad de los sistemas sociales, en España y en los países de su entorno jurídico más próximo, ha provocado que la sociedad sea mucho más receptiva a aceptar y gestionar los distintos problemas de diversidad funcional que pueden afectar a las personas. En el ámbito laboral esta circunstancia ha sido una constante desde que se aprobara la regulación estatutaria y, especialmente la normativa sobre seguridad social y prevención de riesgos laborales, si bien, la atención sobre la diversidad funcional se ha centrado casi en exclusiva en el trabajador que presentaba reducciones anatómicas o funcionales debidas a enfermedad o accidente, con más insistencia si estas contingencias tenían origen profesional. No obstante, el tratamiento, como hemos puesto de manifiesto en otros trabajos de investigación, casi siempre se ha otorgado desde la perspectiva rehabilitadora más que desde la preventiva e integradora, y considerando que la consecuencia lógica de estas situaciones es la expulsión del mercado de trabajo de la persona afectada<sup>1</sup>. En consecuencia, podemos considerar que, durante muchos años y salvo medidas puntuales, la gestión integral de la diversidad funcional ha sido obviada en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, incluyendo aquella que deriva de circunstancias como la discapacidad, pero, sobre todo, la que deriva de la enfermedad y, muy especialmente, de la edad.

Esta falta de atención destaca más si tenemos en cuenta las directrices en el ámbito de las políticas de empleo. Efectivamente, todas las políticas de los Estados de la Unión Europea (en adelante, UE), inciden, siguiendo las directrices comunitarias, en la necesidad de prolongar la vida activa o, lo que es lo mismo, postergar la edad de jubilación, que ha pasado de 65 años a ampliarse, de forma progresiva, hasta los 67 años, avanzando incluso más allá de este límite<sup>2</sup>. Obviamente no podemos afirmar ni fijar una determinada edad a partir de la cual se entienda disminuida la capacidad laboral de los trabajadores, pero si existe la firme convicción, que además es generalizada, de que el transcurso del tiempo incide en dicha capacidad.

Existen normas que se aventuran a fijar, con carácter general, la edad de 65 o 60 años dependiendo del sexo, como el límite para que las facultades de trabajadores o trabajadoras se empiecen a ver mermadas por la enfermedad, la discapacidad o por el simple transcurso del tiempo. En este sentido, la Recomendación núm. 67 de la OIT, sobre la seguridad de los medios de vida (1944) señala, en relación a la prestación de vejez, que esta deberá abonarse cuando se alcance una edad prescrita, que debería ser aquella en la que comúnmente las personas son incapaces de efectuar un trabajo eficiente, en la que la incidencia de la enfermedad y de la invalidez es elevada y en la que el desempleo, si lo hubiere, sería probablemente permanente. El anexo de esta recomendación señala, como principios normativos y sugerencias para su aplicación, que *“La edad mínima para poder solicitar la prestación de vejez debería fijarse en sesenta y cinco años para el hombre y sesenta para la mujer, como máximo, aunque posibilita que se pueda fijar una edad inferior para el retiro de las personas que durante muchos años hayan trabajado en labores penosas o insalubres”*.

Se establece así una clara conexión entre enfermedad, discapacidad y edad, convirtiéndose todas ellas, pero sobre todo la edad, en un factor detonante de diversidad funcional. Obviamente los efectos de la edad en la capacidad laboral se producirán con más probabilidad a partir de los 65 años, pero ya antes de esta edad, se suele designar la franja de 45 años a 65 años, existen grupos de trabajadores que, por sus necesi-

<sup>1</sup> A estos efectos, conviene destacar la perspectiva adoptada en el estudio “Discapacidad, Discriminación e Indemnidad: Algunas claves para proteger al trabajador enfermo”, *Revista Internacional Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, V. 4, núm. 1/2016.

<sup>2</sup> Es interesante poner de manifiesto como la generalidad de los países comunitarios han aceptado en las últimas reformas que dicha edad llegue hasta los 67 años en distintas fechas (Alemania, Dinamarca, Francia, Italia, Países Bajos y Suecia) e incluso hasta los 68 años (Irlanda). Son excepcionales los países que mantienen la edad de jubilación en los 65 años (Austria, Bélgica, Finlandia, Luxemburgo y Portugal).



dades y rasgos específicos, corren el riesgo de sufrir discriminación laboral<sup>3</sup>. La consideración de los datos estadísticos es indicativa de la magnitud del problema.

De acuerdo con los datos suministrados por la UE, 80 millones de personas, esto es, una sexta parte de la población, presenta discapacidades que varían de leves a severas. La discapacidad dificulta considerablemente la integración en el mercado de trabajo y, precisamente por ello, este colectivo sufre un índice de pobreza un 70% superior a la media de la UE<sup>4</sup>. La relación entre discapacidad y edad es evidente si tenemos en cuenta que más de un tercio de las personas mayores de setenta y cinco años sufre algún tipo de discapacidad y más del 20 % tienen capacidades muy limitadas, siendo previsible que dichas cifras aumenten por el envejecimiento de la población<sup>5</sup>. Centrándonos en la edad, y de acuerdo con los datos suministrados por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), en los próximos cincuenta años se producirá un incremento considerablemente del porcentaje de personas con edad avanzada y un descenso notable de las personas que se encuentran en su plenitud laboral. La consecuencia inmediata será un cambio drástico en la mano de obra disponible de forma que será necesario o bien incorporar jóvenes o bien incorporar trabajadores maduros al mercado de trabajo.

En consecuencia, en los años venideros y en virtud de las políticas y circunstancias señaladas, la gestión de la diversidad funcional será una de las grandes cuestiones a las que habrán de hacer frente la generalidad de los ordenamientos jurídicos y, como consecuencia, las organizaciones productivas que operen en su territorio. Analizaremos en este estudio las distintas situaciones que se pueden producir, las líneas de tutela articuladas en los ordenamientos, especialmente en el ámbito de la UE, y finalizaremos con un breve análisis de los posibles mecanismos para prevenir y evitar los conflictos relacionados con la diversidad funcional.

## 2 La discapacidad, la enfermedad y la edad como factores que generan diversidad funcional

El término diversidad funcional se acuñó en 2005 por el Movimiento Internacional de Vida Independiente (MVI) con objeto de superar la visión negativa y peyorativa que emana de los conceptos de discapacidad, minusvalía e invalidez, significativamente su concepción como un estado anormal en el que se encuentra el ser humano y que es necesario enmendar o reparar. En contraposición, la acepción diversidad funcional parte de que todos los seres humanos son y actúan de forma distinta y realizan sus funciones de forma completamente diversa. Aunque el denominado “*modelo de diversidad*” indudablemente no obvia que existen circunstancias que inciden o pueden incidir de forma drástica sobre la capacidad funcional, rechaza que esta última pueda ser determinante de las situaciones jurídicas en que pueden encontrarse las personas<sup>6</sup>. Desde esta perspectiva se considera que las causas que originan la diversidad funcional no son científicas sino sociales, por lo que no puede entenderse que el problema sean las limitaciones individuales de las per-

<sup>3</sup> En el ordenamiento jurídico español utiliza de forma significativa dos edades. La de 45 años que es indicativa de que una persona requiere una especial protección en el ámbito de las políticas de empleo por tener especiales dificultades para encontrarlo (arts. 2 y 30 de la Ley de Empleo- Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre). La de 55 años que designa a las personas que requieren una especial tutela en el ámbito de la protección social (prestación de desempleo asistencial). Para profundizar sobre las características de este colectivo, CES, *Informe sobre la situación socio-laboral de las personas de 45 a 64 años* (2014). Documento disponible en Internet: <http://www.ces.es/documents/10180/1558369/Inf0214.pdf>

<sup>4</sup> *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020*. Documento disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC0636>.

<sup>5</sup> *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020...*, op. cit.; Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011, sobre la movilidad y la inclusión de las personas con discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020. Documento disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.CE.2013.131.01.0009.01.SPA&toc=OJ:C:2013:131E:TOC>.

<sup>6</sup> Sobre el tema, Palacios Rizzo, A., y Romañach Cabrero, J., *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversitas Ediciones, 2007.

sonas, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con diversidad funcional sean tenidas en cuenta.

De acuerdo con ello, es necesario insistir en que el concepto de diversidad funcional, de contornos bastante amplios, se puede referir únicamente al diverso grado de desenvolvimiento con que actúan y cuentan las personas por lo que no implica necesariamente deficiencia, enfermedad o minusvalía; sin embargo, no es esta la concepción que opera en el ámbito jurídico, especialmente en el ámbito laboral donde la protección prioritaria proviene de la legislación de seguridad social y de prevención de riesgos laborales, materias en que, lo hemos dicho ya, su pretensión rehabilitadora determina, siguiendo los parámetros de la ciencia médica, la clasificación por patologías o diferencias funcionales (deficiencias). Por ello, a pesar de que respetamos y asumimos por completo el concepto de diversidad funcional, en la medida en que son la discapacidad, la enfermedad y la edad las situaciones que obtienen una respuesta y un tratamiento jurídico, resulta necesario analizarlas como aquellas que, en el marco de una relación de servicios, alteran o pueden alterar la capacidad laboral. Siguiendo esta lógica y partiendo de la conexión entre discapacidad y enfermedad, nuestro análisis se extenderá en torno a dos categorías: la discapacidad-enfermedad y la edad.

## 2.1 La discapacidad y la enfermedad. Su relación con la diversidad funcional

La primera contingencia que puede incidir en la capacidad laboral es la discapacidad, circunstancia que, así lo hemos de reconocer, está ampliamente regulada y protegida en la generalidad de los ordenamientos jurídicos. La norma fundamental en el ámbito de la discapacidad es la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CIDPD). Dicho instrumento define la discapacidad como cualquier deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir a las personas su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás (art. 1 CIDPD). El concepto acogido es muy similar al utilizado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), concretamente la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de 1980 (en adelante, CIDDM) y la Clasificación Internacional del Funcionamiento, Discapacidad y de la Salud de 2001 (en adelante, CIF).

La CIDDM diferencia claramente entre deficiencia, como «*toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica*»; discapacidad, «*toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano*»; y, finalmente, minusvalía, que hace referencia a una «*situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de su edad, sexo y factores sociales y culturales)*»<sup>7</sup>. Mucho más actual, la CIF utiliza el término discapacidad de forma genérica de manera que engloba todas las categorías anteriores, esto es, comprendería el conjunto de deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación e incidiría específicamente en los aspectos negativos de la interacción entre los individuos, las condiciones de salud y sus factores contextuales, ambientales y personales, de forma que cualquier persona, en algún momento de su vida, podría encontrarse con unas determinadas condiciones de salud que en un ambiente y contexto desfavorables se transformen en discapacidad; definición que, en cierto sentido, parece apartarse de la CIDPD y aproximarse a lo que hemos definido como diversidad funcional<sup>7</sup>.

En el ordenamiento jurídico español, la discapacidad se regula en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que se aprueba el Texto Refundido de Ley General de Derechos de las Personas con Dis-

<sup>7</sup> Fernández López, M. F., “Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, n. 98/2009, p. 31.

capacidad y su Inclusión Social, de 29 de noviembre (LPDIS, BOE núm. 289, de 3 de diciembre) que acoge y deroga la regulación anterior, contenida en diversas disposiciones normativas<sup>8</sup>. La regulación, en su art. 4, al referirse a los titulares del derecho, define a las personas con discapacidad como *«aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás»*. Otorga también esta consideración a aquellas personas *«a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento»*. Y al igual que sucedía con la regulación anterior, la norma establece que *«se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad»*.

La regulación, apartándose del concepto de diversidad funcional, incide en que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que conlleva la situación de discapacidad deben ser *«previsiblemente permanente»*, expresión que se utiliza también en el art. 2 ap. a, al definir la situación de discapacidad como *«situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

Por otro lado, y con clara alusión al ámbito laboral, la norma establece una clara relación entre discapacidad e incapacidad laboral lo que provoca de nuevo que el concepto de discapacidad se impregne de las connotaciones negativas que conlleva las deficiencias y sus distintos grados y, lo que también es importante, que se vuelva a conectar la discapacidad con la enfermedad con todo lo que ello conlleva a efectos de tutela. Efectivamente, la LPDIS introduce determinados supuestos en los que (teóricamente) se presume la situación de discapacidad, en principio, sin que sea necesario valorarla a través del procedimiento establecido<sup>9</sup>. Esos supuestos son los que derivan de una incapacidad laboral no inferior al 33%, grado que necesariamente alcanzan, de conformidad con la presunción realizada por la regulación legal, los trabajadores a los que se le ha declarado en situación de incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez. Por tanto, y al igual que sus predecesoras, la Ley parece garantizar que las personas que tengan reconocido esos grados de incapacidad laboral permanente no tengan que someterse al procedimiento de declaración de discapacidad establecido.

No obstante, dicha presunción, aun teniendo una larga trayectoria jurídica, no se ha interpretado en esos términos. La Jurisprudencia ha considerado que la declaración de incapacidad en los grados de total, absoluta y gran invalidez no conlleva el reconocimiento automático de la condición de minusválido, a no ser que así se declare mediante el procedimiento específico<sup>10</sup>, y ello porque la incapacidad y la discapacidad son

<sup>8</sup> La primera norma fue la Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), que definía como tal a *«toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales»* (art. 7 LISMI). La segunda disposición, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LPD), que transpone la Directiva 2000/78/CE, define a las personas con discapacidad como *«aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás»* (art. 1.2 LPD).

<sup>9</sup> El Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (BOE núm. 22 de 26 de enero del 2000) clasifica las discapacidades en 5 Clases (de I a V), dependiendo del grado de minusvalía. La Clase I es la que incluye deficiencias permanentes que han sido diagnosticadas, tratadas adecuadamente, demostradas mediante parámetros objetivos, pero que no producen discapacidad; la Clase II comprende deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad leve, esto es, suponen un porcentaje de minusvalía comprendido entre el 1% y el 24%; la Clase III acogería aquellas deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los sistemas o aparatos, originan una discapacidad moderada, lo que implica entre un 25% y un 49% de minusvalía; la Clase IV supondría deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los aparatos o sistemas, producen una discapacidad grave, lo que conlleva un grado de minusvalía comprendido entre el 50% y el 75%; y, por último, la Clase V integraría deficiencias permanentes severas que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad muy grave, lo que significa, como mínimo, el 75 % de minusvalía.

<sup>10</sup> STS de 21 de marzo de 2007, RJ 2007/3539; STS de 28 de enero de 2008, RJ 2008/2892; STS de 13 noviembre 2008, RJ 2008\7664. Analizan esta cuestión, García Valverde, M. D.: "A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede

conceptos distintos que deben ser valorados a través de procedimientos diversos<sup>11</sup>. Efectivamente, la incapacidad es un concepto netamente laboral que pretende valorar y calibrar la merma de potencialidad laboral que experimenta el trabajador que ha padecido una reducción anatómica o funcional grave y (previsiblemente) definitiva que anula o dificulta su capacidad laboral. La discapacidad o minusvalía pretende valorar cuál es la incidencia de las deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales que padece el ciudadano para la completa integración en los ámbitos educativos, sociales y laborales en los que se desarrolla<sup>12</sup>.

En definitiva, la normativa considerada, especialmente la concepción mantenida por la CIF, pero también la normativa española al regular las presunciones mencionadas, establece una cierta relación entre discapacidad y enfermedad, significativamente en el caso de enfermedades crónicas<sup>13</sup>. Es posible extraer la misma conclusión si consideramos el carácter permanente que se predica de la discapacidad y que caracteriza también a las enfermedades crónicas y a la edad. Sin embargo, a pesar de la importancia del carácter permanente, hemos de advertir que esta concepción debe actualizarse con objeto de amoldarse al concepto de discapacidad que se ha generado en los últimos años por la jurisprudencia del TJCE, aspecto que trataremos en el apartado referido a la tutela.

La definición de discapacidad y su vinculación con la incapacidad laboral nos remite, sin lugar a dudas, a considerar el segundo factor susceptible de alterar la capacidad laboral de los trabajadores: el accidente y/o la enfermedad, sean de origen común o profesional. En el ámbito laboral estas categorías vienen definidas en los arts. 156 a 158 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante, LGSS), que diferencia entre enfermedades profesionales y enfermedades comunes, aunque también existe el concepto de enfermedades del trabajo, y entre accidente de trabajo y accidente no laboral. No obstante, las contingencias protegidas por el sistema, independientemente de la causa que las genere, en lo que a nosotros nos interesa, son las lesiones permanentes no incapacitantes (arts. 201-202 LGSS), la incapacidad temporal (arts. 169 y ss. LGSS) y la incapacidad permanente (arts. 193 y ss. LGSS).

Podríamos pensar que los supuestos de enfermedad que generen incapacidad temporal no pueden constituir supuestos de discapacidad puesto que la situación en que se encuentra el trabajador se presume, en principio, temporal. Sin embargo, no debemos olvidar que el procedimiento de incapacidad temporal está pensado para valorar y determinar el grado de incapacidad laboral, procedimiento que exige unos niveles de incapacidad más altos que los que rigen la discapacidad. Así podrían producirse situaciones en que el trabajador no se considere incapacitado para el trabajo y sí se encuentre afectado por una discapacidad leve. En el caso de las lesiones permanentes no incapacitantes, la cuestión es más evidente puesto que, incluso presentando reducciones definitivas, el trabajador no resulta incapacitado para el trabajo, situación para la que se exige un grado mínimo del 33%<sup>14</sup>. Es importante destacar esta cuestión puesto que la norma que

---

atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”, *Aranzadi Social*, núm. 14/2007 (BIB 2007, 1780); Valdés Alonso, A., “Minusvalía e incapacidad: sobre la automaticidad del reconocimiento de minusvalía al incapacitado permanente total (Comentario STS de 21 de marzo de 2007)”, *Relaciones Laborales*, núm. 1/2008, pp. 543 y ss.

<sup>11</sup> Como expresamente ha declarado la jurisprudencia, “la definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de la minusvalía incluye [...] otras dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales. La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia; y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos [...]. Pero, junto a estos espacios de coincidencia, hay otros que corresponden privativamente bien a la Seguridad Social bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados, en principio, mediante los procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento social” [STS de 28 de enero de 2008, RJ 2008/2892].

<sup>12</sup> STS de 21 de marzo de 2007, RJ 2007/3539 (FJ 3º). Destaca especialmente estas circunstancias, Arias Domínguez, A., “De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica de la automática concesión de la condición de minusválido a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente por obra del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”, *Aranzadi Social*, núm. 3/2008. BIB 2008\766.

<sup>13</sup> WHO, *Informe Mundial sobre la Discapacidad*, Ginebra. Documento disponible en Internet: [www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/report/en/index.html](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/en/index.html). Sobre la conexión entre discapacidad y enfermo crónico, Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 1, 2015.

<sup>14</sup> Las lesiones permanentes no incapacitantes se definen como: “Las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por



desarrolla el procedimiento para declarar la discapacidad contiene niveles de discapacidad, calificado como leves, que se encuentran por debajo de ese hipotético 33%.

La que no parece presentar problemas es la incapacidad permanente que se define por el 135 de la LGSS precisamente por su carácter previsiblemente definitivo: “*situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral*”. Obviamente, y en cuanto dicha situación da derecho a una prestación del sistema de seguridad social, el alcance de la incapacidad laboral es importante, razón por la que la legislación diferencia tres grados distintos dependiendo del nivel de reducción que presenta la capacidad y de la enfermedad que la ocasione. Así, el art. 194.1 de la LGSS diferencia entre: a) Incapacidad Permanente Parcial (IPP); b) Incapacidad Permanente Total (IPT); c) Incapacidad Permanente Absoluta (IPA); y, d) Gran Invalidez (GI). Tanto el listado de enfermedades como su valoración y los efectos sobre la capacidad de trabajo quedan supeditados a un desarrollo reglamentario que aún no se ha producido. No obstante, hasta que este no se produzca seguirá vigente la regulación anterior, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria Vigésimo Sexta de la LGSS<sup>15</sup>.

Son, por tanto, dos las circunstancias fundamentales que pueden alterar la capacidad laboral, de un lado la discapacidad, de otro la enfermedad, debiendo advertir que son fenómenos que no coinciden plenamente. La discapacidad, en cuanto causa tradicional de discriminación ha recibido siempre una especial atención, por lo que el ordenamiento jurídico español cuenta con un conjunto considerable de medidas destinadas a proteger a este colectivo, destacando aquellas que pretenden fomentar el acceso al mercado de trabajo de trabajadores discapacitados<sup>16</sup>. En el caso de la enfermedad, la protección se dispensa a través de medidas reparadoras (acceso a servicios y prestaciones sanitarias y acceso a prestaciones económicas de seguridad social en cuanto la enfermedad ocasione incapacidad para el trabajo, temporal o permanente), medidas preventivas, articuladas a través de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), siendo significativa la obligación de adaptar el puesto a los trabajadores especialmente sensibles, entre los que entendemos se encuentran todos los colectivos que estamos considerando (art. 25 LPRL); por último, una serie de instituciones que garantizan la indemnidad de la relación laboral y que se regulan en el Estatuto de los Trabajadores (suspensión del contrato de trabajo para los casos de incapacidad temporal, nulidad del despido lesivo de derechos fundamentales, incluyendo la prohibición de discriminación, etc.)<sup>17</sup>.

No obstante, y a pesar lo dicho, es necesario advertir tres circunstancias distintas. En primer lugar, que el concepto de discapacidad se refiere en el ordenamiento jurídico español únicamente a las limitaciones que sean «*previsiblemente permanentes*», lo que excluye de su ámbito de actuación a los trabajadores que padezcan enfermedades que, aun limitando su capacidad funcional, lo hagan únicamente de forma temporal. No

---

*accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que, sin llegar a constituir una incapacidad permanente conforme a lo establecido en el capítulo anterior, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas en el baremo anejo a las disposiciones de desarrollo de esta ley*”. Estas lesiones, mutilaciones y deformidades, continúa el precepto, “*serán indemnizadas, por una sola vez, con las cantidades alzadas que en el mismo se determinen, por la entidad que estuviera obligada al pago de las prestaciones de incapacidad permanente, todo ello sin perjuicio del derecho del trabajador a continuar al servicio de la empresa*” (art. 201 LGSS).

<sup>15</sup> La regulación actualmente en vigor define los grados de la siguiente manera: a) “*se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma*”; b) “*se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta*”; c) “*se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio*”; d) “*se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos*”.

<sup>16</sup> Sobre la protección de la discapacidad, Ruiz Castillo, M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Albacete, Bomarzo, 2010. Un análisis de la negociación colectiva más reciente en Gutiérrez Colominas, D., “El complemento por discapacidad y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la negociación colectiva de los últimos años (2012-2014)”, *Temas Laborales*, núm. 135/2015.

<sup>17</sup> Una valoración del conjunto de instituciones laborales que protegen al trabajador enfermo en, Carrizosa Prieto, E., “Discapacidad, Discriminación e Indemnidad: Algunas claves para proteger...”, op. cit.

ocurrirá lo mismo con las enfermedades crónicas que impidan o dificulten la realización de la prestación de servicios, pues estas sí que se deben considerar discapacidad de acuerdo con la Jurisprudencia que rige en el ámbito de la UE y que veremos en los apartados siguientes<sup>18</sup>. De otro lado, que la discapacidad, al margen de las conexiones con el mundo laboral y de las exigencias y porcentajes que se imponen desde este ámbito para obtener prestaciones económicas, en cuanto limitación permanente, no puede ser objeto de discriminación ni en el acceso ni en las condiciones de trabajo. Por último, que aunque la discapacidad es una de las causas de discriminación más protegidas y tuteladas, aun no se puede considerar que, en este ámbito, se haya desarrollado y aplicado la obligación de adaptar el puesto de trabajo y otros mecanismos que permitan adecuar el puesto y el trabajo a la diversidad funcional que presentan los trabajadores<sup>19</sup>.

## 2.2 La edad y su incidencia en la diversidad funcional

De todas las circunstancias que estamos considerando, quizá las más compleja sea la edad, y ello porque este factor en sí mismo y de forma autónoma, esto es, sin que necesariamente esté acompañado de discapacidad o de enfermedad, genera una serie de estereotipos que repercuten en las perspectivas laborales de las personas. Así, por ejemplo, es común que el cumplimiento de una determinada edad se considere proclive al padecimiento de enfermedades y a la concurrencia de circunstancias invalidantes, sin que ello se tenga necesariamente que producir. Esta concepción de la edad como factor que debilita y merma la capacidad laboral es la que tradicionalmente ha llevado a considerar que los trabajadores de edad avanzada deben abandonar el mercado de trabajo<sup>20</sup>.

Hasta tal punto el ordenamiento ha sido consciente de esta realidad que en España el sistema de protección social estructura determinadas prestaciones con la idea de atender a las personas que se encuentran en esta situación. Así, no solo la edad de jubilación ha permanecido en los 65 años hasta hace relativamente poco tiempo (art. 205.1 ap. a LGSS)<sup>21</sup>, sino que durante años se ha considerado que a partir de una determinada edad los trabajadores ven mermada su capacidad productiva, razón por la que pueden tener problemas para encontrar un empleo, circunstancia esta que ha justificado prácticas como el establecimiento de reglas de jubilación forzosa mediante convenios colectivos, el aumento en las cuantías de algunas prestaciones como la incapacidad permanente total (196.2 LGSS)<sup>22</sup>, o la articulación de prestaciones sociales para cubrir las necesidades y carencias entre los 55 años y la edad de jubilación (así ocurre, por ejemplo, con el desempleo en el nivel no contributivo o asistencial, una de cuyas modalidades está prevista para los mayores de 55 años sin cargas familiares, contando el subsidio en este caso con la duración necesaria para acceder a la pensión contributiva de jubilación, en cualquiera de sus modalidades, arts. 274.4 y 277.3 LGSS).

No obstante, en los últimos años esta concepción ha empezado a cambiar debido a la labor realizada

<sup>18</sup> Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador...”, op. cit. pp. 7 y ss.

<sup>19</sup> Sobre esta temática, Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas Laborales*, núm. 127/2014, pp. 86 y ss.; Gutiérrez Colominas, D., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en EE.UU y España: una visión comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, V. 3, núm. 3/2015. Más recientemente, Gutiérrez Colominas, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Bomarzo, 2019.

<sup>20</sup> Aparicio Tovar, J., y Olmo, A., *La edad como condición problemática en el acceso al empleo: el desigual tratamiento normativo para solventar la discriminación por razón de edad*, Albacete, Bomarzo, 2007, señalan que la edad, tanto si se trata de trabajadores maduros como si se trata de trabajadores jóvenes, dificulta la carrera profesional del trabajador.

<sup>21</sup> En la actualidad solo es posible acceder a la jubilación con 65 años si el sujeto acredita treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin computar la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias y siempre que tenga cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias (art. 205.1 LGSS).

<sup>22</sup> Sostiene el precepto que “Los declarados afectos de incapacidad permanente total percibirán la pensión prevista en el párrafo anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior”.

por organismo internacionales, especialmente la OIT o la UE<sup>23</sup>. Efectivamente, la OIT cuenta con una larga trayectoria en la atención de los trabajadores de edad avanzada, debiendo destacar varios instrumentos. El primero de ellos, la Recomendación núm. 162 (1980) sobre los trabajadores de edad, instrumento que regula varias medidas para garantizar el establecimiento de condiciones de trabajo decente y productivo para estos trabajadores, incidiendo especialmente en la igualdad de trato y de oportunidades en ámbitos como la formación profesional, la seguridad en el trabajo y el desarrollo de la carrera profesional, así como en la necesidad de que el acceso a la jubilación se efectúe con carácter voluntario. El segundo instrumento, denominado *Conditions of work and employment: Issues for older workers* (2008), contiene orientaciones sobre el empleo y las condiciones de trabajo de este colectivo, destacando mecanismos como la flexibilidad en el tiempo de trabajo.

Más incisivas han sido las actuaciones realizadas por la UE. Los documentos más importantes en el ámbito comunitario son la Decisión del Consejo 2006/544/CE de 18 de julio, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros<sup>24</sup>, el “Libro Blanco de 2012. Una agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, completado por el “Informe de envejecimiento 2012” y el relativo a la “Adecuación de las pensiones en la UE 2010-2050”<sup>25</sup>. Todos ellos sostienen o impulsan una serie de actuaciones que se consideran básicas para la adecuación y sostenibilidad de las pensiones, incidiendo en tres aspectos nucleares: a) aumentar la edad de jubilación; b) prologar la vida activa de los trabajadores, c) aumentar su participación en el mercado de trabajo. Para conseguir estos objetivos, la UE lanza una serie de recomendaciones: vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida, racionalizar el acceso a los planes de jubilación anticipada y favorecer la prolongación de la vida laboral, facilitando el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, desarrollando oportunidades de empleo para los trabajadores de edad avanzada y fomentando el envejecimiento activo.

Impregnado de estos planteamientos, el ordenamiento jurídico español ha articulado a través de múltiples reformas, una serie de medidas con objeto de prolongar la vida activa de los trabajadores<sup>26</sup>. Imprescindible señalar en estos momentos la prolongación de la edad de jubilación hasta los 67 años, fecha mínima que ha sido implantada de forma progresiva por lo que se exigirá definitivamente en el año 2027 (art. 205.1 ap. a LGSS), las retenciones a habilitar legalmente la jubilación forzosa mediante convenio colectivo, la limitación drástica para acudir a la jubilación anticipada<sup>27</sup>, así como la articulación de nuevas fórmulas que permiten

<sup>23</sup> Así lo pone de manifiesto la OIT, destacando que en los últimos años son muchos los Estados que han legislado y realizado campañas informativas para promover el mantenimiento en el mercado de trabajo de los trabajadores de edad avanzada [OIT, La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse, Ginebra, 2011, pp. 55 y ss. Documento disponible en Internet: [http://www.ilo.org/declaration/info/publications/eliminationofdiscrimination/WCMS\\_166923/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/declaration/info/publications/eliminationofdiscrimination/WCMS_166923/lang-es/index.htm)].

<sup>24</sup> Destaca la Directriz núm. 18, que incorpora el concepto de envejecimiento activo y, como consecuencia, la promoción de medidas para incentivar el trabajo y disuadir de la jubilación anticipada.

<sup>25</sup> Disponibles en Internet: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0055:FIN:ES:PDF> <http://envejecimiento.csic.es/documentacion/biblioteca/registro.htm?iPos=6&id=58727&irPag=1&clave=F6Z4G2eO4m&pos=0>; <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2010488%202012%20INIT>

<sup>26</sup> Las más importantes: Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo sobre medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE núm. 65, de 16 de marzo).

<sup>27</sup> Los casos de jubilación anticipada han quedado drásticamente reducidos. De acuerdo con la regulación legal, solo procede: a) en los casos de actividades de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y en los que existan elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten el mínimo de actividad que se establezca. En estos casos, y a través de la vía reglamentaria, se aplicará un coeficiente reductor a la edad de jubilación sin que dicha edad pueda quedar fijada por debajo de 52 años (artículo 206.1 LGSS); b) en los casos de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias de que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida. En todo caso, la reducción se hará en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (206. 2 LGSS); c) en los casos de extinciones debidas a reestructuraciones empresariales basadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o jubilación, muerte o incapacidad del empresario, siempre que el trabajador tenga 33 años cotizados y cuente como máximo con cuatro años que la fecha fijada para la jubilación ordinaria (jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, art. 207

prolongar la vida activa de los trabajadores después de la edad de jubilación, permitiendo compatibilizar la jubilación con la realización de una prestación de servicios, esto es, las denominadas jubilación parcial y jubilación flexible<sup>28</sup>.

De todos estos supuestos, el más interesante es el relativo a la jubilación flexible (214 LGSS) que permite compatibilizar la pensión con la realización de trabajo por cuenta propia o ajena, sea a tiempo completo o a tiempo parcial. La LGSS establece una serie de requisitos, referidos al trabajador, pero también a la empresa en que se va a desarrollar la prestación. Efectivamente, a esta modalidad se accede una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación (art. 205.1 LGSS), la cuantía de la prestación recibida será equivalente al 50 por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista. Con respecto a las organizaciones empresariales en que se hace efectiva la prestación de servicios, se exige: a) que no hayan adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores a dicha compatibilidad en puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción; b) que la empresa mantenga, durante la vigencia del contrato de trabajo del pensionista de jubilación, el mismo nivel de empleo que antes de su reincorporación. A estos efectos, no se considerarán incumplidas las obligaciones de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.

Frente a este marco normativo destaca la inexistencia de medidas que puedan no solo propiciar sino tutelar la permanencia del trabajador de edad avanzada en el mercado de trabajo. A estos efectos, es necesario concluir que las medidas implantadas se dirigen únicamente a favorecer la permanencia en el mercado de trabajo habilitando instituciones y regulando determinadas ventajas (por ejemplo, el incremento en la cuantía de la pensión por cada año adicional posterior a los 65; reducciones o bonificaciones progresivas de las cotizaciones a la Seguridad Social respecto o eliminación absoluta de la obligación de cotizar una vez cumplidos los 65 años<sup>29</sup>). Ciertamente existen otras, de menos consistencia, que se dirigen a favorecer

---

LGSS); d) en los supuesto en que lo decida voluntariamente el trabajador, si bien, en este caso este habrá de tener como máximo dos años menos que los designados para la edad de jubilación en ese momento y acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta y cinco años, sin computar las pagas extraordinarias (208 LGSS).

<sup>28</sup> El art. 213. 1 LGSS regula la posibilidad de acceder a la jubilación parcial, permitiendo que las personas puedan compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en las condiciones que se fijen reglamentariamente. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable. Las posibilidades de acceso a la jubilación parcial son dos, dependiendo de la edad del trabajador. Si el trabajador cuenta con edad inferior a la fijada para acceder a la jubilación se exige, además de otros requisitos, la obligación de celebrar un contrato de relevo (art. 215.2 LGSS). Esta posibilidad ha quedado muy restringida a partir de la reforma de 2012, requiriéndose numerosas exigencias: a) Tener cumplidos 65 años o 63 cuando se acrediten treinta y seis años y seis meses de cotización; b) Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial; c) Que la reducción de la jornada de trabajo se halle comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 50 por ciento, o del 75 por ciento para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida; d) Acreditar un período de cotización de treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, el período de cotización exigido será de veinticinco años; e) Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial; f) Los contratos de relevo que se establezcan como consecuencia de una jubilación parcial tendrán, como mínimo, una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a que se refiere el artículo 205.1 a). Mucho más flexible es la normativa para aquellos casos en que el trabajador cuenta con la edad exigida para acceder a la jubilación, pues la norma solo especifica que en estos casos se debe producir una reducción de la jornada de trabajo comprendida entre un mínimo del 25 por ciento y un máximo del 50 por ciento (art. 215.1 LGSS).

<sup>29</sup> Una síntesis de todas estas medidas en, Secretaría General de la Seguridad Social, Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo 2011-2015. Documento disponible en [http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/groups/public/documents/rev\\_anexo/rev\\_035131.pdf](http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/groups/public/documents/rev_anexo/rev_035131.pdf).



la reincorporación de estos trabajadores al mercado de trabajo (son un colectivo preferente en las acciones de mejora de la empleabilidad que desarrollan los Servicios Públicos de Empleo, cuentan con prioridad en los programas de formación para el empleo, su contratación es objeto de bonificaciones en caso de ser indefinida, etc.), pero, en general, hemos de admitir que fundamentalmente el legislador se centra en articular las prestaciones de seguridad social para solventar situaciones de necesidad derivadas de la falta de empleo (acceso a prestaciones específicas - subsidio de desempleo o renta activa de inserción), y posibilitar la compatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación (jubilación parcial y jubilación flexible).

En todo caso, insistimos, durante mucho tiempo el ordenamiento se ha limitado a atender o a regular posibilidades para atender la falta de rentas debida a la expulsión del trabajador de edad avanzada del mercado de trabajo. Ciertamente, la intervención de los organismos internacionales ha propiciado actuaciones dirigidas a ampliar la edad de jubilación y a posibilitar la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo, pero no han conseguido potenciar la implantación de mecanismos para posibilitar la permanencia e integración de estos trabajadores en un puesto de trabajo acorde a sus aptitudes. No se han desarrollado, en consecuencia, medidas dirigidas a reforzar la protección y tutela de estos trabajadores en otros ámbitos laborales como en el de prevención de riesgos laborales o en instituciones claves como, el despido por ineptitud o por falta de adaptación a las modificaciones operadas en el puesto, el despido colectivo, la movilidad funcional o geográfica, la reducción del tiempo de trabajo, etc., mecanismos todos ellos que venían mencionados en la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores de Más Edad 2012-2014 (BOE núm. 283, de 24 de noviembre), por la que se establece el marco general de las políticas dirigidas a favorecer el empleo de este colectivo.

### 3 Los mecanismos de protección: la prevalencia de la tutela antidiscriminatoria en todos los supuestos

Las situaciones descritas han alcanzado un consistente grado de protección aplicando la tutela antidiscriminatoria, como veremos enseguida. La opción por esta vía se debe fundamentalmente a la inexistencia clara y rotunda de derechos sustantivos que pudieran estructurar una tutela distinta, pues efectivamente no existen instrumentos jurídicos que plasmen a nivel internacional y nacional el derecho a cumplir o no una determinada edad o el derecho a padecer o no una determinada discapacidad. Ciertamente en el caso de la enfermedad, aun existiendo la posibilidad de aplicar el derecho a la salud, permanece una cierta tendencia doctrinal y jurisprudencial a valerse de la tutela antidiscriminatoria. En coherencia con ello y con la naturaleza de las situaciones que se pretenden proteger, la mayoría de los sistemas jurídicos han articulado la protección a través de la prohibición de discriminación. Así ha ocurrido con la OIT y con la UE.

Además de la CIDPD, que es el instrumento principal para tutelar las situaciones de discapacidad, existen disposiciones de otras organizaciones que resultan aplicables. Es fundamental, por ejemplo, aludir a las normas de la OIT, organización que cuenta con varias normas de interés<sup>30</sup>, entre las que destaca significativamente el Convenio n. 111 (1959) sobre discriminación en materia de empleo y ocupación que, pese a no reconocer la discapacidad, la enfermedad o la edad como causas expresas de discriminación, considera que lo es «*cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación*» (art. 1.2.). Adicionalmente, existen, como ya hemos señalado, disposiciones específicas relacionadas con la edad y la discapacidad. En relación con la discapacidad, el Convenio n. 159 (1983), sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, define a los inválidos como toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden

<sup>30</sup> O'Reilly A., *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*, Ginebra, OIT, 2007. Documento disponible en Internet: [www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS\\_091966/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_091966/lang-es/index.htm).

sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida (art. 1.2). En consecuencia, las políticas y los instrumentos de la OIT se muestran proclives a relacionar enfermedad y discapacidad, máxime cuando la propia Organización se refiere expresamente a determinadas enfermedades, como el VIH, o, en general, el estado de salud del trabajador o a sus hábitos de vida (fumador, sedentarismo, mala alimentación, etc.), como causas de discriminación prohibidas implícitamente por el Convenio 111 OIT. A diferencia de las instituciones comunitarias, la OIT promueve, respalda y celebra que los países que han ratificado el convenio hayan ampliado la lista de motivos de discriminación prohibidos, añadiendo la discapacidad, la edad, el estado de salud y en particular la seropositividad VIH real o presunta, la afiliación sindical y la situación familiar<sup>31</sup>.

En cuanto a la UE, es obvio (y por todos conocido) que su papel en materia de discriminación se ha ampliado considerablemente a raíz de las reformas introducidas por el Tratado de Ámsterdam<sup>32</sup>. Concretamente, la redacción dada al actual art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 13 del TCE) provocará un giro considerable en la concepción de la política antidiscriminatoria<sup>33</sup>, lo que se ha manifestado, desde que se produjo esta intervención, en una importante labor normativa del Consejo canalizada, fundamentalmente, a través de directivas comunitarias.

Basándose en este nuevo enfoque, el Consejo aprobó la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180 de 19/07/2000), y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación con independencia de la religión o de las convicciones, de la discapacidad, de la edad y de la orientación sexual (DO L 303 de 02/12/2000)<sup>34</sup>. En el ámbito más específico de la discriminación por razón de género: Directiva 2006/54, de 5 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204/23 de 26 de Julio de 2006) y Directiva 2004/113/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373 de 21/12/2004).

En cuanto a los avances que supone la nueva normativa comunitaria, es ineludible destacar aquí que, con carácter general, este conjunto de disposiciones prohíbe la discriminación (por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual) en las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o en la ocupación. Por otro lado, reconoce nuevos espacios en la capacidad de actuación de los Estados, puesto que les permite anular todas las disposiciones que contravengan la prohibición de discriminación, tanto las procedentes de los poderes públicos como las que provienen de los poderes privados y adoptar de forma justificada medidas de acción positiva<sup>35</sup>.

Podemos decir, en consecuencia, que ambas organizaciones, tanto la OIT como la UE, establecen prohibiciones de discriminación por las razones mencionadas, sin embargo, mientras la primera lo hace de manera implícita, la segunda parece exigir la mención expresa del motivo prohibido, discapacidad y edad, lo que deja en la incertidumbre al resto de criterios (enfermedad). Veamos a continuación cuáles han sido los problemas más importantes a la hora de articular la tutela de estas situaciones en el seno de la UE.

<sup>31</sup> OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, Ginebra, OIT, 2003, pp. 16 y ss.; OIT, *La igualdad en el trabajo. Afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, Ginebra, OIT, 2007. p. 9.

<sup>32</sup> Barbera M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, en *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. Barbera, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>33</sup> Barbera M., *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, en *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, op. cit. pp. 79 y ss.

<sup>34</sup> Fernández López M. F., Calvo Gallego F. J., *La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas. Una ampliación del marco material comunitario*, en *Temas Laborales*, n. 59/2001; Chieco P., *Le nuove direttive Comunitarie sul divieto di discriminazione*, en *R. IT. D.L.*, n. 1. 2002, pp. 75 y ss.

<sup>35</sup> Barbera M., *Le discriminazioni basate sulla disabilità...*, op. cit. p. 81.

### 3.1 La discapacidad en la jurisprudencia comunitaria. Hacia la elaboración de un concepto integrador

El análisis exhaustivo de estas disposiciones pone de manifiesto que, aunque la discapacidad y la edad aparecen expresamente como causas de discriminación prohibidas, no ocurre lo mismo con la enfermedad. Efectivamente, ninguno de los instrumentos citados acoge la enfermedad como factor de diferenciación y el concepto más próximo o relacionado con ella sería el de discapacidad. El problema radica en que la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, no ofrece un concepto de discapacidad<sup>36</sup>, por lo que ha sido necesario determinar las características esenciales que la definen y, en todo caso, decidir si la enfermedad, aun no estando reconocida expresamente, se puede considerar implícita en ese concepto<sup>37</sup>. Esta labor ha sido desarrollada por el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), entre otros pronunciamientos, en la STSJCE de 11 de julio de 2006. TJCE 206/192 (Caso Chacón Navas).

Frente a la falta de definición de lo que ha de entenderse por discapacidad, el Tribunal estima que si no existe en el derecho comunitario una remisión expresa a lo que disponga la legislación de los Estados miembros, tanto la aplicación uniforme del Derecho comunitario como el principio de igualdad requieren, respecto de los conceptos que no se hayan definido en la norma positiva, que se determine su alcance y sentido a través de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, interpretación que necesariamente se debe buscar teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que persigue. Se entiende, por tanto, a diferencia de lo sostenido por la OIT, que no cabe una ampliación de las causas de discriminación por los ordenamientos de los distintos Estados miembros, debiendo aplicarse un único concepto de discapacidad en toda la Comunidad<sup>38</sup>.

Este carácter restrictivo contrasta con pronunciamientos posteriores que han precisado el alcance y ámbito de esta causa de discriminación. Destaca en este sentido, la STJCE de 17 de Julio de 2008. TJCE 2008/176 (Caso S. Coleman contra Attridge Law) en la que el Tribunal, al examinar el despido de una trabajadora con un hijo discapacitado, realiza afirmaciones de una importancia trascendental<sup>39</sup>. En primer lugar, sostiene que la igualdad de trato que la Directiva pretende garantizar no se circunscribe a las personas que padezcan una discapacidad sino que pretende combatir, en materia de empleo y trabajo, todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad, por lo que el principio no se aplica a una categoría determinada de personas sino en función de los motivos en que se basan las diferenciaciones. Esto significa que el principio de igualdad de trato consagrado no puede interpretarse de manera restrictiva, puesto que no se limita a prohibir la discriminación (por motivo de discapacidad) que afecte a personas con discapacidad.

En segundo lugar, y como consecuencia de la anterior, que la propia Directiva contiene disposiciones que se aplican a cualquier persona (discapacitada o no) que sea objeto de una diferencia de trato por razón de discapacidad, y disposiciones que únicamente se aplican a personas con discapacidad. Esto último ocurre con el art. 5 que, como ya hemos comentado, exige que el empresario realice ajustes razonables, lo que implica que estos adoptarán las medidas adecuadas en función de las necesidades de cada situación concreta para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, salvo que dichas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La misma consideración hace el Tribunal respecto del art. 7, apartado 2, que prevé la posibilidad de que los Estados mantengan o adopten disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, o medidas

<sup>36</sup> Fribergh, E., Kjaerum, M., *Handbook on European non-discrimination Law*, European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, 2010, p. 100.

<sup>37</sup> En este sentido, Cordero Gordillo, V., El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE, *Aranzadi Social*, n. 3, 2006, BIB 2006\1624, pp. 3 y ss.

<sup>38</sup> Barbera, M., "Le discriminazioni basate sulla disabilità...", op. cit., pág. 91.

<sup>39</sup> Cordero Gordillo, V., "Discriminación por asociación con una persona con discapacidad", *Revista Derecho Social*, n. 43, 2008, pp. 149-161; Gottardi, D., *La normativa di protezione contro la discriminazione basata sulla disabilità si applica anche a chi assiste familiare disabile*, Corte di Giustizia Ce 17 luglio 2008, C-303/06, in *Guida al lavoro*, Il Sole 24 ore, 2008, núm. 35, pp. 62-63.

para proteger o fomentar la inserción de las personas con discapacidad en el mundo laboral.

Al margen de estas previsiones, debemos convenir que esta interpretación, que no siempre requiere que la persona objeto de discriminación por motivo de discapacidad sea una persona discapacitada, que prohíbe la discriminación por la razón de la diferenciación y no por las personas a las que afecta con objeto de no privar a la norma de sus efectos y reducir la protección que pretende garantizar y que con ello instaura el concepto de discriminación por asociación<sup>40</sup>, contrasta precisamente con aquella otra que considera que las causas de discriminación no sólo están tasadas en el ordenamiento jurídico europeo sino que dificulta que los Estados miembros puedan establecer causas adicionales en ese preciso marco normativo.

Por lo que hace al concepto de discapacidad, el TJCE entiende que este requiere de la concatenación de dos circunstancias distintas. De un lado, que exista una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas; de otro que dicha limitación suponga un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional. Adicionalmente, el Tribunal advierte que no se debe admitir cualquier limitación, puesto que la importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad (art. 5 Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre), requiere de supuestos en los que la participación en la vida profesional se vea obstaculizada durante periodos amplios o duraderos. En consecuencia, para que la limitación pueda incluirse en el concepto de «discapacidad» se requiere, necesariamente, la probabilidad de que sea de larga duración.

Las consideraciones efectuadas, le llevan a diferenciar, aunque no todo lo clara y profundamente que hubiese sido deseable, el concepto de enfermedad y discapacidad, de forma que el despido de un trabajador por una simple enfermedad no constituye *per se* una discriminación por razón de discapacidad. La prohibición de discriminación por discapacidad impediría aquellos despidos que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables mencionados, no se justifiquen por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate. En consecuencia, el despido de una persona con discapacidad no incurrirá en discriminación si se realiza por falta de competencia, de capacidad o de disponibilidad para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de trabajo, y siempre que ello no se supere ni siquiera con la adopción de medidas adecuadas para adaptar el puesto de trabajo a las necesidades del discapacitado.

La intervención del Tribunal, aunque aclaratoria, no zanjó definitivamente la cuestión, pues si bien dejó meridianamente claro que la enfermedad no constituía una causa de discriminación prohibida por el derecho comunitario, no profundizó en las matizaciones que se derivaban de la interpretación efectuada. Efectivamente, la primera regla es que la enfermedad no constituye, por sí misma, esto es, con carácter aislado y autónomo, una causa de discriminación en el derecho comunitario, afirmación que parece refrendada por la generalidad de los ordenamientos de los Estados miembros en los que no se acoge expresamente, de momento, esta causa de discriminación. No obstante, y a pesar de esta regla, lo cierto es que las declaraciones efectuadas por el TJCE dicen algo más. El pronunciamiento contiene una segunda consideración a modo de excepción: el padecimiento de una enfermedad puede ser causa de discriminación si ocasiona discapacidad, esto es, si produce limitaciones funcionales previsiblemente definitivas<sup>41</sup>.

Aunque no en este primer pronunciamiento, las matizaciones se han ido realizando de forma progresiva en sentencias posteriores. El primer avance se produce con la STJUE de 11 de abril de 2013, TJCE 2013/122 (Caso Ring), supuesto en que el Tribunal admite expresamente que una enfermedad (curable o incurable) que acarrea una limitación de larga duración, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, que impide la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones

<sup>40</sup> Gottardi, D., *La normativa di protezione contro la discriminazione basata sulla disabilità...*, pp. 63; Fribergh, E., Kjaerum, M., Handbook on European non-discrimination Law..., op. cit. pp. 27 y 28.

<sup>41</sup> Esteban Legarreta, R., “Cuestión Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Discriminación por enfermedad”. BIB 2005\1146.



con los demás trabajadores, puede considerarse discapacidad y quedar protegida por la prohibición de discriminación de la Directiva 2000/78/CE<sup>42</sup>. El segundo avance se produce cuando el Tribunal estima que se debe considerar discapacidad, y, por tanto, estar afectada por la prohibición de discriminación que analizamos, aquellas enfermedades, dolencias o circunstancias que impiden la participación plena y efectiva en la vida profesional a causa de una movilidad reducida, o aquellas que derivan de patologías que no permitan realizar el trabajo o que supongan ciertas dificultades en el ejercicio de la actividad profesional como, por ejemplo, la obesidad [STJUE de 18 diciembre 2014, TJCE 2014/367 (Caso FAO)].

En ambos casos, el Tribunal puntualiza que no es un obstáculo para reconocer la aplicación de la prohibición de discriminación el hecho de que la enfermedad permita realizar el trabajo de forma limitada. Se podría entender entonces que se han flexibilizado o matizado considerablemente las exigencias establecidas en el Caso Chacón Navas, debiendo concurrir únicamente enfermedades o patologías que supongan ciertas dificultades en el ejercicio de la actividad profesional, dificultades que, en principio, deben continuar siendo previsiblemente permanentes.

### 3.2 La edad en la jurisprudencia comunitaria ¿Una noción light de la discriminación?

Como ya hemos comentado, también la edad es una causa de discriminación prohibida por el derecho comunitario al aparecer expresamente contemplada en el art. 1 de la Directiva 2000/78/CE, junto con los motivos religiosos, las convicciones, la discapacidad y la orientación sexual. A pesar de que el reconocimiento se produce al mismo nivel que otras causas de discriminación, la edad siempre se ha considerado una de las más débiles en cuanto las diferencias establecidas en su función se admiten y deben justificarse, al parecer, con mucho menos rigor que las que afectan a otras causas de discriminación<sup>43</sup>.

El carácter más moldeable de la edad como causa para establecer diferencias de trato parece derivar de la regulación comunitaria. Efectivamente, la propia Directiva establece que la prohibición de discriminación por edad tiene algunas excepciones o salvedades. Después de definir la discriminación directa, el art. 2.2 se ocupa, con carácter general, de definir la discriminación indirecta que se produce “*cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios*”. Se exige, para justificar la diferencia de trato, un juicio de razonabilidad (finalidad legítima y adecuada) al que se añade el criterio de necesidad. Con un tenor parecido, cuando el art. 6 se refiere a las diferencias por razón de la edad, permite a los Estados miembros establecer diferencias de trato por motivos de edad que no serán discriminatorias si están justificadas objetiva y razonablemente, esto es, si cuentan con una finalidad legítima (que pueden ser las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional) y los medios empleados son adecuados para lograr este objetivo, además de necesarios.

Por tanto, hemos de reconocer que los criterios exigidos para legitimar las diferenciaciones son relativamente garantistas: juicio de razonabilidad (legitimación y adecuación) y criterio de necesidad (indispensabilidad para obtener la finalidad). Ciertamente, la regulación referida a la edad contiene más matizaciones que la regulación genérica. Así, además de legitimar expresamente determinadas finalidades legítimas (políticas

<sup>42</sup> Velasco Portero, M.T., “Reconsideración sobre la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, *Temas Laborales*, núm. 131/2015. pp. 231 y ss.

<sup>43</sup> La impresión es generalizada entre la doctrina científica que analiza este tipo de discriminación: Rojo Torrecilla, E. El derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de la edad. La protección de las personas de edad avanzada, Ponencia presentada en el Curso de Verano “Envejecimiento de la población trabajadora” de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Septiembre 2016. Documento disponible en Internet: <http://www.slideshare.net/erojotorrecilla/el-derecho-a-la-igualdad-de-trato-y-no-discriminacion-por-razn-de-edad-la-proteccion-de-las-personas-de-edad-avanzada>; González Ortega, S., “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, n. 59, 2001, pp. 93 y ss; Poquet Catalá, R., “Selección de trabajadores afectados por despido colectivo y discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, n. 131/2015, pp. 244 y ss.

de empleo, mercado de trabajo y formación profesional) ejemplifica una serie de medidas que considera de posible adopción, en principio, dando por supuesto que dichas medidas, además de tener una finalidad legítima, son objetivas y razonables<sup>44</sup>.

Además de esta regulación específica, existen dos excepciones que se aplican con carácter general a cualquier causa de discriminación regulada en la Directiva. La primera de ellas se contiene en el art. 4.1 que establece que no tendrán carácter discriminatorio las diferencias de trato cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, la característica exigida (edad, religión, etc.) constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado. La segunda, regulada en el art. 4.2 se refiere a las organizaciones de tendencia, por lo que la entendemos aplicables prioritariamente a la religión y a las convicciones.

La existencia de esta variedad de excepciones y posibilidades, sobre todo si pensamos en todas las que afectan a la edad, no significa necesariamente que la regulación sea menos garantista, el problema estará en cómo el TJUE aplica esta normativa y en si al hacerlo deja de aplicar alguno de los requisitos que establece la regulación legal. De esta forma, en la ocasiones en que el Tribunal ha debido justificar una diferencia de trato por razón de la edad ha entendido, parece que distanciándose de la literalidad de la norma mencionada, que la diferencia ha de ser objetiva y razonable, dejando algo aislado el criterio de la necesidad que, en cuanto obliga a considerar las distintas opciones posibles del legislador, es el más garantista de los subjuicios aplicables en la interpretación de derechos fundamentales [STJUE de 5 de marzo de 2009 (asunto C-388-07)].

No obstante, el aspecto más polémico en la aplicación de esta causa de discriminación parece estar en la interpretación que el Tribunal hace del “requisito profesional esencial y determinante” pues, de acuerdo con los planteamientos doctrinales<sup>45</sup>, ello le ha permitido hacer una interpretación excesivamente flexible de la prohibición de discriminación cuando la aplica al establecimiento de una edad máxima para acceder al empleo que, como continuamente aparece en este estudio, es la clave de la protección de los trabajadores de edad avanzada. Efectivamente, son numerosos los pronunciamientos sobre esta cuestión y en algunos de ellos se percibe claramente como la edad se considera un factor que disminuye la productividad y la aptitud para el trabajo; se termina así conectando la edad con el rendimiento laboral y justificando las diferencias de trato en unos criterios de productividad plagados de prejuicios<sup>46</sup>.

Esta interpretación se mantiene en la actualidad, si bien podemos decir que quizá, en los últimos años, la justificación de las diferencias se efectúa de forma algo más elaborada y dando un peso cada vez más importante al subjuicio de necesidad, que parece determinante a efectos de justificar la legitimidad de la diferenciación. Así sucede en el asunto C 258-15 que aborda el análisis de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del Gobierno Vasco en torno al establecimiento de una edad máxima de 35 años para participar en las oposiciones de la Policía Autónoma Vasca<sup>47</sup>. El Abogado General, en las conclusiones presentadas el 21 de julio, considera que mantener una composición de edad relativamente equilibrada en las fuerzas del orden parece una medida equilibrada a efectos de preservar el carácter operati-

<sup>44</sup> De estas características parecen gozar las siguientes medidas: a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional; b) el establecimiento de condiciones especiales de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.

<sup>45</sup> Poquet Catalá, R., “Selección de trabajadores afectados por despido colectivo...”, op. cit., p. 246.

<sup>46</sup> La STUE de 12 de enero de 2010, Asunto Wolf, C-229/08, considera legítimo y acorde al art. 4.1 de la Directiva, el establecimiento de una edad máxima de 30 años para acceder al cuerpo de bomberos en aras de favorecer la operatividad y el buen funcionamiento del servicio. Argumentos similares encontramos en SSTUE de 6 de mayo de 2010, asunto Andersen, C-440/2010; de 12 de enero de 2010, asunto Peterson, C-341/2010.

<sup>47</sup> Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?toc=OJ%3AC%3A2015%3A270%3ATOC&uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2015.270.01.0016.01.SPA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?toc=OJ%3AC%3A2015%3A270%3ATOC&uri=uriserv%3AOJ.C_.2015.270.01.0016.01.SPA).

vo del cuerpo, máxime si se considera que su composición actual no permitiría destinar un número elevado de funcionarios a las tareas más exigentes desde un punto de vista físico. Desde esta perspectiva, el establecimiento de un máximo de 35 años para acceder al cuerpo constituye una medida estrictamente necesaria, en las circunstancias actuales, para restablecer una estructura de edades que garantice la operatividad y el funcionamiento adecuado de la institución.

Podemos decir, en consecuencia, que la discriminación por razón de edad se interpreta en el derecho comunitario con un carácter bastante flexible, acercándola más al ámbito de la mera desigualdad que a la prohibición de discriminación. La flexibilidad es evidente en los supuestos de establecimiento de edades máximas para acceder a determinados puestos de trabajo, supuestos en que se exige una determinada edad como requisito profesional esencial y determinante. Esta excepción, recogida expresamente en la regulación, ha permitido mantener una concepción negativa de la edad que la asocia con el rendimiento y la productividad y que veta a los trabajadores maduros el acceso a determinados puestos de trabajo relacionados esencialmente con el mantenimiento de la seguridad.

#### **4 Las políticas de diversidad en el ámbito empresarial. Instrumentos y líneas de actuación**

El análisis efectuado pone de manifiesto que las medidas adoptadas en el ordenamiento jurídico español son completamente insuficientes para hacer frente a la diversidad funcional propiciada por la discapacidad, la enfermedad y la edad<sup>48</sup>. Ciertamente, debemos admitir que las normas legales tratan de hacer frente a las necesidades más urgentes, significativamente a la incorporación al mercado de trabajo, incidiendo y potenciado el acceso, y a la protección social, cubriendo las situaciones de necesidad cuando estos trabajadores pierden el empleo. Es necesario reconocer también que, en este ámbito, especialmente en los últimos cinco años, se han estructurado diversas medidas que permiten prolongar la vida activa de los trabajadores y compatibilizar las prestaciones de seguridad social con la realización de trabajos por cuenta propia y ajena, aliviando en parte la situación de los trabajadores de más edad. No obstante, a pesar de estos cambios legislativos, la concepción de que una persona discapacitada, enferma o de edad madura no resulta productiva sigue muy presente en la sociedad y, con carácter general, en las políticas de gestión de recursos humanos de las organizaciones empresariales.

Por ello, además de revisar y adecuar la legislación laboral para satisfacer las necesidades de estos colectivos, urge analizar y determinar cómo se deben articular y regular las condiciones de trabajo en las empresas y a través de qué mecanismos e instrumentos se puede afrontar de forma efectiva los desafíos y oportunidades que presenta la diversidad funcional. Desde dicho ámbito y con los instrumentos disponibles se debe prestar especial atención a los trabajadores que están afectados por una discapacidad o por una mera enfermedad y a aquellos que cuentan con una edad avanzada, evitando con ello conductas y situaciones discriminatorias. Todas estas circunstancias, lo hemos visto en apartados anteriores, están protagonizando numerosas controversias judiciales en la generalidad de los ordenamientos jurídicos y, aunque algunas de ellas aún no han encontrado una solución pacífica, se están resolviendo a través de la prohibición de discriminación. Esto significa que la generalidad de los supuestos se plantean como conflictos entre los derechos fundamentales del trabajador y los distintos poderes empresariales, conflictos difíciles de resolver y que terminan ocasionando la nulidad del acto lesivo, además de un alto coste personal y económico a ambas partes de la relación laboral.

En estas circunstancias surge indudablemente, al margen de las soluciones judiciales y una vez identificados los conflictos jurídicos que se pueden generar y las posibilidades de solución, la necesidad de identificar

<sup>48</sup> Deficiencias muy similares se detectan en la generalidad de los ordenamientos jurídicos. OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo* ..., op. cit. pp. 55 y ss.

medidas y mecanismos preventivos capaces de gestionar adecuadamente las manifestaciones de la diversidad funcional. Analizaremos a continuación algunos de estos instrumentos, teniendo en cuenta tres circunstancias distintas: a) que nos centramos única y exclusivamente en medidas que promuevan la permanencia de estos trabajadores en el mercado de trabajo, dejando de lado el acceso o la reincorporación a dicho mercado; b) que para conseguir este objetivo es necesario impulsar una concepción de la diversidad inclusiva e integradora; c) que dicha concepción requiere entender la capacidad laboral en constante evolución y transformación, de forma que se acepte con naturalidad que si un trabajador puede perder o disminuir algunas destrezas, también puede aumentar y desarrollar otras con el paso de los años. Efectuaremos este análisis diferenciando entre medidas de prevención y medidas de flexibilidad.

#### 4.1 Las políticas preventivas como base de la gestión de la diversidad funcional

Sin lugar a dudas, una de las materias más importantes y que debe analizarse y desarrollarse conforme a los parámetros de la diversidad funcional es la política de prevención de riesgos en la empresa. El proceso que regula la LPRL, de conformidad con el principio de seguridad integrada<sup>49</sup>, obliga al empresario a realizar una evaluación de los puestos de trabajo pormenorizada en la que, entre otras circunstancias, se han de tener en cuenta las distintas capacidades y destrezas que requiere su realización, así como comprobar que efectivamente el trabajador que asume el puesto cuenta con ellas<sup>50</sup>. Dicha evaluación debe llevar a una clarificación y determinación de los elementos peligrosos y a la identificación de los trabajadores que se encuentran expuestos. Sobre estos elementos se debe realizar una valoración basándose en los conocimientos técnicos existentes, de manera que se pueda llegar a una conclusión sobre la necesidad de evitar o de controlar y reducir el riesgo.

Finalizada la fase de evaluación, el empresario debe realizar las actuaciones y adoptar las medidas necesarias para eliminar, reducir y controlar los riesgos detectados (medidas de prevención en el origen, organizativas, de protección colectiva, de protección individual, o de formación e información a los trabajadores) y controlar periódicamente las condiciones, la organización y los métodos de trabajo y el estado de salud de los trabajadores (art. 3 del RSP). En la adopción de esas medidas ha de tenerse muy en cuenta una serie de principios, entre los que destaca el relativo a adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo. Este principio exigiría, entre otras actuaciones, que el empresario tome en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendar las tareas a sus trabajadores.

Inciendo en el principio de adaptar el trabajo a la persona, el art. 25 LPRL establece la obligación empresarial de garantizar específicamente la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de

<sup>49</sup> El concepto de seguridad integrada alude a la necesidad y conveniencia de que la prevención de riesgos impregne la totalidad de las decisiones en el entorno productivo, incluso en momentos anteriores a la organización de la actividad, debiendo tenerse en cuenta como factor decisivo tanto a la hora de planificar la actividad empresarial como a la hora de desarrollarla. En ambos casos la integración requiere la obligación de desarrollar una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con un doble objetivo: evitar los riesgos en el trabajo y cuando ello no sea posible, identificar, evaluar y controlar los riesgos que no se hayan podido evitar. A su vez, esta obligación sugiere la adopción de cuantas medidas sean necesarias para adaptar las medidas de prevención a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo o actividad.

<sup>50</sup> La evaluación inicial se concibe como “un proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse” (art. 3 RPRL). Para realizar dicha evaluación han de tenerse en cuenta los siguientes factores: a) la naturaleza de la actividad; b) las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos. A estos efectos, aclara la disposición reglamentaria, deben tenerse en cuenta las condiciones de trabajo existentes o previstas (de conformidad con el art. 4.7 LPRL) y la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones (art. 4 RSP).



discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo<sup>51</sup>. La norma menciona expresamente dos obligaciones distintas: a) tener en cuenta las características personales o estado biológico de los trabajadores en la evaluación de los riesgos y adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias de acuerdo con los resultados obtenidos en la evaluación; b) no asignar puestos de trabajo que puedan entrañar una situación de peligro para el trabajador, sus compañeros o terceros, por no adecuarse a las características personales, estado biológico o discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida.

Obviamente y sin lugar a dudas, este conjunto de obligaciones abarca a los trabajadores discapacitados, pero también a los trabajadores enfermos y a los trabajadores de edad avanzada en cuanto las alusiones al estado biológico incluyen todas esas circunstancias; no obstante, queda por determinar qué tipos de medidas se pueden adoptar para estos trabajadores, cuestión que dependerá de su capacidad funcional<sup>52</sup>. A estos efectos, puede resultar ilustrativo la regulación contenida en la propia LPRL que prevé una serie de medidas para las trabajadoras embarazadas (art. 26 LPRL): adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo; la asignación de un puesto de trabajo distinto compatible con su capacidad laboral y, cuando ello no sea posible, la suspensión del contrato de trabajo por el tiempo que resulte necesario para preservar la salud.

En definitiva, parece que en el ámbito de la prevención de riesgos podría ser suficiente con aplicar de forma rigurosa la regulación existente y hacer efectivo el principio, reconocido en varios preceptos legales, de adaptar el puesto de trabajo al trabajador. Debiéramos recordar que el art. 5 Directiva 2000/78/CE, establece: *“A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”*.

También la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad sostiene que constituye discriminación por razón de discapacidad la denegación de ajustes razonables. Entiende dicho instrumento que son ajustes razonables: *“las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”* (art. 2).

Esta regulación exige, que las organizaciones atiendan y gestionen las situaciones de diversidad funcional, con más urgencia si cabe aquellas cuya desatención pueda constituir un supuesto de discriminación como es la discapacidad, la enfermedad en determinadas circunstancias y la edad.

<sup>51</sup> Cos Egea, M., “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 12, 2010.

<sup>52</sup> En una forma bastante parecida, aunque más concreta, se pronuncia la OIT en la Recomendación n.º 162 sobre trabajadores de edad (1980). Considera la organización que en el ámbito de la prevención deberían realizarse estudios, con la participación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, para identificar los tipos de actividad en los que el proceso de envejecimiento pueda ser más rápido o en las que los trabajadores de edad encuentren dificultades de adaptación a las exigencias del trabajo, determinar las causas y proponer las soluciones apropiadas. Estos estudios podrían llevarse a cabo en el marco de un sistema general de evaluación de las tareas y de las calificaciones correspondientes, esto es, en el marco de la prevención de riesgos laborales y deberían difundirse ampliamente, en especial, entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores y entre los trabajadores de edad interesados. En cuanto a las medidas a adoptar, sostienen la OIT que cuando las razones de las dificultades de adaptación de los trabajadores de edad estén ligadas ante todo a su envejecimiento, deberían tomarse medidas en los tipos de actividad de que se trate, en la medida en que esto sea posible, con miras a: a) corregir aquellas condiciones de trabajo y de medio ambiente de trabajo que puedan acelerar el proceso de envejecimiento; b) modificar las formas de organización del trabajo y la ordenación de los horarios de trabajo que entrañen exigencias y ritmos excesivos en relación con las posibilidades de los trabajadores interesados, en particular limitando las horas extraordinarias; c) adaptar el puesto de trabajo, y las tareas que éste exige, al trabajador que ocupa dicho puesto, utilizando todos los medios técnicos disponibles y, en particular, aplicando los principios de la ergonomía, a fin de preservar la salud, prevenir los accidentes y mantener la capacidad de trabajo; d) prever una vigilancia más sistemática del estado de salud de los trabajadores; e) prever, en los lugares de trabajo, una supervisión adecuada para garantizar la higiene y la seguridad de los trabajadores.

## 4.2 Las políticas de flexibilidad de las condiciones de trabajo como consecuencia de la diversidad funcional

Por último, debemos destacar las políticas de flexibilidad, pues es indudable que la gestión de la diversidad requiere de grandes dosis de flexibilidad en las condiciones de trabajo (flexibilidad interna). A estos efectos, y antes de analizar las posibles medidas de flexibilidad aplicables a los colectivos que estamos considerando, es necesario advertir que la flexibilidad laboral ha sido el hilo conductor de todas las reformas operadas en el Estatuto de los Trabajadores desde su primera versión (1980)<sup>53</sup>. No obstante, y a pesar de este punto común, hay que subrayar algunas diferencias, pues si bien las primeras reformas se dirigieron a deslegalizar la regulación de las condiciones de trabajo, abriendo amplios espacios para la negociación colectiva, las reformas introducidas a partir del año 2000, aun incidiendo en esta misma línea, esto es, consolidando la senda de flexibilidad interna marcada por las modificaciones anteriores, se han inclinado por restar espacios de negociación a la autonomía colectiva y cederlos de nuevo al legislador o al propio poder de dirección empresarial.

En cualquier caso, nosotros insistiremos en la necesidad de fomentar la negociación y el acuerdo en todas las medidas de flexibilidad como única forma de garantizar que se arbitran para satisfacer intereses de las dos partes de la relación laboral. El ET posibilita ampliamente la adopción de este tipo de medidas y estas son negociables en el ámbito empresarial bien a través de la negociación colectiva o bien a través de otro tipo de acuerdos más informales. A estos efectos, es necesario recordar que para la generalidad de medidas de flexibilidad que menciona el ET (movilidad geográfica, movilidad funcional, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, etc.), la regulación estatutaria lo que hace es establecer un procedimiento obligatorio para que el empresario pueda adoptarlas por decisión unilateral, pero dichas regulaciones no impiden que este negocie con los representantes de los trabajadores medidas distintas y mucho más incisivas de las previstas en la norma legal.

Es cierto que hace unos años esta posibilidad estaba mucho más limitada por la estructura y las reglas de ordenación del sistema de negociación colectiva, que dejaban poco espacio para la negociación de ámbito empresarial, y el que había estaba condicionado por la regulación del convenio colectivo sectorial. Desde la Reforma Laboral de 2012, las materias más proclives a liderar la gestión de la diversidad han quedado reservadas al ámbito empresarial en virtud de la preferencia aplicativa que tiene este ámbito de regulación (art. 84.2 ET). Efectivamente, desde el año 2012, el ET reconoce la posibilidad de negociar convenios de empresa en cualquier momento, garantizando su prioridad aplicativa, siempre que se regulen materias como el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones, la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores, la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa y las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

En la misma línea, el art. 82.3 del ET regula un procedimiento para acordar entre empresario y los representantes de los trabajadores (aquellos que estén legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1 ET), y previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del art. 41.4 ET, la inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, cuando afecten a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 ET, y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social; materias todas ellas que pueden tener un

<sup>53</sup> Respecto a la reforma laboral de 1994, VV. AA., *Reforma laboral y negociación colectiva. VII Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, MTSS, 1995. En cuanto a la Reforma de 1997, véase Rivero Lamas, J., “Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1997”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 89/1998, pp. 381 y ss. Un análisis integral de las últimas reformas en González Ortega, S., “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, núm. 115/2012, pp. 85 y ss.

impacto considerable en la gestión de la diversidad funcional.

No existe por tanto inconveniente para adoptar una serie de medidas como, por ejemplo: a) reducir la duración normal del trabajo, diaria y semanal, de estos trabajadores arbitrando los mecanismos correspondientes; b) fomentar la reducción progresiva de la duración del trabajo de todos los trabajadores de edad avanzada que así lo solicitaren, durante un período prescrito anterior a la fecha en que los interesados alcancen la edad de jubilación; c) incrementar las vacaciones anuales pagadas en función de la antigüedad o de la edad; d) permitir que estos trabajadores organicen a su propia conveniencia el tiempo de trabajo y el tiempo libre, en particular facilitándoles empleo a tiempo parcial y previendo horarios flexibles; e) facilitar la movilidad funcional y la asignación a empleos de horario normal diurno; f) configurar sistemas de remuneración que tengan en cuenta no sólo la rapidez de ejecución, sino también los conocimientos prácticos y la experiencia; g) adaptar el sistema de trabajo y rendimiento a las características de la diversidad funcional; h) diseñar estrategias organizativas que adapten los ritmos, descansos, turnos y horarios de trabajo a las condiciones físicas del trabajador y medidas que aborden cambios en la actividad de los trabajadores y de las trabajadoras; i) Diseñar programas complementarios encaminados a mantener actualizados los conocimientos técnicos a nivel profesional (cualificaciones de adaptación), etc.<sup>54</sup>.

Además de la negociación colectiva de eficacia general, existen en el ordenamiento jurídico español otros instrumentos convencionales que se aglutinan en torno al concepto de “*acuerdos de empresa*”. Dentro de esta categoría y como una de sus manifestaciones más importantes se encuentran los acuerdos de reorganización productiva que tienen por objeto adoptar decisiones organizativas de gran entidad y trascendencia colectiva a través de un procedimiento de consultas, arbitrando la posibilidad de que se alcance un acuerdo con los representantes de los trabajadores respecto de vicisitudes contractuales colectiva tales como traslados (art. 40 ET), modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), suspensiones por causas económicas, técnicas organizativas o de producción (art. 47 ET) y despidos colectivos (art. 51 CE). La regulación que sirve de base a estos procedimientos se contiene en el art. 41. ET que regula la modificación sustancial de las condiciones de trabajo por decisión unilateral del empresario. El precepto conmina a abrir un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores cuando la modificación tiene carácter colectivo. Dicho periodo de consultas, de un máximo de 15 días de duración, se dirige a discutir y negociar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados.

Y es en el marco de estos periodos de consultas donde han de tener una especial consideración los colectivos que estamos considerando, pues en dichos procesos se pueden adoptar acuerdos entre empresario y representantes de los trabajadores que tienen eficacia general. En esta dirección se manifiestan varios estudios centrados en la gestión de la diversidad. Así y en relación con los trabajadores de edad avanzada, el *Informe del Consejo Económico y Social sobre la situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años* (2014) insiste, entre otras vías de actuación, en la importancia de que en los procedimientos de despidos colectivos se busquen soluciones alternativas a la extinción de los contratos de este colectivo con objeto de mantener el empleo y

<sup>54</sup> Existen múltiples ejemplos. Así la empresa Volvo-Torslanverken (Suecia), ante el aumento en la plantilla de trabajadores mayores de 50 años que encuentran dificultades para seguir el ritmo de producción de la cadena de montaje por motivos de salud, crea dos departamentos específicos: un servicio de atención a las reclamaciones de los clientes y otro de funciones de producción a un ritmo adaptado. El balance final: mejora del clima laboral, reducción de las bajas por enfermedad y de las jubilaciones anticipadas (Información disponible en Internet: [http://www.institut-entreprise.fr/fileadmin/Docs\\_PDF/travaux\\_reflexions/ben-chmarking/seniors.pdf](http://www.institut-entreprise.fr/fileadmin/Docs_PDF/travaux_reflexions/ben-chmarking/seniors.pdf)). Otro ejemplo de buenas prácticas lo constituye la empresa Westbury Home (Reino Unido), empresa de construcción en la que los trabajadores con más de 50 años constituyen el 25% de la plantilla y se encuentran en todos los niveles de la organización. El tratamiento de la salud y el bienestar de los trabajadores se realiza de forma individualizada, desarrollando un análisis de evaluación de riesgo de cada uno de ellos, independientemente de la edad, del que se derivan actuaciones como cambios en el diseño del trabajo o ajustes ergonómicos. Los jefes de obra que se aproximan a la edad de jubilación son transferidos a puestos de coaching y mentoring para proporcionar apoyo y conocimientos a los jefes de obra más jóvenes (Información disponible en Internet: <http://www.enwhp.org/enwhp-initiatives/5th-initiative-healthy-work-in-an-ageing-europe.html>). Ambas experiencias vienen destacadas como buenas prácticas en la Guía para la gestión de la edad en las organizaciones de Euskadi. Doces propuesta para las organizaciones y tres recomendaciones para las administraciones.

facilitar la reincorporación al mercado laboral<sup>55</sup>. Recuerda el informe, y así lo destaca la doctrina más atenta, la importancia de hacer un seguimiento efectivo del Plan de Recolocación Externa y la conveniencia de prestar especial atención a los trabajadores más vulnerables en la generalidad de los acuerdos de reorganización productiva<sup>56</sup>.

También la *Guía para la gestión de la edad en las organizaciones de Euskadi "Doce propuesta para las organizaciones y tres recomendaciones para las administraciones"*<sup>57</sup>, propone un conjunto de medidas de sumo interés, entre las que destacan, además del apoyo al mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad en los procesos de reestructuración empresarial; analizar la situación de la edad en la organización productiva y la viabilidad de implementar medidas en este ámbito; diversificar la edad en la organización incorporando trabajadores de más edad; promover el desarrollo de competencias y cualificación de los trabajadores de más edad con objeto de afrontar el desarrollo tecnológico; realizar entrevistas y sesiones de orientación que permitan revisar la carrera profesional de los trabajadores; fomentar la jubilación parcial combinada con el contrato de relevo y la asignación de labores de tutorización a los trabajadores de edad avanzada; adaptar los puestos de trabajo y proceder a la movilidad funcional; etc. De todas ellas, quizá, las más interesantes sea la de implementar estrategias de mentoring que pretenden poner en valor y mejorar la utilización de la experiencia de los trabajadores de más edad, ya sea para apoyar al nuevo trabajador en su incorporación a la empresa o a un puesto de trabajo determinado o mejorando los procesos de adaptación al mismo.

## 5 conclusiones

Las consideraciones realizadas manifiestan que ante la diversidad funcional existen dos modelos de actuación, uno centrado en el mantenimiento de los prejuicios existentes en la sociedad que mantiene que estos trabajadores no son productivos, un segundo que considera la diversidad funcional como un reto y un mundo de oportunidades que también el sector empresarial debe aprovechar. El primer modelo acepta la expulsión de los trabajadores discapacitados, enfermos y maduros del sistema productivo, articulando un sistema de tutela que incide en una serie de medidas de protección social dirigidas a cubrir la situación de necesidad que deriva de la falta de empleo (prestaciones por desempleo, rentas mínimas de inserción, etc.). El segundo, apuesta claramente por la permanencia de estos trabajadores en el mercado laboral por lo que sus regulaciones se destinan a adaptar los entornos y las condiciones de trabajo a la diversidad funcional.

El ordenamiento jurídico español se encuentra en una fase de tránsito del primer modelo al segundo. Conforme a ello, la legislación se ha centrado durante muchos años en articular mecanismo para expulsar de forma ordenada a estos trabajadores del mercado de trabajo (jubilaciones anticipadas, jubilación forzosa por convenio colectivo, etc.) y potenciar medidas de protección social. No obstante, en los últimos años y debido a las políticas de organismos internacionales (OIT) y supranacionales (UE) se ha iniciado el tránsito hacia el segundo modelo al regular la postergación de la edad de jubilación y la compatibilidad entre la jubilación y el trabajo (jubilación flexible y jubilación parcial). No obstante, y en cuanto el tránsito no ha hecho más que comenzar, queda mucho por hacer, en especial, acabar con los prejuicios existentes y conforme a ello adaptar los puestos y las condiciones de trabajo a la diversidad funcional, obligaciones que, aunque ya existen y están articuladas en el ordenamiento jurídico español de forma directa o indirecta, no han sido objeto de desarrollo hasta la actualidad.

Indudablemente esa falta de desarrollo y de aplicación de las normas en el ámbito de la diversidad funcional puede generar una ingente cantidad de conflictos que, en cuanto encauzados por los procedimientos

<sup>55</sup> Documento disponible en Internet: <http://www.ces.es/documents/10180/1558369/Inf0214.pdf>

<sup>56</sup> Rojo Torrecilla, E, El derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de la edad..., op. cit.

<sup>57</sup> Documento disponible en Internet: <http://www.carm.es/ctra/cendoc/haddock/16214.pdf>



de lesión de derechos fundamentales a través de la prohibición de discriminación, son susceptibles de generar un alto coste económico y personal para las partes, por lo que resulta aconsejable articular fórmulas paccionadas para gestionar dicha diversidad. En el ordenamiento jurídico español no existen impedimentos legales para articular dichos mecanismos que deben centrarse necesariamente en el ámbito de la prevención de riesgos como base de todo el sistema y en la flexibilidad de las condiciones de trabajo. Ambas materias son contenidos propios de la autonomía colectiva

Siendo así, y teniendo en cuenta la casi inexistencia de experiencias de este tipo en España, solo podemos concluir que aún en nuestra sociedad perviven vivamente un conjunto de prejuicios que impiden acometer de forma efectiva la gestión de la diversidad funcional, prejuicios que deberemos superar para afrontar debidamente el futuro del trabajo. Sin duda, este cambio de concepción implicará costes, pero también beneficios. Sin duda, la automatización del trabajo permitirá esta implantación si somos capaces de aprovecharla para poner el mercado de trabajo al servicio de las personas y no las personas al servicio del mercado. Es imprescindible amoldar el mercado a las necesidades sociales, entre otras, a la diversidad funcional, asumiendo que la capacidad laboral no se deteriora, sino que evoluciona y se desarrolla con la experiencia y con el transcurso de los años, de forma que si bien es cierto que existen algunas facultades que disminuyen, existirán otras que se agilicen e incluso algunas que se adquieran con el tiempo. Es la trayectoria a recorrer para poder gestionar el trabajo en los años venideros.

## Bibliografía

- Aparicio Tovar, J., y Olmo, A., *La edad como condición problemática en el acceso al empleo: el desigual tratamiento normativo para solventar la discriminación por razón de edad*, Albacete, Bomarzo, 2007.
- Arias Domínguez, A., “De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica de la automática concesión de la condición de minusválido a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente por obra del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”, *Aranzadi Social*, núm. 3/2008. BIB 2008\766.
- Barbera M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, en *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. Barbera, Milano, Giuffrè, 2007.
- Barbera M.: *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, en *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. Barbera, Milano, Giuffrè, 2007
- Carrizosa Prieto, E., “Discapacidad, Discriminación e Indemnidad: Algunas claves para proteger al trabajador enfermo”, *Revista Internacional Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, V. 4, núm. 1/ 2016.
- Chieco P., *Le nuove direttive Comunitarie sul divieto de discriminazione*, en *R IT. D.L.*, n. 1. 2002.
- Cordero Gordillo, V., El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE, *Aranzadi Social*, n. 3, 2006, BIB 2006\1624.
- Cordero Gordillo, V., “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad”, *Revista Derecho Social*, n. 43, 2008.
- Cos Egea, M., “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 12, 2010.
- Esteban Legarreta, R., “Cuestión Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Discriminación por enfermedad”. BIB 2005\1146.
- Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 1, 2015.

- Fernández López, M. F., “Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, n. 98/2009.
- Fernández López M. F., Calvo Gallego F. J., *La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas. Una ampliación del marco material comunitario*, en *Temas Laborales*, n. 59/2001.
- Fribergh, E., Kjaerum, M., *Handbook on European non-discrimination Law*, European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, 2010.
- García Valverde, M<sup>a</sup>. D., “A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”, *Aranzadi Social*, núm. 14/2007 (BIB 2007, 1780).
- González Ortega, S., “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001.
- González Ortega, S., “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, núm. 115/2012.
- Gottardi, D., *La normativa di protezione contro la discriminazione basata sulla disabilità si applica anche a chi assiste familiare disabile*, Corte di Giustizia Ce 17 luglio 2008, C-303/06, in *Guida al lavoro*, Il Sole 24 ore, 2008, núm. 35.
- Gutiérrez Colominas, D., “El complemento por discapacidad y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la negociación colectiva de los últimos años (2012-2014)”, *Temas Laborales*, núm. 135/2015.
- Gutiérrez Colominas, D., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en EE.UU y España: una visión comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, V. 3, núm. 3/2015.
- Gutiérrez Colominas, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Bomarzo, 2019.
- O’reilly A. *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*, Ginebra, OIT, 1997. Documento disponible en Internet: [www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS\\_091966/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_091966/lang--es/index.htm).
- OIT (2003), *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, Ginebra.OIT, 2003.
- OIT (2007), *La igualdad en el trabajo. Afrontar los restos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, Ginebra. OIT, 2007.
- OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, Ginebra, 2011. Documento disponible en Internet: [http://www.ilo.org/declaration/info/publications/eliminationofdiscrimination/WCMS\\_166923/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/declaration/info/publications/eliminationofdiscrimination/WCMS_166923/lang--es/index.htm)
- Palacios Rizzo, A., y Románach Cabrero, J., *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversitas Ediciones, 2007.
- Poquet Catalá, R., “Selección de trabajadores afectados por despido colectivo y discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, n. 131/2015, pp. 244 y ss.
- Rivero Lamas, J., “Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1997”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 89/1998.
- Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas Laborales*, núm. 127/2014.

Rojo Torrecilla, E. El derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de la edad. La protección de las personas de edad avanzada, Ponencia presentada en el Curso de Verano “Envejecimiento de la población trabajadora” de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Septiembre 2016. Documento disponible en Internet: <http://www.slideshare.net/erojotorrecilla/el-derecho-a-la-igualdad-de-trato-y-no-discriminacion-por-razn-de-edad-la-proteccion-de-las-personas-de-edad-avanzada>

Ruiz Castillo, M., Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad, Albacete, Bomarzo, 2010.

Velasco Portero, M.T., “Reconsideración sobre la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, *Temas Laborales*, núm. 131/2015.

Valdés Alonso, A., “Minusvalía e incapacidad: sobre la automaticidad del reconocimiento de minusvalía al incapacitado permanente total (Comentario STS de 21 de marzo de 2007)”, *Relaciones Laborales*, núm. 1/2008.

VV. AA., *Reforma laboral y negociación colectiva. VII Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, MTSS, 1995.

WHO, *Informe Mundial sobre la Discapacidad*, Ginebra. Documento disponible en Internet: [www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/report/en/index.html](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/en/index.html).

## Documentos e Informes

CES, *Informe sobre la situación socio-laboral de las personas de 45 a 64 años (2014)*. Documento disponible en Internet: <http://www.ces.es/documents/10180/1558369/Inf0214.pdf>

UE, *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020*. Documento disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC0636>.

UE. Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011, sobre la movilidad y la inclusión de las personas con discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020.

Documento disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.CE.2013.131.01.0009.01.SPA&toc=OJ:C:2013:131E:TOC>.

UE, “Libro Blanco de 2012. Una agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”. Documento disponible en Internet:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0055:FIN:ES:PDF>

UE, “Informe de envejecimiento 2012”: Documento disponible en Internet: <http://envejecimiento.csic.es/documentacion/biblioteca/registro.htm?iPos=6&id=58727&irPag=1&clave=F6Z4G2eO4m&pos=0;>

UE, “Adecuación de las pensiones en la UE 2010-2050”: Documento disponible en Internet: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2010488%202012%20INIT>

Secretaría General de la Seguridad Social, Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo 2011-2015. Documento disponible en Internet: [http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/groups/public/documents/rev\\_anexo/rev\\_035131.pdf](http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/groups/public/documents/rev_anexo/rev_035131.pdf).















**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Custos de transação como uma  
metapolítica pública**

**Transaction costs as a  
metapolicy**

João Luis Nogueira Matias

Ricardo José Brito Bastos Aguiar de  
Arruda

# Custos de transação como uma metapolítica pública\*

## Transaction costs as a metapolicy

João Luis Nogueira Matias\*\*

Ricardo José Brito Bastos Aguiar de Arruda\*\*\*

### Resumo

Este artigo propõe a consideração original de custos de transação como uma metapolítica pública. O conceito vai além das relações entre firmas e mercado, afetando a integração das empresas, o bloqueio na formação de mercados, o funcionamento de sistemas econômicos, os custos governamentais, as barganhas entre facções políticas e sobre políticas entre eleitores e políticos. Explora as funções ou benefícios dos custos de transação, notadamente em situações de assimetria de informações e na escolha de arranjos institucionais. Discute a minimização dos custos de transação como meta, mas considerando a eficiência, percebendo que a formação de mercados pode reclamar a adição de funções e custos de transação, pois os agentes econômicos possuem racionalidade limitada. Passa a uma abordagem tópica em decisões legislativas, judiciais e corporativas, como em fusões e aquisições empresariais, mercados de capitais e questões de propriedade intelectual. A metodologia utilizada abrangeu a identificação do problema de eficiência na gestão pública, pesquisa do estado da arte acerca da manipulação do conceito de custo de transação, notadamente quanto à aplicação dessa ideia na governança pública, com a proposta de lançar a semente para o aprofundamento teórico e experimental da articulação de uma metapolítica pública centrada na ideia de custos de transação. O método é essencialmente descritivo-discursivo. O artigo recomenda a incorporação do conceito de custo de transação no processo de tomada de decisão pelo gestor público quanto às políticas públicas em geral, algumas vezes sendo esse um critério decisivo, outras não, mas sempre útil pelo impacto potencial na solução adotada.

**Palavras-chave:** Custos de transação. Metapolítica pública. Gestão Pública. Instituições. Eficiência.

### Abstract

This article proposes the original consideration of transaction cost as a metapolicy. This concept has expanded beyond firm-market relations, affecting corporate integration, blocking market formation, functioning of economic systems, government costs, bargaining among political factions and between voters and politicians. It explores the functions or benefits of transaction cost economics, highlighting their importance in situations of

\* Recebido em 29/08/2017  
Aprovado em 20/09/2017

\*\* Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2009), Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (2003), Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (1999), Professor Associado, nível III, da Universidade Federal do Ceará e do Centro Universitário 7 de Setembro, Juiz Federal. Email: joaoluisnm@uol.com.br

\*\*\* Juiz Federal. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará na área de concentração em Ordem Jurídica Constitucional; e Engenheiro Civil com especialização em Engenharia de Petróleo. Email: rjbbaa@yahoo.com

asymmetric information and in the choice of institutional arrangements. It discusses the minimization of transaction costs as a goal but in view of efficiency, realizing that the formation of markets may demand that functions and transaction costs be added, given that economic agents have a bounded rationality. A topical approach is taken in legislative, judicial and corporate decisions, such as mergers and acquisitions, capital markets and intellectual property issues. The methodology used throughout the present work was to identify the problem of efficiency in public management, by the research about the state of the art about the manipulation of the concept of transaction cost, especially with regard to the application of this idea in public governance, with the proposal to launch the seed for the theoretical and experimental deepening of the articulation of a metapolicy centered on the idea of transaction costs. The method was essentially descriptive-discursive. It is concluded by the recommendation of the use of transaction costs in the decision-making process by the public manager in relation to public policies in general, sometimes being a decisive criterion, others not, but always useful because of the potential impact on the solution adopted.

**Keywords:** Transaction cost economics. Metapolicies. Public management. Institutions. Efficiency.

## 1 Introdução

A importância dos custos envolvidos nas transações econômicas foi primeiramente percebida por Ronald Coase, quando procurou explicar a razão da existência da firma, bem como o porquê de seu tamanho. Com o tempo, essa ideia passou a ser empregada em áreas distintas da análise da firma, estando, hoje, presente nos mais diversos estudos de Economia e do Direito e Economia (Law and Economics). É impossível, por exemplo, elaborar uma teoria dos contratos—vide os estudos de Oliver Hart e de Bengt Holmstrom<sup>1</sup>—, identificar a melhor estratégia para pôr em prática uma determinada política pública, comparar instituições<sup>2</sup> e prever os efeitos de uma nova legislação sem o domínio dos custos de transação, sejam reais ou virtuais.

Oliver E. Williamson<sup>3</sup>, debruçando-se sobre o estudo da governança das organizações, manipula o conceito de custos de transação. Elinor Ostrom<sup>4</sup>, do mesmo modo, ao desenvolver os seus trabalhos acerca da governança de sistemas econômicos complexos. Não apenas no campo da microeconomia, mas também na macroeconomia faz-se importante o domínio e o manejo dessa importante ferramenta. Joseph E. Stiglitz<sup>5</sup> chama a atenção para a resposta da Teoria Macroeconômica à virada em prol da microeconomia ocorrida nos anos setenta, resposta construída por uma nova macroeconomia baseada na microeconomia tradicional, mas reconhecendo as falhas de mercado. Sendo o custo de transação um conceito essencial ao estudo da microeconomia, essa nova abordagem da macroeconomia pós-keynesiana dele não pôde prescindir.

Pretende-se, com o presente artigo, a proposição da utilização do conceito de custos de transação como uma metapolítica pública, ou seja, demonstrar a importância do manuseio dessa ferramenta microeconômica na escolha, elaboração e acompanhamento das políticas públicas de modo geral. Os custos de transação

<sup>1</sup> HART, O.; HOLMSTRÖM, B. *Contract Theory*. Stockholm: The Royal Swedish Academy of Sciences, 2016. Disponível em: <[https://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2016/advanced-economicsciences\\_2016.pdf](https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2016/advanced-economicsciences_2016.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2017.

<sup>2</sup> COLE, D. H. The Varieties of Comparative Institutional Analysis. *Wisconsin Law Review*, Madison, p. 383-409, 2013.

<sup>3</sup> WILLIAMSON, O. E. *Transaction Cost Economics: the natural progression*. Prize Lecture. Berkeley: University of California, 2009. p. 455-476. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson\\_lecture.pdf](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson_lecture.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2017.

<sup>4</sup> OSTROM, E. *Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems*. Prize Lecture. Workshop in Political Theory and Policy Analysis. Bloomington: Indiana University; and Tempe: Arizona State University, 2009. p. 408-444. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom\\_lecture.pdf](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2017.

<sup>5</sup> STIGLITZ, J. E. *Information and The Change in The Paradigm in Economics*. Prize Lecture. New York: Columbia Business School, Columbia University, 2001. p. 472-540. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/17485/mod\\_resource/content/1/CHY%20-%20Stiglitz%20-%20Aula%205.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/17485/mod_resource/content/1/CHY%20-%20Stiglitz%20-%20Aula%205.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2017.



devem entrar na gramática do gestor público, ser-lhe familiar, compor o acervo ferramental para a tomada de decisões. Obviamente, não se está a propor que o critério econômico baseado no custo de transação seja, sempre, o fator determinante para a tomada de decisões quanto às variadas políticas públicas, mas que não deva ser ignorado. Qualquer que seja a opção que se faça, tem-se que estar consciente das consequências em termos de custos de transação.

O método é essencialmente descritivo-discursivo, sendo o artigo dividido em três capítulos. No primeiro, definem-se custos de transação, abordando a construção do conceito que contou com a contribuição de diversos teóricos, o que a tornou útil para a compreensão e solução de problemas que se verificam sempre que uma relação de troca se faz presente.

Segue-se, com o esclarecimento acerca das funções e benefícios dos custos de transação, afastando-se a ideia intuitiva de que, por serem custos, são necessariamente indesejáveis.

Ainda no primeiro capítulo, analisa-se, em postura crítica, a meta de minimização dos custos de transação. Pondera-se que a ideia de eficiência, eventualmente, pode ser aumentada com o incremento de custos, inclusive de transação, desde que tragam um resultado marginal superior ao custo marginal. Procura-se demonstrar que a própria formação de mercados pode depender da elevação dos custos de transação existentes, conclusão que se afigura contraintuitiva, a princípio, pois o senso comum conduz à conclusão de que os custos devem ser sempre minimizados de modo a favorecer as trocas, mas que pode ser bem compreendida a partir da aceitação de que os agentes econômicos possuem uma racionalidade limitada (bounded rationality), o que justificaria a presença de facilitadores à transação os quais trazem consigo custos embutidos.

O segundo capítulo faz uma abordagem tópica, discutindo o tratamento de custos de transação nas decisões legislativas e judiciais, e destacando o papel fundamental dos advogados em importantes situações de assimetria de informações, como em fusões e aquisições de empresas, em mercados de capitais e em questões de propriedade intelectual.

Após todo esse esboço teórico, chega-se no terceiro capítulo ao ponto central do trabalho que consiste na proposição da consideração dos custos de transação como uma metapolítica pública, tomando por base um exemplo prático no contexto de uma política ambiental para o controle de emissão de gases por indústrias, discutindo as alternativas de criação de um mercado de carbono ou de exigência de redução eficiente e não uniforme de emissão para as plantas industriais.

Por fim, deixa-se claro que não se poder perseguir a redução dos custos de transação como uma metapolítica pública, um critério decisivo no desenho das políticas públicas, recomendando-se, antes, que o gestor público tenha consciência da existência dessa classe de custos e que o considere como um elemento importante em suas tomadas de decisão.

O tema abordado, pois, insere-se no estudo do direito associado à economia (Law and Economics), mas sob uma perspectiva que procura dar um passo além em relação ao que já foi desenvolvido a partir do trabalho pioneiro de Ronald Coase, como seja, na proposição de incorporação da ideia na atuação da Administração Pública, como uma metapolítica pública, de modo que a análise dessa classe de custos se faça presente na condução de todas as políticas públicas, assim como já ocorre, por exemplo, com a metapolítica pública de transparência.

## **2 Custos de transação: conceito, funções e a meta de minimização como padrão de aplicação**

A utilização da noção de custos de transação como uma metapolítica pública enriquece a análise econômica e contábil das diversas políticas públicas postas em prática na gestão governamental, trazendo mais



racionalidade às decisões administrativas ao evidenciar determinados custos que, de outro modo, poderiam passar despercebidos, ao mesmo tempo em que ressalta a utilidade de funções agregadas às transações que, conquanto tragam consigo custos adicionais, permitem prevenir a emergência de problemas e adicionam um ganho marginal vantajoso.

Na busca pela demonstração da sua utilização na aplicação das políticas públicas, passa-se à análise do seu conceito, funções e padrão de aplicação.

## 2.1 Conceito de custos de transação

O trabalho pioneiro que evidenciou a existência de custos de transação foi desenvolvido por Ronald Coase em 1937. Trata-se do artigo *The Nature of the Firm*. Importava a Ronald Coase<sup>6</sup> fornecer um critério racional de escolha entre a produção de um bem ou serviço pela própria firma (adquirindo outras firmas ou contratando mais empregados) ou por meio de terceirização (adquirindo de outras firmas). Coase concluiu que, se o custo de contratar a obtenção de bens e serviços fosse demasiado alto, as firmas poderiam optar pela integração e regulação própria da atividade por meio da hierarquia da estrutura corporativa. A esses custos de contratação ele nomeou “custos de transação”, ou seja, o custo de usar o sistema de preços (*cost of using the price system*).

Embora não tenha detalhado que custos seriam esses, Coase deixou claro que envolveriam custos de elaborar o contrato, de monitorar a performance desse contrato e de assegurar o cumprimento das obrigações contratuais. Segundo Driesen e Ghosh<sup>7</sup>, Coase, às vezes, pareceu sugerir que os custos de integração da firma também seriam custos de transação (custos para obter informações sobre trabalhadores a contratar, bem assim para monitorar o desempenho dos empregados, por exemplo — tais custos, para alguns, são denominados “custos de agência”).

Essa definição de Coase foi por ele expandida quando escreveu *The Problem of Social Cost*<sup>8</sup>, de modo a tratar a possibilidade de barganha entre os proprietários de terra sobre questões envolvendo aborrecimentos derivados do uso do direito de propriedade (ruído, por exemplo). Custo de transação, portanto, também poder-se-ia referir ao custo dessa negociação. Coase cogitou, inclusive, do custo de se pagar alguém para que refreasse uma atividade nociva, como a poluição (*the bribe contract*).

Kenneth Arrows<sup>9</sup> equiparou custos de transação com os custos que impedem ou bloqueiam a formação de mercados, ou ainda com os custos de funcionamento de um sistema econômico (certamente incluindo os custos governamentais para coagir o cumprimento dos contratos, bem assim para estabelecer os direitos de propriedade).

Douglas North<sup>10</sup>, do mesmo modo, implicitamente, incluiu os custos governamentais no conceito de custos de transação, notadamente quando os utilizou para comparar as economias capitalista (custos de mercado) e comunista (custos difíceis de medir, incluindo tempo para adquirir informações, em filas e outras perdas, tais como as decorrentes de monitoramento e coação imperfeitos) entre si.

Acadêmicos do direito têm utilizado um amplo conceito de custo de transação, abrangendo os custos do contrato privado e alguns dos custos para criar e operacionalizar soluções governamentais para problemas. Richard Posner, Neil Komesar e outros autores incluem o custo da tomada de decisão governamental

<sup>6</sup> COASE, R. H. *The Nature of The Firm*. *Economica*, New Series, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

<sup>7</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: Rethinking Transaction Cost Minimization in a World of Friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>8</sup> COASE, R. H. *The Problem of Social Cost*. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 3, 1960.

<sup>9</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>10</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

como um custo de transação, segundo Driesen e Ghosh<sup>11</sup>. Komesar defende que os custos das alternativas institucionais devem ser levados em conta em uma análise comparativa (entre uma solução de mercado ou governamental, por exemplo). Para ele, devem ser separados os “custos de fricção” associados às alternativas, fazendo sentido tratá-los como custos de transação.

Conceitos mais amplos são utilizados por Robert Cooter e Avinash Dixit<sup>12</sup>, o primeiro abordando os custos de transação relativos à barganha entre facções políticas, enquanto Dixit se referindo aos custos envolvidos nas barganhas sobre políticas entre eleitores e políticos.

Uma larga definição de custos de transação permite uma justa comparação entre alternativas institucionais. Com efeito, atentar apenas para a redução dos custos de transação privados, ignorando eventual elevação nos custos de transação governamentais, resultará em opções equivocadas. Assim, os custos de transação devem abranger os custos administrativos associados com as ações governamentais, bem assim os custos privados associados com as transações de mercado, em ambos incluindo os custos de aquisição de informações necessárias para as decisões públicas e transações privadas.

Driesen e Ghosh<sup>13</sup> definem custos de transação como sendo “os custos de lidar com as pessoas”, incluindo os associados com a aquisição de informações tanto no âmbito público quanto privado. Onde não há relações pessoais, não há custos de transação. Pode haver custos, mas não custos de transação, porquanto impossível qualquer transação.

De maneira mais ampla ainda, defende-se que a existência de um corpo de leis que regule as atividades privadas favorece a redução dos custos de transação. Driesen e Ghosh<sup>14</sup> referem esse tipo de assertiva como uma “afirmação de custo de transação fantasma” (*phantom transaction cost claim*), ou seja, trabalha com uma ideia do custo de transação que existiria se não houvesse essa regulação legal ou se o arranjo legal fosse distinto (custo de uma transação hipotética).

Assim, postula-se a aplicação do conceito mais largo de custos de transação.

## 2.2 Funções ou benefícios dos custos de transação

Os custos de transação existem e não podem ser desprezados. Importa definir que cumprem uma função útil em geral. Em situações de assimetria de informações, por exemplo, trabalham para equalizar o conhecimento para as partes que entabulam uma negociação. Com isso, propiciam uma maior eficiência da transação relativamente a quem detém menos informações, evitando a realização de contratos desequilibrados que, por sua vez, podem ocasionar grandes custos para economia, inclusive em decorrência da judicialização dos conflitos.

O conceito de custos de transação também é útil como um critério de comparação entre arranjos institucionais. Driesen e Ghosh<sup>15</sup> informam que estudos legais, frequentemente, envolvem escolhas institucionais, sobre que instituições devem tomar decisões, o que reclama a análise de custos de transação. A decisão sobre permitir ao mercado privado ou deixar para a regulação estatal a definição das taxas ou preços dos serviços públicos é um exemplo de uma escolha institucional, frequentemente, sujeita à análise legal. Os custos de transação variam a depender da opção institucional feita.

<sup>11</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>12</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>13</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>14</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61 - 111, 2005.

<sup>15</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

Driesen e Ghosh<sup>16</sup>, tratando da importância da informação e do custo de transação dedicado à sua obtenção, identificam três benefícios a ele aderentes: a) custos de transação ajudam a evitar ineficientes transações; b) possibilitam alcançar transações mais eficientes; e c) tornam as transações mais equitativas;

Em atenção a tais funções, esses autores defendem que recomendações para reduzir ou eliminar custos de transação devem, sempre, considerar o impacto da decisão sobre os benefícios a eles associados.

Os custos de transação abrangem o pagamento da aquisição e gerenciamento de informações. E adquirir informações é especialmente importante em situações de assimetria de conhecimentos entre as partes que desejam contratar. A informação, assim, seria tratada como uma *commodity*. A assimetria de informações provoca, pois, o nascimento de um mercado de informações. Caso não houvesse essa assimetria, inexistiria tal mercado.

Grossman e Stiglitz<sup>17</sup>, por exemplo, acreditam que se todas as pessoas tivessem iguais crenças e expectativas sobre o mercado de finanças, ele não existiria. A razão de sua ocorrência, portanto, deve-se ao fato de que, enquanto alguns estão dispostos a pagar um preço mais elevado por um ativo por reputá-lo mais valioso ou por esperar que ele se valorize, outros estão propensos a vender por acreditarem no oposto. Assim, ao contrário do que pensavam os economistas neoclássicos, informações corretas e completas não são um pré-requisito para um mercado perfeito, mas levariam ao fim do mercado. A despeito disso, é óbvio que melhores e mais completas informações tendem a tornar as transações mais eficientes, daí o custo de transação correspondente à sua aquisição. Informações perfeitas e completas implicariam transações plenamente eficientes e zero custo de transação, desde que tais transações fossem idealmente instantâneas.

Um vendedor, por exemplo, está disposto a pagar por informações acerca da solvabilidade de um comprador. Isso atrasa o negócio, torna-o mais caro, mas minimiza perdas e aborrecimentos. E como o custo do seguro também pode ser considerado de transação, mais informações podem adequar melhor o seu preço, eventualmente tornando o custo de transação global menor. Além disso, taxas de juros mais altas também são cobradas por conta da insegurança quanto ao pagamento. Em barateando essas taxas, mais negócios poderão ser realizados, o que implica ganho global.

Esse fenômeno foi muito bem identificado por Douglas North<sup>18</sup> ao tratar da história econômica da Inglaterra, em particular no contexto da Revolução Gloriosa, quando foi criado o Banco da Inglaterra e não mais se permitiu que o rei abusasse de seu poder para financiar as guerras extorquindo recursos da população inglesa. A prévia inspeção do bem a ser adquirido pelo comprador, do mesmo modo, evita-lhe aborrecimentos e dá-lhe segurança para pagar preços mais elevados, promovendo a realização de mais negócios.

Que fique claro que os custos de transação não se resumem àqueles informacionais. Na verdade, envolvem todos os vinculados à transação em si, tais como transporte, comunicação, coercibilidade, seguro e outros tantos. Às vezes, elevando-se um determinado custo de transação, reduz-se outro. Por exemplo, facilidades de comunicação podem reduzir os custos para a obtenção de informações ou relacionados a transporte. Mais informações podem implicar custo com seguro mais baixo.

Considerando-se as múltiplas e complexas funções dos custos de transação, importa verificar qual o padrão tradicional de sua abordagem.

<sup>16</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>17</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>18</sup> NORTH, D. C. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1, p. 97-112, 1991.

<sup>19</sup> SALAMA, B. M. *Sete Enigmas do Desenvolvimento em Douglas North*. Latin American and Caribbean Law and Economics Association, 2011. Disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/Sete-Enigmas-do-Desenvolvimento-em-Douglas-North.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

### 2.3 Minimização dos custos de transação como meta

O senso comum induz que se deve, sempre, trabalhar a redução de custos como um modo de evitar perdas e de maximizar os ganhos. Em um sentido amplo, nada há de errado com isso, pois a redução de custos, em regra, implica maior eficiência para a utilização dos recursos. A ideia de eficiência, por sua vez, está estreitamente vinculada à racionalidade, daí porque ser intencionada em qualquer área de atuação humana, seja no âmbito privado ou público (vide o *caput* do art. 37 da Constituição Federal na redação conferida pela EC 19/98). A busca na redução de custos, assim, é uma constante na atividade humana, seja otimizando processos, seja substituindo materiais caros por outros mais baratos e equivalentes, reduzindo o consumo de energia, reduzindo a mão de obra, cortando gastos desnecessários ou de qualquer outro modo.

Eficiência, todavia, é uma razão de duas variáveis: traduz-se pelo resultado alcançado dividido pelo resultado alcançável, considerados os recursos envolvidos. Pode-se, assim, não apenas elevar a eficiência pela redução dos recursos, reduzindo-se o resultado alcançável com a manutenção do alcançado, como também trabalhar para uma expansão no resultado alcançado sem alterar o alcançável, ou seja, sem a redução dos recursos envolvidos. Uma combinação das duas estratégias também é possível.

Aumentar os custos, portanto, pode ser uma estratégia para ampliar a eficiência, desde que os benefícios marginais superem os custos marginais. Em outras palavras, o incremento de benefício econômico pode superar o acréscimo de custo envolvido, elevando, com isso, a eficiência resultante.

Os custos de transação não funcionam de modo diverso. Muitas vezes, portanto, pode ser interessante elevá-los, desde que os benefícios promovidos sejam vantajosos, valham a pena. Evidentemente, elevar “custos mortos”, ou seja, custos que não tragam benefícios, ou mesmo ineficientes, não seria uma estratégia inteligente.

A propósito, qualquer atividade humana envolve custos. Se o custo é zero, não há atividade, daí se dizer que a ausência de custos de transação somente é possível na inexistência de mercado. Custos de transação, portanto, são inerentes ao mercado. A despeito disso, Driesen e Ghosh<sup>20</sup> advertem que a visão de que os custos de transação devem, sempre, ser reduzidos tem dado suporte a uma propensão pela adoção de livres mercados, tanto no âmbito teórico quanto na prática legal. Esse comportamento parte da equivocada e idealizada concepção de que os agentes econômicos detêm toda a informação necessária à tomada de decisões e que o fazem, sempre, racionalmente. Eric Posner<sup>21</sup>, por exemplo, comenta que os estudiosos de economia assumem que os indivíduos são racionais e que têm uma ilimitada capacidade cognitiva. Em razão disso, a teoria legal foi dominada, em largo período de tempo, por uma construção imaginária de um mundo de perfeita competição, completa informação e de nenhum custo de transação.

Oliver Williamson<sup>22</sup>, todavia, ganhador de prêmio Nobel dedicado ao estudo da “economia da governança” e da “economia das organizações”, e que entende a governança como um conceito mais geral que utiliza os custos de transação como um mecanismo operacional, parte do princípio de que os agentes econômicos possuem uma “racionalidade limitada” (*bounded rationality*), o que leva a que todos os contratos complexos sejam incompletos, com aspectos da relação não regulados e obscuridades, demandando, com isso, o incremento de custos de transação para atenuar essa incompletude. Ronald Coase já insistia com a necessidade de se considerar o mundo real, e não ideal, sob a perspectiva da existência dos custos de transação<sup>23</sup>. Cass R.

<sup>20</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61 - 111, 2005.

<sup>21</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61- 11, 2005.

<sup>22</sup> WILLIAMSON, O. E. *Transaction cost economics: the natural progression*. Prize Lecture. Berkeley: University of California, 2009. p. 455-476. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson\\_lecture.pdf](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson_lecture.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2017.

<sup>23</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. the functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.



Sunstein, Christine Jolls e Richard H. Thaler<sup>24</sup> abordam a necessidade de que a análise econômica do Direito considere o real comportamento humano em suas escolhas.

Driesen e Ghosh<sup>25</sup> constroem um exemplo interessante para explicar a relação entre mercado e custos de transação. Narram que houve um tempo em que os colonos assentados nos Apalaches do Kentucky tinham pouco contato com a economia de mercado. Por isso, não pagavam custos de transação. Os custos de transação eram zero e não havia mercado. Eles viviam isolados nas montanhas, cultivavam a terra e nada compravam em geral. Os autores assumem que o preço dos vestuários feitos nas cidades era barato o bastante para atrair o interesse dos fazendeiros se um mercador lhes apresentasse em suas fazendas. Mas, como nenhum mercador subia às montanhas, os fazendeiros ignoravam as possibilidades, e nenhum mercado de troca se estabelecia. Em algum momento, todavia, os fazendeiros começaram a comprar roupas feitas em outros lugares, pois os mercadores passaram a lhes apresentar as mercadorias, de modo que tomaram consciência dessa oportunidade. Os custos de transação teriam subido a tal ponto que permitiram o surgimento de um mercado. Nas condições anteriores, o real custo de transação era tão baixo que não possibilitava a existência de um mercado.

Driesen e Ghosh<sup>26</sup> admitem que a ideia de os custos de transação serem tão baixos a impedir a formação de um mercado é contraintuitiva. Para a maioria dos economistas, o que ocorria no exemplo dado era que os custos de transação eram, ao contrário, tão elevados que não permitiam a formação de um mercado. Mas estariam eles a trabalhar com a ideia de custos de transação fantasma, e não de custos de transação real. Eles estariam a imaginar um diferente mercado que, se existisse, teria esses custos de transação elevados.

Driesen e Ghosh<sup>27</sup> constroem uma situação hipotética particular que validaria essa ideia da maioria dos economistas. Assumem que subir às montanhas dos Apalaches era muito caro, de modo que ninguém poderia oferecer o vestuário se o preço devesse também incluir o custo de transação (fantasma). Mas, com a construção de uma estrada de ferro, o custo de transação (fantasma) caiu e viabilizou o mercado. Assumindo uma situação de perfeita informação e de comportamento racional de maximização do lucro, esse quadro estaria correto. Mas, em um mundo de racionalidade limitada (*bounded rationality*), o comerciante na cidade poderia atentar para a vizinhança na cidade, seus fornecedores, mas não prestaria atenção a todas as possibilidades em relação aos que poderiam levar as mercadorias até as montanhas (mercadores) e aos fazendeiros. Poderia ser que o custo fantasma, durante o período de subsistência, igualasse o real custo de transação inicial ao surgimento do mercado. Nesse caso, o custo de transação fantasma mantém-se constante e nada explica. O tempo de subsistência, assim, finda quando o real custo de transação cresce ao nível suficiente para criar um mercado.

Por definição, custo de transação pressupõe a existência de uma transação, seja ela real (custo de transação real), seja ela hipotética (custo de transação fantasma). Se não há mercado, não há de se falar em custo de transação real regular, mas apenas de custo de transação fantasma ou de custo de transação eventual. Seja como for, pode-se afirmar que um custo de transação muito baixo impede a formação de um mercado quando, para que de fato exista, seja necessário agregar atividades essenciais ao seu funcionamento. Tais atividades, por óbvio, implicam mais custos de transação, como no caso da introdução de um intermediário entre o fornecedor e o comprador. Mas são exatamente esses custos de transação que viabilizarão a formação do mercado. Em suma, não há mercado sem custos de transação. Custos de transação muito baixos,

<sup>24</sup> SUNSTEIN, C. R.; JOLLS, C.; THALER, R. H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Chicago: The Law School – The University of Chicago, Program in Law and Economics Working Paper n. 55, 1998. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:12921734>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

<sup>25</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>26</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>27</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

do mesmo modo, podem impedir a formação do mercado, pelas razões acima. Ressalve-se que custos de transação elevados, como qualquer custo em geral, podem dificultar a formação do mercado.

### 3 Custos de transação em decisões legislativas, judiciais e corporativas

O anseio de redução dos custos de transação, como mencionam Driesen e Ghosh<sup>28</sup>, tem permeado a literatura do *Law and Economics* e influenciado, profundamente, as políticas públicas. Especificamente no que concerne às leis, tem-se focado, historicamente, mais no âmbito do direito privado relativamente ao conceito de custos de transação, muito embora o direito público também tenha trabalhado almejando a redução dos custos de transação, muitas vezes por meio da privatização. A privatização, diga-se, não de uma atividade econômica passando do Estado ao âmbito privado, mas de determinadas funções governamentais, ou seja, na forma de uma transferência para o âmbito privado de uma atividade pública dedicada à regulação da atividade privada, por exemplo, na política pública de redução de poluição, de desmatamento, de controle da pesca ou de bens de uso comum em geral.

Com efeito, pode ser mais economicamente vantajoso, e eficiente, criar e regular um mercado de carbono para se obter uma redução de emissão de gases poluentes do que, simplesmente, estabelecer limites de emissão de gases e fiscalizar o cumprimento dessa normatização. Essa seria uma justificativa racional para a utilização de mercados privados com a finalidade de satisfazer interesses de cariz público. Uma boa compreensão do conceito de custos de transação, portanto, pode auxiliar a decisão acerca da adequada solução institucional para enfrentar um determinado problema social, ora por meio de uma atuação direta do Estado, ora com o estímulo estatal a que a atividade privada, em perseguindo os seus próprios interesses, finde por atingir resultados socialmente mais vantajosos.

Está claro que as decisões legislativas impactam as instituições, públicas ou privadas, e o fazem, muitas vezes, alterando os custos de transação envolvidos. O legislador, portanto, deve considerar como os custos de transação serão afetados pela lei que propõe. A eliminação de um determinado custo de transação, certamente, implica a criação de outros que, no contexto geral da economia, podem ser ou não mais vantajosos, seja sob o prisma dos valores de custos de transação reciprocamente considerados, seja em razão dos benefícios suprimidos e gerados.

Ronald Coase<sup>29</sup>, em seu artigo “The Problem of Social Cost”, afirmou que os conflitos entre proprietários de terra seriam melhor resolvidos por meio de entendimentos entre os proprietários (*bargain*), e não por meio de decisões judiciais amparadas no direito posto, na hipótese de essas barganhas serem isentas de custos de transação (essa ideia foi rotulada como “o teorema de Coase”). Com base nisso, Guido Calabresi e Douglas Melahmed<sup>30</sup> propuseram que as cortes poderiam escolher entre a regra da propriedade (*property rule*) e a regra da responsabilidade (*liability rule*). Driesen e Ghosh<sup>31</sup> explicam que a regra da propriedade usualmente protege o direito relativo à propriedade por meio de injunções, enquanto que a regra da responsabilidade o faz por meio de indenizações compensatórias. O debate em torno dessas duas opções legislativas se dá sob a consideração da solução mais eficiente em termos de custos de transação, inclusive no tratamento dos impedimentos a uma livre barganha das partes para corrigir decisões judiciais ineficientes.

<sup>28</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61- 11, 2005.

<sup>29</sup> COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 3, 1960.

<sup>30</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>31</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

Robert Cooter e Thomas Ulen<sup>32</sup> dividiram o “Teorema de Coase” em duas partes: a) Teorema Positivo de Coase; e b) Teorema Normativo de Coase. O Teorema Positivo estabelece que, assumindo-se zero custo de transação, tem-se uma eficiente alocação de recursos por meio da barganha privada, não importando os direitos de propriedade inicialmente conferidos. Já o Teorema Normativo propõe que os legisladores deveriam laborar para remover os impedimentos à negociação privada, ou seja, reduzindo os custos de transação dessa negociação.

Há discussões em que se argumenta que as regras legais existentes, não as fantasmas, geram custos de transação excessivo, o que leva a sugestões de reformas legislativas, inclusive para privatizar a forma de obtenção do bem público.

Regras legais como a do art. 423 do Código Civil (quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente) claramente elevam o custo de transação, pois induzem a um maior cuidado na redação do contrato, o que pode exigir a contratação de um advogado experiente para orientar na confecção do instrumento. Esse custo de transação gerado, todavia, cumpre a função de encorajar transações eficientes e equilibradas.

O juiz, muitas vezes, se depara com situações em que alternativas de resolução do conflito, todas elas igualmente defensáveis em termos jurídicos, se apresentam. A eficiência econômica ou, em termos mais estreitos, a minimização do custo de transação pode ser a chave para a seleção da decisão mais recomendável. Não se quer dizer com isso que o código de decisão “lícito-ilícito” deva ser substituído pelo código de decisão “ter-não ter” no âmbito do sistema jurídico, na linguagem de sistemas trabalhada por Luhmann e Marcelo Neves<sup>33</sup>. O critério econômico entraria no jurídico como informação devidamente filtrada por esse último sistema segundo os seus próprios critérios.

Um contrato que não fixa o preço do bem, por exemplo, poderia ser judicialmente complementado pela regra “default” segundo a qual se deve adotar um preço “razoável”. Como alternativa, poder-se-ia tratar esse contrato como juridicamente não exigível. A definição da melhor solução pode passar pela comparação relativa dos custos de transação.

Em questões envolvendo direitos autorais, o custo de transação pode desempenhar um importante papel para a decisão judicial. A Lei 9.610/98 dispõe que a reprodução de uma obra legalmente protegida, ainda que parcial, depende da prévia e expressa autorização do autor, sendo, todavia, autorizada a reprodução, em apenas um exemplar, de pequenos trechos para uso privado do copista, desde que por ele realizada e sem o intuito de lucro. Por trás dessa autorização legislativa ao uso de obra legalmente protegida por outrem sem a necessidade de autorização do autor, por certo, está o conceito de custo de transação associado ao que seria um justo uso da obra.

Driesen e Ghosh<sup>34</sup> informam que essa questão foi tratada nos Estados Unidos pelo “Copyright Act of 1976”, provendo quatro fatores para determinar a justiça ou lealdade (*fairness*) do uso não autorizado: a) a natureza do uso; b) a natureza da obra; c) o *quantum* da violação da obra; e d) o efeito da infração no mercado potencial. Wendy Gordon<sup>35</sup>, por outro lado, argumentou que a existência de uma falha do mercado poderia justificar a lealdade ou justiça do uso. Isso ocorreria, por exemplo, quando o custo de transação para a obtenção da autorização excedesse o valor do trabalho obtido pelo usuário. Nesse caso, a se impor a necessidade de autorização, o usuário optaria pelo não uso, o que configuraria a ausência de mercado. Essa situação não se encontra expressamente albergada pela Lei dos Direitos Autorais brasileira. Abre-se a possibilidade, portanto, de a jurisprudência sanar essa ausência utilizando-se do conceito de custo de transação.

<sup>32</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>33</sup> NEVES, M. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

<sup>34</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>35</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

Situações há, todavia, alertam Driesen e Ghosh<sup>36</sup>, em que não há falha de mercado, os custos de transação para a obtenção da licença são razoáveis, entretanto, não convém exigí-la por outras razões, tais como os direitos de ordem distinta dos usuários, tão importantes quanto os direitos autorais. Nas paródias, por exemplo, em razão de sua própria essência de se apoiar em trabalho já existente, bem assim no direito de comentar, particularidade do direito de livre expressão. A doutrina do justo uso (*fair use*) pode depender ou não dos custos de transação envolvidos e, portanto, da eventual falha de mercado. Em termos de custos de transação, todavia, quanto mais baixos forem eles em relação à obtenção de licença, mais estreitos serão os limites para a consideração de um uso justo que a dispense, tal como ocorre em ambientes digitais.

Outra hipótese envolve o conceito de custo de transação fantasma. Driesen e Ghosh<sup>37</sup> exemplificam com a hipótese de um professor pagando para usar uma porção de um artigo em classe (transação fantasma). Se o custo associado a essa transação, custo para encontrar o titular do direito autoral e negociar a licença, for excessivo, estaria justificado o uso independente de autorização. Assim, um justo uso evitaria o pagamento de um custo de transação fantasma.

No caso *American Geophysical v. Texaco*<sup>38</sup>, por outro lado, decidiu-se que a cópia não autorizada de artigos científicos para propósitos de pesquisa não era um justo uso porque existia um ativo mercado estabelecido de licenças para fotocópias de artigos. Em outro caso nos Estados Unidos (*Wide Church of God v. Philadelphia Church of God*)<sup>39</sup>, decidiu-se que, desde que a necessidade de minimização do custo de transação não justificava a exclusão de licença, não estaria justificado o uso sem a licença devida.

Driesen e Ghosh<sup>40</sup> relatam que a Suprema Corte americana tem, repetidamente, reconhecido que, com alguma frequência, precisa-se de mais custos de transação (mais processo) de modo a reduzir o risco de erro. Saber se um processo adicional é devido depende de uma avaliação relativa dos direitos em jogo, da estimativa do custo adicional, bem assim do esperado valor marginal das informações (benefícios) que serão incorporadas ao processo (*Court's balancing test*). A depender da gravidade com que o direito será afetado pela decisão, fará sentido agravar o custo do processo em busca de mais informações, ou seja, aceita-se um incremento no custo de transação que reduza as possibilidades de um dano causado por erro. Esse custo de transação pode tanto ser arcado pelas partes como pelo Estado, por óbvio.

A dignidade no devido processo legal também pode justificar custos de transação mais elevados. Driesen e Ghosh<sup>41</sup> relatam que Jerry Mashaw teceu críticas à ênfase da Suprema Corte americana em evitar erros como o único valor a ser atendido pelo devido processo. Segundo Mashaw, há de se atentar, também, para as demandas por moralidade democrática, ou seja, para o fato de a participação da parte na construção de uma decisão que lhe afete aportar legitimidade ao processo. Isso pode justificar, por exemplo, a oportunidade de ouvir as razões da parte em audiência.

É muito comum a contratação de advogados quando se pretende realizar determinadas avenças, sendo isso verdade tanto em atividades pouco como muito reguladas. O aconselhamento de um advogado é conveniente para ambas as partes, pois pode auxiliar a clareza quanto ao estabelecimento dos direitos e obrigações, conduzir os interessados à percepção de desequilíbrios nos termos da avença, evitar desconformidades com

<sup>36</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>37</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>38</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>39</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>40</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>41</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.



o ordenamento jurídico e, em suma, minimizar potenciais conflitos em relação à execução do contrato. Advogados, todavia, custam caro, integrando uma importante parcela dos custos da transação. Pode-se eliminar esse custo, por óbvio, mas essa opção, em regra, não é vantajosa em razão da elevada probabilidade de aparecerem outros custos de transação bem mais significativos, ou mesmo de se frustrar o resultado pretendido.

O conselho de um advogado se presta, também, para reduzir as assimetrias de informação, notadamente em áreas de grande complexidade jurídica, como em fusões e aquisições de empresas, mercado de capitais, além da aquisição de direitos relativos à propriedade intelectual, inclusive em áreas de conhecimento cuja exploração envolve um risco elevado (tecnologia da informação, por exemplo). O bem que o advogado vende é a informação, bem esse que tem um vital valor funcional. Esse é um claro exemplo de um custo de transação necessário. Minimizá-lo pode ser positivo, desde que os benefícios não sejam reduzidos em demasia ao ponto de tornar esta uma opção desvantajosa. Elevá-lo pode ser uma boa prática, a depender do ganho associado. Com efeito, os advogados podem adicionar valor à transação comercial.

## 4 Custos de transação como metapolítica pública

Nos Estados Unidos, a decisão acerca da opção de realizar políticas públicas diretamente pelo poder público ou terceirizando para o mercado tem levado em conta o conceito de custos de transação. Muitas vezes, todavia, concentra-se a crítica nos custos da burocracia envolvida na solução pública, mas despreza-se o custo da transação privada (ou mesmo pública) envolvido na alternativa. Isso ocorre, por exemplo, quando se pensa em substituir um serviço social público por uma alternativa, privada ou pública. Outras vezes, o contrário ocorre, como no caso do custo de transação privado no mercado de carbono que se busca reduzir, mas sem observar os custos de transação públicos envolvidos no monitoramento do mercado privado.

Por outro lado, há de se alinhar o interesse público de se atingir a meta desejada em relação a determinada política pública ao interesse privado de lucro, o que pode ser feito com o manejo adequado dos custos de transação, tanto públicos quanto privados. No caso da privatização dos sistemas prisionais, por exemplo, enquanto ao poder público interessa a consideração aos direitos fundamentais do preso e a sua reabilitação, o ente privado tende a centrar os esforços em uma eficiente detenção do preso (reclusão com segurança ao menor custo).

Driesen e Ghosh<sup>42</sup> alertam que, em relação à comparação entre opções pública ou privada para a resolução de problemas, ou mesmo entre duas públicas, devem-se considerar os tipos de informações que as entidades eleitas necessitarão para realizar boas decisões funcionais, sendo este um primeiro passo para a construção da decisão. Assim, por exemplo, determinar o grau de detalhe da lei e o quanto se deve deixar para regulamentação administrativa depende da consideração das informações necessárias e dos custos de transação envolvidos em sua obtenção. O legislador tende a fazer uma apreciação da realidade com base em informações mais gerais que permitam enxergar os contornos da questão em decorrência do grau de fricção existente no processo legislativo e das limitações para a obtenção de dados detalhados. Deixa-se para a regulação administrativa, portanto, o detalhamento para a efetivação das decisões legislativas.

Seja como for, alertam os autores que a simples comparação entre os custos de transação alternativos não determina a melhor solução, se pública ou privada, para o problema. Isso porque outros fatores devem ser avaliados, tais como impedimentos para uma eficiente transação, ou mesmo se os eficientes mecanismos de mercado servem aos anseios da sociedade no contexto examinado.

Driesen e Ghosh<sup>43</sup> mencionam que, no século XIX, havia um grande custo de transação no processo de

<sup>42</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>43</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of fric-

indenização do trabalhador por acidentes de trabalho, porquanto demandava errática e cara litigância. Em tornando mais certa a responsabilidade do empregador independente de culpa, a adoção de um sistema de compensação no século XX eliminou custos de transação associados. Por outro lado, há quem advogue uma reforma em programas de bem estar social, defendendo que reduzir os custos de transação que dificultam a contratação de empregados (transporte, creches para crianças, informação sobre vagas de emprego) seria mais interessante economicamente do que simplesmente distribuir renda entre os pobres.

Essa discussão também se faz muito presente no Brasil quando se critica o Bolsa Família, conquanto os estudos realizados o qualifiquem como um programa bem-sucedido. Há sérias dúvidas sobre o uso do conceito de custos de transação para essa discussão, porquanto seria de difícil aferição a comparação relativa entre as alternativas. Talvez se deva trabalhar em ambas as frentes, promover a empregabilidade, mas sem uma política de precarização da relação de emprego, bem assim distribuindo renda, até porque essa política é bem recomendada pelas experiências Keynesianas.

Muito interessante é a utilização da ideia de custo de transação em questões ambientais, em particular no que concerne à adoção de um mercado de créditos de redução de emissão de gases (*emissions trading*). Driesen e Ghosh<sup>44</sup> constroem o seguinte exemplo.

Suponha que o órgão estatal regulador queira obter a redução de 100 toneladas de gases poluentes de duas plantas industriais. Assim, cada uma deveria reduzir as suas emissões em 50 toneladas. Ocorre que a indústria A tem um custo marginal de controle de \$ 10.000,00/tonelada, enquanto que, para a indústria B, esse custo marginal é de apenas \$ 1.000,00/tonelada. Assim, enquanto a indústria A teria um custo de \$ 500.000 para atender ao órgão regulador, a indústria B somente seria impactada em \$ 50.000,00. O custo total seria, portanto, \$ 550.000,00 para atingir a redução de poluentes desejada. Um comércio de emissões, todavia, poderia minimizar esse custo, permitindo que toda a redução seja arcada pela indústria B que, por sua vez, poderia vender o crédito de redução à indústria A, não apenas ressarcindo-se do custo correspondente, mas tendo um lucro com essa venda. A empresa B, por sua vez, também sairia lucrando, pois poderia comprar esse crédito por um valor bem mais atraente do que o custo da própria redução. E o órgão regulador atingiria o objetivo da redução de 100 toneladas nas duas plantas.

Uma alternativa equitativa a esse mercado de crédito de redução de gases poderia ser desenhada a partir de uma exigência de redução eficiente e não uniforme de emissão para as plantas, mas o tempo e o custo de coletar as informações necessárias, bem como de controlar as emissões de cada planta, poderiam ser proibitivos. Uma análise em termos de custos de transação, portanto, pode ser uma interessante metapolítica pública para tratar a política pública de redução de poluentes. Existe uma assimetria de informações entre o órgão regulador e as indústrias relativamente aos custos envolvidos. Se não houvesse custos de transação para a obtenção dessas informações pelo órgão regulador, a alternativa proposta seria viável. Isso não ocorre, todavia. Imagine-se uma situação como essa envolvendo um polo industrial com centenas de plantas. Essa metapolítica pública, portanto, deve ser trabalhada de modo a formatar um mercado eficiente de créditos de carbono, por exemplo, de sorte a evitar fraudes, bem assim a reduzir os custos de transação do próprio mercado, tornando-o mais vantajoso do que a aflição de multas.

A necessidade de uma prévia aprovação por um órgão regulador para cada transação pode-se fazer necessária para evitar que sejam viciadas, não contribuindo adequadamente, com isso, para o resultado almejado. Com efeito, a qualidade do crédito não importa para o comprador, mas apenas para o regulador, salvo reflexamente pela qualidade do meio ambiente que a todos afeta. Deve, portanto, o poder público estabelecer um custo de transação adequado relativamente à aquisição de informação necessária a identificar a qualidade do crédito. A exigência de pública aprovação da aquisição de crédito também pode fazer sentido em

---

tion. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>44</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

razão das diferenças geográficas em que localizadas as indústrias e as consequências ambientais distintas das poluições que produzem. Uma alternativa poderia ser restringir o mercado por regiões, mas, eventualmente, pode ser mais interessante para as partes reguladas arcar com custos de transação mais elevados do que um mercado de créditos mais restrito, pois este pode acabar por elevar os custos de transação ou tornar difícil a obtenção de crédito para um projeto desejado. Nada impede que se busque a redução dos custos de transação de modo responsável, mantendo-se ou incrementando-se a quantidade e qualidade das informações.

A depender do dano ambiental que se deseje combater, a geografia pode não ser o fator determinante, como pode ser o caso da chuva ácida e da camada de ozônio, situações em que a causa do dano pode estar geograficamente bem distante do local em que o efeito se revela.

Seja como for, qualquer que seja a política pública adotada com o intuito de reduzir a poluição ambiental (ou outra política pública, que o seja), somente fará sentido adotá-la se ela proporcionar um resultado superior àquele que seria obtido sem a sua adoção, ou seja, ausente a transação. A avaliação dos custos e benefícios da transação segue-se a esse primeiro filtro. Não se deve considerar, por óbvio, as consequências da não adoção da transação em termos de possível elevação na degradação ambiental. Manter o nível de risco ambiental pode ser justificável se a alternativa de uma não transação for o agravamento.

Custos de transação mais elevados, em uma determinada política pública, podem ser justificados por proporcionarem uma participação mais equitativa entre aqueles que devam ser considerados para a solução do problema para o qual lhes podem ser imputadas responsabilidades. Servem, portanto, para uma proporcional distribuição de responsabilidades. Isso pode ser muito claramente percebido em situações em que se busque a despoluição de um ambiente, algo como o princípio poluidor-pagador. Para tanto, é possível que o governo venha a ter necessidade de agregar informações para uma justa repartição de responsabilidades, elevando, com isso, os custos de transação da medida ou da política pública. O custo de transação, assim, financeira uma escolha economicamente razoável, justa e efetiva para a solução do problema.

## 5 Considerações finais

O conceito de custo de transação não é uniforme entre os economistas ou profissionais do direito que adotam a abordagem do Direito e Economia. Evoluiu de uma primeira concepção que apenas percebia os custos de transação fora da firma, ou seja, no mercado de preços, talvez somente vislumbrando a existência de custos na estrutura hierárquica das corporações sem expressamente nominá-los como custos de transação<sup>45</sup>. Ampliou-se com a consideração dos custos de barganha entre agentes privados na solução de problemas derivados da propriedade de terras<sup>46</sup>. Kenneth Arrows voltou o olhar para os custos de funcionamento dos sistemas econômicos, aí incluindo os custos governamentais<sup>47</sup>. Foi tratado por Douglas North como um parâmetro para comparar modelos estatais de economia<sup>48</sup>. Utilizado por Richard Posner para o estudo do custo da tomada de decisão governamental, bem como por Neil Komesar para a análise comparativa de alternativas institucionais ou de escolha entre soluções de mercado ou governamental para alcançar metas públicas, com um olhar direcionado aos custos de transação enquanto custos friccionais<sup>49</sup>. Robert Cooter fez uma abordagem dos custos envolvidos nas barganhas entre facções políticas, enquanto Avinash Dixit

<sup>45</sup> COASE, R. H. The nature of the firm. *Economica*, New Series, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

<sup>46</sup> COASE, R. H. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 3, 1960.

<sup>47</sup> <sup>49</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>48</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>49</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

manejou o conceito para tratar de políticas entre eleitores e políticos<sup>50</sup>. Em todo caso, pode-se tomá-lo como abrangendo todo custo decorrente da transação em si<sup>51</sup>, seja informacional, de seguro, transporte, comunicação, de elaboração de contrato, registro, judicial, até mesmo o tempo, que pode ter um valor econômico.

Para além de sua importância fundamental nos estudos de micro e macroeconomia, em relação à compreensão sobre a existência e funcionamento da firma, no estudo dos contratos, da governança das organizações ou de sistemas econômicos complexos, incluindo a superação da tragédia dos comuns, percebe-se a necessidade imperiosa de incorporação do conceito de custo de transação no processo de tomada de decisão do gestor público no que concerne às políticas públicas em geral. Não se ignora que a preocupação sobre custos já esteja presente na teoria e prática envolvendo as escolhas de atuações, públicas ou privadas, que objetivam um determinado interesse público. O que se propõe, todavia, é uma particular abordagem nesse processo que leve em consideração, especificamente, os custos de transação, percebendo-os em sua peculiaridade e aproveitando toda a teorização já existente sobre esse conceito. Muitas vezes, uma análise comparativa dos custos de transação envolvidos nas alternativas de políticas públicas formuladas atuará como critério decisivo. Outras tantas, não, mas o gestor deve estar consciente de sua existência, do impacto potencial em relação à solução adotada, cumprindo-lhe elaborar ferramentas de medição e acompanhamento para ajustes na execução ou mesmo para reformulação da própria política pública.

Propõe-se, pois, a utilização do conceito de custo de transação como uma metapolítica pública, não como uma meta de política pública, que fique bem claro. A ideia não é tomá-lo como fator decisivo, mas como um importante critério que deverá juntar-se a outros, tais como os benefícios a serem alcançados, as prioridades estabelecidas nos programas de governo sufragados, os limites constitucionais e legais, os princípios regentes da Administração Pública, as particularidades dos problemas a serem enfrentados, dentre outros, sempre que se tome decisões acerca das políticas públicas, seja na fase de escolhas, de elaboração, de acompanhamento ou reformulação.

O manejo dos custos de transação deve entrar na familiaridade do gestor público. A Administração, os órgãos estatais de planejamento e estatística devem-lhe dar um tratamento diferenciado, ser capazes de identificá-los, de medi-los, de acompanhá-los, de propor alternativas institucionais que lhe levem em consideração. A política legislativa não pode ignorá-los, tampouco o Judiciário em relação ao processo de tomada de decisões.

## Referências

- COASE, R. H. The nature of the firm. *Economica*, New Series, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.
- COASE, R. H. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 3, 1960.
- COLE, D. H. The varieties of comparative institutional analysis. *Wisconsin Law Review*, Madison, p. 383-409, 2013.
- DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.
- HART, O.; HOLMSTRÖM, B. *Contract Theory*. Stockholm: The Royal Swedish Academy of Sciences, 2016. Disponível em: <[https://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2016/advanced-economicsciences2016.pdf](https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2016/advanced-economicsciences2016.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2017.

<sup>50</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.

<sup>51</sup> DRIESEN, M. D.; GHOSH, S. The functions of transaction costs: rethinking transaction cost minimization in a world of friction. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 47, p. 61-111, 2005.



NEVES, M. *A Constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NORTH, D. C. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1, p. 97-112, 1991.

OSTROM, E. *Beyond Markets and States: polycentric governance of complex economic systems*. Prize Lecture. Workshop in Political Theory and Policy Analysis. Bloomington: Indiana University; and Tempe: Arizona State University, 2009. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom\\_lecture.pdf](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2017.

SALAMA, B. M. *Sete enigmas do desenvolvimento em Douglas North*. Latin American and Caribbean Law and Economics Association, 2011. Disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/Sete-Enigmas-do-Desenvolvimento-em-Douglas-North.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

STIGLITZ, J. E. *Information and the change in the paradigm in economics*. prize lecture. New York: Columbia Business School, Columbia University, 2001. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/17485/mod\\_resource/content/1/CHY%20-%20Stiglitz%20-%20Aula%205.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/17485/mod_resource/content/1/CHY%20-%20Stiglitz%20-%20Aula%205.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2017.

SUNSTEIN, C. R.; JOLLS, C.; THALER, R. H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Chicago: The Law School – The University of Chicago, Program in Law and Economics Working Paper n. 55, 1998. Disponível em: <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:12921734>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

WILLIAMSON, O. E. *Transaction Cost Economics: the natural progression*. Prize Lecture. Berkeley: University of California, 2009. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson\\_lecture.pdf](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson_lecture.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2017.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Revisitando o conceito de  
serviço público**

**Revisiting the concept of public  
utility**

Andre Luiz Dos Santos Nakamura

## Revisiting the concept of public utility

Andre Luiz Dos Santos Nakamura\*\*

### Resumo

Este artigo tem por objetivo visitar e atualizar o conceito de um instituto fundamental ao estudo do Direito Administrativo: o serviço público. A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva; por meio de pesquisas bibliográficas, serão analisados os conceitos de serviço público que serão refutados ou confirmados, tendo em vista o Direito Positivo brasileiro. Concluímos que o conceito de serviço público não é mais o da Escola Francesa, bem como que os institutos do Direito Europeu e Estadunidense de “serviços econômicos de interesse geral” e “*public utilities*” não são totalmente adequados ao conceito de serviço público positivado na Constituição Federal; conclui-se que o conceito de serviço público deve ser visto como uma atividade econômica que foi, por meio de lei, atribuída ao Estado para que a exerça de forma direta ou por meio de concessão ou permissão, sempre tendo em vista a finalidade de dar efetividade aos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Serviço público. Atividade econômica. Direitos sociais.

### Abstract

This article aims to revisit and update the concept of a fundamental institute for the study of Administrative Law: the public utility. The methodology used is hypothetico-deductive; by study of bibliographical researches, the concepts of public utility will be analyzed, which will be refuted or confirmed, in view of Brazilian Positive Law. We conclude that the concept of public utility is no longer that of the French School, as well as that the institutes of European and American law of “economic services of general interest” and “public utilities” are not totally adequate to the concept of public utility disciplined in the Federal Constitution; it is concluded that the concept of public utility should be seen as an economic activity that was, by means of law, attributed to the State to exercise it directly or through concession or permission, always with a view to giving fundamental rights.

**Keywords:** Public utility. Economic activity. Social rights.

\* Recebido em 27/07/2017  
Aprovado em 29/08/2017

\*\* Procurador do Estado de São Paulo. Doutor em Direito e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo. Professor e monitor do Curso de Especialização em Direito do Estado na Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo. Professor nas disciplinas de Direito do Estado na Universidade Paulista (UNIP). Email: alsnadv@gmail.com

# 1 Introdução

O conceito de serviço público é marcado por divergências que devem, ainda, serem enfrentadas. As divergências doutrinárias ainda reinam acerca do assunto. Entretanto, trata-se de assunto de vital importância ao Direito Administrativo e ao Direito Público.

Revisitamos os conceitos da doutrina tradicional, a Escola Francesa do serviço público, bem como as tendências atuais acerca do serviço público na Europa e nos Estados Unidos, para atualizarmos o conceito de serviço público, de acordo com o Direito Positivo brasileiro.

Também, enfrentamos a controvérsia sobre a distinção entre serviço público e atividade econômica, bem como a natureza jurídica dos serviços de saúde e educação.

## 2 Serviço público e atividade econômica

A Constituição Federal, em seu Título VII, disciplinou a ordem econômica e financeira. A atuação do Estado na econômica, conforme decorre da disciplina Constitucional, se dá de três formas: i) na forma de exploração direta de atividade econômica<sup>1</sup>; ii) como prestador de serviço público<sup>2</sup>; iii) como agente normativo e regulador da atividade econômica<sup>3</sup>.

Cabe, primeiramente, diferenciar serviço público e atividade econômica. Não há uma diferença substancial entre serviço público e atividade econômica. Esta compreende aquele<sup>4</sup>. Conforme lição de Eros Grau<sup>5</sup>, “a prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos...o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*”. A atividade econômica prestada pelo Estado visando à satisfação de interesses da sociedade, desde que submetida por lei a um regime jurídico diferenciado, é o serviço público.

Diferentemente da atividade econômica realizada pelos privados, o serviço público não necessariamente busca o lucro. O serviço público pode ser deficitário, desde que atenda aos interesses da coletividade. Se o atendimento do interesse público der prejuízo, o serviço público deverá ser custeado, de forma deficitária, pelo Estado<sup>6</sup>.

Dessa forma, o serviço público é uma atividade econômica. A princípio, o que diferenciaria a atividade econômica em sentido estrito do serviço público seria a possibilidade de participação do particular. Se o

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

<sup>3</sup> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

<sup>4</sup> Sobre as atuais dificuldades em separar os conceitos de serviço público e atividade econômica, “A clássica apartação entre serviço público, de um lado, sujeito ao regime jurídico único e absolutamente diferente do regime privado, e a noção de atividade econômica, de outro, com regime de liberdade plena e totalmente alheio à regulação estatal, não é a mais suficiente para explicar a dicotomia ou mesmo para justificá-la. Em muitos serviços, hoje em dia, ocorre uma assimetria de regimes, como é o caso do serviço de transporte intermunicipal de passageiros em concorrência com os fretamentos, sob regimes jurídicos distintos”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Evolução do Serviço Público*. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. Coordenação: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 31-87. v. 4.

<sup>5</sup> GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 100.

<sup>6</sup> Nesse sentido: “O serviço público, contrariamente à empresa privada, pode muito bem funcionar *com prejuízo*. Esta é mesmo uma das suas razões de ser: incumbe-lhe satisfazer as necessidades cuja não-rentabilidade afasta a empresa privada. Só a pessoa pública, por meio do imposto, pode transferir dos utentes para o conjunto das colectividades o financiamento do serviço”. RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 494.



mercado pudesse realizar a atividade econômica por conta própria, atendendo plenamente aos interesses dos usuários, sem necessidade de qualquer interferência estatal, não ocorreria a hipótese de serviço público. Nos casos em que o mercado não tivesse interesse em realizar determinada atividade, ou a realizasse de uma forma que não atendesse ao interesse público, como por exemplo, mediante a cobrança de tarifas altas, estaríamos diante de um caso em que a presença estatal se faria necessária. Segundo Justen Filho<sup>7</sup>:

Os serviços públicos se configuram nas situações de necessidades relevantes e essenciais, cujo atendimento não pode ser promovido satisfatoriamente mediante os mecanismos próprios da livre-iniciativa privada. A prestação de serviço público faz-se sob regime distinto daquele previsto para a atividade econômica propriamente dita, não incide a livre-iniciativa, e os serviços são prestados sob os princípios da continuidade, da universalidade, da isonomia, da modicidade tarifária e outros similares.

Há quem entenda que o suposto desinteresse da iniciativa privada para realizar determinada atividade não a tornaria um serviço público. A previsão do art. 173 de que o Estado poderia desempenhar determinadas atividades econômicas, no caso de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, não seria o fundamento do serviço público, visto que tal previsão trataria, apenas, das atividades econômicas a serem realizadas pelo Estado em concorrência com a iniciativa privada. Assim, o Estado não poderia, sob o pretexto de ocorrência de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, transformar qualquer atividade econômica em serviço público<sup>8</sup>, conforme entendimento de Fernando Herren Aguillar<sup>9</sup>:

Não há, portanto, como se sustentar que atividades econômicas em sentido estrito seriam suscetíveis de transformar-se em serviços públicos quando atendessem a imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo definidos em lei, com apoio no art. 173 da Constituição Federal.

Se adotada a premissa acima, somente seriam serviços públicos os que a Constituição tivesse atribuído, expressamente, ao Estado, retirando-os do âmbito de atuação dos particulares. Segundo Fernando Herren Aguilar<sup>10</sup>, “em nossa atual sistemática constitucional, os serviços públicos são aqueles contidos no corpo da Carta Política, o que só pode ser alterado por Emenda Constitucional”. Segundo tal entendimento, se determinada atividade não estivesse já prevista pela Constituição como de atribuição do Estado, ela somente poderia ser transformada em serviço público mediante emenda constitucional<sup>11</sup>.

Segundo Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, a noção de serviço público deveria ser extraída da exegese conjunta dos arts. 173 e 175 da Constituição Federal. O art. 173 reza que “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”. Os serviços públicos seriam os “casos previstos” que a Constituição reservou ao Estado, retirando-as da iniciativa privada:

A segregação a ser feita, à luz apenas do art. 173, aparta as atividades econômicas imputadas ao Estado pela Constituição (“ressalvados os casos previstos nesta Constituição”) e o restante do universo econômico, em princípio entregue à livre iniciativa e onde o Estado só poderá atuar quando legitimado por lei (“a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Contornos da atividade administrativa de fomento no direito administrativo brasileiro: novas tendências. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de et al. *Direito Administrativo e Liberdade*: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 536-566.

<sup>8</sup> Nesse sentido: “Algunos autores, entonces, optan por decir que será servicio público lo que el legislador diga que lo es. Ese razonamiento no es criticable *per se*, pero obliga a una aclaración: si el legislador aplica irrazonablemente un régimen legal como el del agua, a la electricidad, etc., la venta de ballenitas en la vía pública, esa ley será inconstitucional”. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo 2. p. 6-7.

<sup>9</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 346-347.

<sup>10</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 350.

<sup>11</sup> Nesse sentido: “Assim, se não quisermos desconsiderar o art. 173, teremos que admitir, logicamente, que *somente é possível instituir serviços públicos não previstos constitucionalmente mediante emenda constitucional*”. AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 349.

aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei”<sup>12</sup>.

Partindo-se da noção acima, dentre as atividades reservadas ao Estado, nem todas poderiam ser categorizadas como “serviço público”. Este somente seria parte de um universo maior que abrangeria as atividades que a Constituição reservou ao Estado. Dentre estas, incluir-se-iam as chamadas competências públicas, ou seja, atividades que deveriam ser desempenhadas pelo Estado, mas que poderiam, também, ser desempenhadas pela iniciativa privada, tais como saúde e educação<sup>13</sup>. Dentre as atividades estatais que seriam vedadas à iniciativa privada, estariam os denominados monopólios estatais<sup>14</sup>, como os previstos no art. 177 da Constituição e, por fim, os serviços públicos. Estes se constituíam nas atividades reservadas pela Constituição ao Estado que este deveria prestar pessoalmente ou por meio de delegação a particulares, mediante concessão ou permissão. Nesse sentido, Luiz Gustavo Kaercher Loureiro<sup>15</sup>:

Serviço público é a atividade de produção e/ou circulação de bens e serviços referentes a uma determinada área econômica, atribuída pela Constituição ao Poder Público, dotada, por opção do legislador ordinário, de um regime jurídico específico estampado no art. 175 – caracterizado fundamentalmente pela existência de uma “política tarifária”, pela obrigação de um “serviço adequado” e pela responsabilidade civil objetiva -, cuja execução pode ser delegável a privados, por meio de específicos instrumentos que assegurem o pleno exercício da competência pública e o oferecimento do “serviço adequado” ao usuário.

Entretanto, *data máxima vênia*, não parece correto entender que todo o exercício de todo serviço público é vedado aos particulares, bem como que somente por emenda constitucional seria possível a criação de novos serviços públicos.

Conforme acima dito, a Constituição Federal, expressamente, em “serviços públicos de saúde”, no art. 198 e no art. 199, estabelece que a iniciativa privada pode, livremente, exercer atividades na área da saúde. Tais dispositivos revelam que o conceito de serviço público não é restrito às atividades que somente podem ser prestadas pela iniciativa privada por meio de concessão e permissão. Assim, faz-se necessário buscar um conceito de serviço público que possa atender às peculiaridades do ordenamento constitucional brasileiro.

<sup>12</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria de energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito do petróleo e de outras fontes de energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 303-325.

<sup>13</sup> Nesse sentido: “Se uma atividade puder ser desempenhada por particulares sem concessão ou permissão, ela não pode ser considerada serviço público... se saúde e educação fossem serviços públicos, não poderiam ser livremente desempenhados pela iniciativa privada, ou então o art. 175 da Constituição teria que ser tomado como letra morta, o que é inadmissível... não são serviços públicos em sentido estrito, mas funções do Estado”. AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 355.

<sup>14</sup> Anoto que há quem não diferencie monopólio e serviço público: “À classe de “monopólio” – ou “privilégio” -, foram, no passado, atribuídas as atividades que o Estado perseguia a título de lucro, realizadas com propósitos fiscais (daí a antiga expressão “monopólios fiscais”, encontrada na doutrina mais antiga), enquanto os “serviços públicos” eram identificados com as tarefas realizadas para efetivo atendimento de interesses que hodiernamente qualificar-se-iam de primários (atendimento a interesse coletivo, social, imperativos de segurança nacional, dentre outros)... atualmente, em face do presente texto constitucional e da convicção generalizada de que o Estado não mais se faz empresário para satisfazer interesses fiscais (interesses públicos secundários) a distinção não mais poderia ser feita nestas bases, uma vez que a Constituição, em seu art. 173, impositivamente, asseverou que qualquer ação econômica estatal há de atender a interesses públicos. Em outras palavras, não há espaços, na Constituição, para os monopólios fiscais... Em síntese, ao tomar a competência econômica pública prestacional como o conceito primitivo (de gênero), é possível e mesmo recomendável ultrapassar a distinção tradicional entre serviço público e atividade econômica monopolizada, como se as atividades enquadradas em uma e em outra categoria atendessem a objetivos diferentes e fossem (necessariamente) regidas por princípios e regras diferentes”. LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria de energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito do petróleo e de outras fontes de energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 303-325.

<sup>15</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria de energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito do petróleo e de outras fontes de energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 303-325.

### 3 Conceito de serviço público

O conceito de serviço público é marcado pela divergência na doutrina e falta de precisão conceitual. Tal fato decorre da disciplina constitucional sobre o serviço público que utiliza o termo para se referir a situações totalmente distintas. No art. 175, a Constituição declara que os serviços públicos são prestados, diretamente, pelo Poder Público ou pelo particular, na forma da concessão e permissão; nota-se que a atividade privada nos referidos “serviços públicos” é vedada, salvo concessão ou permissão dada pelo Estado. Por outro lado, a Constituição, também, denomina expressamente como “serviço público” a saúde<sup>16</sup> a qual pode ser livremente exercida pela iniciativa privada<sup>17</sup>, o mesmo ocorrendo com a educação que, também, é uma atividade livre para ser exercida pela iniciativa privada<sup>18</sup>.

A Constituição Federal disse que o serviço público é permitido à iniciativa privada somente por permissão ou concessão de serviço público e, posteriormente, expressamente, declarou que alguns dos serviços públicos (saúde e educação) são livres à iniciativa privada. Em relação aos exemplos expostos, percebe-se que cabe à doutrina definir o conceito de serviço público, em vista da ausência de critério normativo preciso na Constituição Federal, conforme alerta de Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>19</sup>.

A própria Constituição não trata do termo *serviço público* com uma única acepção. Por isso é no mínimo muito difícil extrair do texto constitucional uma concepção única de serviço público, como procura fazer parte da doutrina do Direito administrativo brasileiro. Ainda que sejam úteis e até necessárias as interpretações do texto constitucional, a verdade é que o texto não favorece muito as apartações dicotômicas. Por isso não se pode afirmar que a noção de serviço público entre nós seja uma construção constitucional, mas sim doutrinária.

O direito brasileiro foi fortemente influenciado pela Escola Francesa do serviço público.

#### 3.1 A Escola Francesa do serviço público

Segundo Duguit, o *serviço público* pode ser conceituado como toda atividade cuja realização deva ser assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes, na medida em que a realização dessa atividade seja essencial e indispensável à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência social, e não possa se realizar a não ser com a intervenção estatal. Diferentemente, “para Jèze não é a essencialidade que vai determinar se é ou não *serviço público*, e sim a opção política<sup>20</sup>”. Segundo Gaston Jèze<sup>21</sup>:

En resumen, el servicio público es un *procedimiento técnico* – y no el único – con el que se satisfacen las necesidades de interés general. Decir que, em determinado caso, existe servicio público, significa que los agentes tienen la posibilidad de usar procedimientos del derecho público, de apelar a teorías y a reglas especiales, o sea, de recurrir a um régimen jurídico especial: *este régimen se caracteriza por la subordinación de los intereses privados al interés general; la organización del servicio es siempre modificable con arreglo a las necesidades del interés general, y, em consecuencia, legal y regulamentaria.*

O direito francês busca conceituar o serviço público por uma razão prática, qual seja, determinar o órgão responsável pelo eventual julgamento da relação jurídica. Se houver o serviço público, a competência é

<sup>16</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

<sup>17</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

<sup>18</sup> Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada...

<sup>19</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Evolução do Serviço Público. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. Coordenação: Maria Sylvania Zanella Di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 89-113. v. 4.

<sup>20</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Evolução do Serviço Público. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. Coordenação: Maria Sylvania Zanella Di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 31-87. v. 4.

<sup>21</sup> JEZÉ, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Traducion por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 18.

do denominado Conselho de Estado, órgão contencioso administrativo; se não houver o serviço público, a competência para eventual julgamento seria do Poder Judiciário. Também, tinha por finalidade determinar a incidência do regime jurídico de direito público na relação jurídica. Nesse sentido é a lição de Agustín Gordillo<sup>22</sup>:

La noción de servicio público nació y floreció em Francia caracterizada como actividad de determinado tipo realizada por la administración en forma directa, o indirectamente a través de concessionarios y fue el concepto que sirvió para la construcción del viejo derecho administrativo. La relación con el servicio público era lo que justificaba la competencia de los tribunales llamados contencioso administrativos, la naturaleza de contrato administrativo que asumían ciertos convenios con la administración, el régimen jurídico del dominio público, la monopolización del servicio o falta de libre competencia, etc... Posteriormente la noción fue perdiendo importancia hasta quedar restringida a mostrar un régimen jurídico especial en determinado tipo de actividad; pero como este régimen jurídico es contingente a políticas económicas que han sido cambiantes em siglo XX, la noción también debe mutar, desaparecer o reaparecer según como se presente esse régimen jurídico en cada contexto económico temporal.

Assim, nota-se que a finalidade para a qual foi desenvolvido o conceito de serviço público na doutrina francesa não existe no Brasil, que não adotou o sistema do contencioso administrativo.

### 3.2 O Direito americano e as *public utilities*

O direito americano não conhece o conceito francês de serviço público. Lá, o conceito mais próximo de serviço público é o das utilidades públicas (*public utilities doctrine*).

Na verdade, as utilidades públicas nada mais são do que atividades privadas em que: i) restar identificado um interesse público; ii) existir um dever de provimento universal e em condições equitativas; iii) estarem ligadas a uma dependência de um processo de transporte e distribuição; iv) essas atividades devem estar em larga medida alheias à regra da ampla concorrência por se tratar de monopólio natural ou de direitos exclusivos protegidos pelo Poder Público<sup>23</sup>.

O particular que exerce uma atividade considerada como *public utilities* fica submetido à obrigação de servir, a continuidade do serviço, a prestá-lo com igualdade de tratamento, portanto, sem discriminação e, se submeter ao dever de realizar uma precificação, deve ser razoável, sem abusos, podendo sofrer restrições impostas pelo Estado tanto em relação às condições de prestação do serviço quanto aos preços cobrados dos particulares<sup>24</sup>. O conceito de utilidade pública do direito americano pode ser ilustrado com o caso *Smyth v. Ames* 169 U.S. 466 (1898)<sup>25</sup>:

A corporation maintaining a public highway, although it owns the property it employs for accomplishing public objects, must be held to have accepted its rights, privileges and franchises subject to the condition that the government creating it, or the government within whose limits it conducts its business, may by legislation protect the people against the exaction of unreasonable charges for the services rendered by it, but it is equally true that the corporation performing such public services, and the people financially interested in its business and affairs, have rights that may not be invaded by legislative enactment in disregard of the fundamental guarantees for the protection of property.

The basis of all calculations as to the reasonableness of rates to be charged by a corporation maintaining

<sup>22</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo 2. p. VI-1/2.

<sup>23</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Evolução do Serviço Público. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. Coordenação: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 31-87. v. 4.

<sup>24</sup> Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Evolução do Serviço Público. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. Coordenação: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 31-87. v. 4.

<sup>25</sup> *APPEALS from the circuit court of the united states for the district of Nebraska*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/169/466/case.html>>. Acesso em: 17 dez. 2016.



a highway under legislative sanction must be the fair value of the property being used by it for the convenience of the public, and in order to ascertain that value, the original cost of construction, the amount expended in permanent improvements, the amount and market value of its bonds and stock, the present as compared with the original cost of construction, the probable earning capacity of the property under particular rates prescribed by statute, and the sum required to meet operating expenses, are all matters for consideration, and are to be given such weight as maybe just and right in each case. What the company is entitled to ask is a fair return upon the value of that which it employs for the public convenience, and on the other hand, what the public is entitled to demand is that no more be exacted from it for the use of a public highway than the services rendered by it are reasonably worth<sup>26</sup>.

Tal conceito serviu de inspiração ao conceito de serviços econômicos de interesse geral.

### 3.3 Os serviços econômicos de interesse geral (União Europeia)

Na Comunidade Europeia, o conceito de serviço público foi substituído pelo de serviços econômicos de interesse geral. Estes se caracterizam por serem atividades privadas que interessam à coletividade, exercidos em um ambiente de concorrência de mercado, conforme disciplina do art. 86.2 do Tratado da Comunidade Europeia:

Empresas encarregadas da operação de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a característica de monopólio fiscal, devem sujeitar-se às regras do presente Tratado, em particular regras sobre concorrência, na medida em que a aplicação de tais regras não constitua obstáculo à realização de direito ou de fato da missão particular que lhes tenha sido conferida.

Nota-se que o conceito de serviço público constante do art. 86.2 do Tratado da Comunidade Europeia é muito diferente do encontrado na nossa Constituição Federal que prevê o serviço público como uma atividade prestada pelo Estado diretamente, mediante concessão a particulares ou prestado pelo Estado e pela iniciativa privada, como nos casos de saúde e educação. O denominado serviço de interesse econômico geral nada mais é do que uma atividade livremente exercida por particulares, mas que, diante do interesse público, pode ser disciplinada pelo Estado. O surgimento do conceito de serviço público contido no art. 86.2 do Tratado da Comunidade Europeia decorre da ascensão do ideal neoliberal que predominou na Europa nos anos 80. Nesse sentido é a lição de Aguillar<sup>27</sup>:

O debate sobre os serviços públicos ressurgiu na Comunidade Europeia por força da revitalização do liberalismo econômico nos anos 1980. Em 1985, foi publicado pela então Comunidade Europeia o *Livro Branco sobre o Mercado Interior*, pugnando pela liberalização dos serviços públicos. Resgatou-se a interpretação do referido art. 86 (ex-art. 90) do Tratado da Comunidade Europeia e do art. 31 (ex-art. 37), do mesmo tratado que dispõe sobre monopólios comerciais. O art. 31 do TCE determinava que os monopólios devem se ajustar às regras de liberdade e de proibição de discriminação. Note-se que o art. 86 do TCE era constituído de duas partes principais. Na primeira, estabelece-se uma regra geral de que a livre concorrência deve ser estendida a todas as atividades, públicas ou privadas. Na segunda parte, essa regra geral é atenuada pela introdução de uma condição, a de que ‘não constitua obstáculo à realização de direito ou de fato da missão particular’ que tenha sido confiada aos agentes econômicos estatais ou com privilégios estatais.

<sup>26</sup> Tradução livre: Uma empresa que mantenha uma ferrovia, embora seja proprietária dos bens que emprega para realizar a atividade de interesse público, deve ser considerada como tendo aceitado seus direitos, privilégios e franquias sujeitos à condição de que o governo pode por lei proteger as pessoas contra a imposição de encargos excessivos pelos serviços prestados, apesar de ser igualmente verdadeiro que a empresa e as pessoas financeiramente interessadas têm direitos que não podem ser desconsiderados pela lei, devido às garantias fundamentais que protegem a propriedade.

A base de todos os cálculos quanto à razoabilidade das taxas a serem cobradas por uma empresa que mantém uma ferrovia, sob pena de sanção legislativa, deve ser o valor justo do imóvel que está sendo usado por ele para a conveniência do público, o custo original de construção, o montante gasto em melhorias permanentes, o valor de mercado de suas obrigações e ações, o presente em comparação com o custo original de construção, a provável capacidade de ganho do imóvel em determinadas taxas prescritas por lei, e o montante necessário para atender às despesas operacionais. O que a empresa tem direito a pedir é um justo retorno sobre o valor daquilo que emprega para atividade de interesse público, e, por outro lado, o que o público tem direito a exigir é que não seja exigido dele mais do que razoavelmente vale os serviços prestados para o uso de uma ferrovia.

<sup>27</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 394.

Após os anos 80, na Europa, houve um forte movimento de passagem para a iniciativa privada de serviços antes realizados pelo Estado. E, para fomentar uma regulação indireta, pelo regime de competição de mercado, não existe a denominada concessão de serviços públicos; o serviço de interesse econômico geral pode ser exercido por qualquer particular, sob regime de competição. Existem atividades privadas, consideradas de interesse público, que são reguladas pelo Estado, podendo este, inclusive, impor deveres aos particulares em razão do interesse público<sup>28</sup>. Sobre os serviços públicos de interesse geral, e como estes substituíram os serviços públicos tradicionais na Europa, assim se manifesta Troncoso Reigada<sup>29</sup>:

Los servicios públicos tradicionales se han visto afectados por el Derecho comunitario que há establecido como regla general la liberalización de la economía —la depublicatio— y el sometimiento de la actividad económica al Derecho de la competencia. Han aparecido así unos servicios de interés económico general que se caracterizan —y se diferencian de los servicios públicos tradicionales— porque la actividad no es de titularidad pública sino que es ejercida por los particulares en régimen de libertad y que la prestación de interés general no es desarrollada por los poderes públicos sino por los particulares. Por tanto, la regla general es que esta actividad considerada de interés general sea desarrollada libremente en el mercado. Ahora bien, cuando esta actividad no va a ser cubierta por el empresario atendiendo a su propio interés comercial, los poderes públicos podrán imponer a las empresas obligaciones de servicio universal, que se desarrollarán también en régimen de libre competencia, aunque con una mayor intensidad de regulación. Sólo en última instancia se recurre al régimen de exclusiva —y a la supresión de la competencia— para garantizar las prestaciones vitales necesarias. Es decir, sólo se suprime el derecho de la competencia cuando ésta impida de hecho o de derecho la actividad de interés general —artículo 86.2 TCE—. De esta forma, la práctica totalidad de los servicios públicos tradicionales han sido despublicados a partir de distintas Leyes y normas comunitarias y han sido sustituidos por servicios de interés económico general, lo que evita el riesgo de que la renuncia a los servicios públicos deje abandonadas zonas o capas sociales donde los servicios no sean rentables en un régimen de mercado. En ese caso, la llamada «garantía pública» del servicio sólo se extiende a la regulación y al control externo de la actividad por parte de los poderes públicos. Los servicios de interés general no son iniciativas públicas —sólo excepcionalmente los prestan empresas públicas—, a menos que se califique como tal las obligaciones impuestas a los particulares. Se tendría que hablar mejor de servicios con garantía social. Los particulares van a desarrollar estos servicios —porque se piensa que lo hacen mejor— y los poderes públicos cumplen su función propia, que es ordenarlos y supervisarlos, y, en casos puntuales, financiarlos.

Inspirado no conceito de serviço econômico de interesse geral, já existe entendimento no Brasil de que o serviço público seria somente um instrumento para a realização dos direitos fundamentais, razão pela qual não poderia ser sujeito a um único regime jurídico, como o da concessão e permissão<sup>30</sup>. Deveria haver um regime de livre competição, com a possibilidade de qualquer interessado realizar o serviço público<sup>31</sup>, que

<sup>28</sup> “É fato que para a noção tradicional de serviços públicos será fortemente impactada pela introdução do conceito de serviços de interesse econômico geral. Desde agora importa destacar que o resultado desta nova concepção europeia de serviço público (impactada pela necessidade de observância das regras da concorrência no mercado comum europeu) foi a crescente liberalização e privatização de empresas estatais prestadoras dos serviços públicos tradicionais. A liberalização implicou a abertura ao mercado de setores submetidos a monopólios públicos, franqueando aos particulares atuar na oferta desses serviços, com todos os desafios inerentes ao regime de liberdade de mercado”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Evolução do Serviço Público*. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. Coordenação: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 31-87. v. 4.

<sup>29</sup> TRONCOSO REIGADA, Antônio. *Dogmática Administrativa y Derecho Constitucional: em caso del servicio público*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19. n. 57, p. 87-164. Sep./Dic. 1999.

<sup>30</sup> Nesse sentido: “O serviço público nada mais é do que um instrumento para a realização dos direitos fundamentais, em função dos quais não se pode mais ser considerado como prerrogativa estatal que desautoriza, em qualquer circunstância, o exercício da atividade por particulares – as quais muita podem prestá-lo com maior eficiência –, tampouco pode ficar sujeito a um único regime jurídico, eis que as atividades são muito distintas para serem submetidas ao mesmo regime”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Evolução do Serviço Público*. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. Coordenação: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 89-113. v. 4.

<sup>31</sup> Nesse sentido: “A nosso ver, contudo, a incumbência de prestação referida pelo texto Constitucional possui um sentido que se afasta da noção de exclusividade ou de prerrogativa do Estado, para a noção *dever estatal* de garantir a prestação, seja direta ou indiretamente, seja ainda mediante a abertura da atividade à exploração pelos agentes privados, desde que assegurados os princípios

deveria ter, somente, a regulação estatal<sup>32</sup>. O Estado somente deveria atuar de forma secundária, cabendo à iniciativa privada a prestação do serviço público. Nesse sentido é o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto:

Por isso é que, embora à primeira vista o art. 173 da CF/1988 pareça se referir apenas à atuação do Estado em regime de concorrência, ficando excluída da regra da subsidiariedade a prestação dos serviços públicos, a nova dimensão assumida pelos serviços públicos no contexto atual (serviço de interesse econômico geral), somada ao reconhecimento de que os serviços públicos nada mais são do que atividades econômicas sujeitas à maior intensidade da regulação estatal ? devido à obrigação do Estado em fornecê-las aos cidadãos —, evidenciam que também nos casos de atividades consideradas “serviços públicos” o Estado deve atuar apenas em caráter subsidiário, sempre quando a atuação dos particulares for insuficiente ou prejudicial à universalização e continuidade do provimento da utilidade pública à coletividade<sup>33</sup>.

Entretanto, salvo melhor juízo, não se torna possível trazer a disciplina dos serviços econômicos de interesse geral da Europa para substituir a noção de serviço público. A disciplina da União Europeia é totalmente incompatível com a atual disciplina da Constituição Federal, tendo em vista que o disposto no art. 175 da Constituição Federal impõe que o serviço público deve ser prestado pelo Estado ou por particulares, em regra de forma monopolista, por meio do contrato de permissão ou concessão de serviço público.

## 4 Conceito de serviço público no Brasil

O conceito de serviço público tem que ser formulado com fulcro no direito positivo constitucional brasileiro. O conceito de serviço econômico de interesse geral não se coaduna com o sistema positivado pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, não cabe falar em fim do serviço público. Nesse sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>34</sup>:

O serviço público constitui-se em uma das mais importantes noções do direito administrativo brasileiro, porque tem *assento constitucional* especificador de um vasto campo de deveres do Estado brasileiro em relação à Sociedade, sobre se constituir em fundamento da cobrança de relevante variedade de taxas. Diante da orquestrada zoeira da privatização, em diferentes partes do mundo, mas sobre-possa entre os sub ou semidesenvolvidos (como é natural) e até mesmo no Brasil – em despeito dos dizeres da Constituição –, chegou-se a apregoar o *fim da noção de serviço público* e uma suposta superação do Direito Administrativo até então existente, substituídos um e outro pelas maravilhas da livre iniciativa e da atoregulação do mercado, tudo no melhor estilo e sotaque norte-americano.

A Constituição Federal nos deu uma noção de serviço público<sup>35</sup> que abrange: i) os elencados na Cons-

---

que informam a prestação dos serviços e regulam o seu oferecimento ao público (regulação estatal, política tarifária, direitos dos usuários, universalidade, continuidade, isonomia, qualidade etc)”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Evolução do Serviço Público*. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. Coordenação: Maria Sylvania Zanella Di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 89-113. v. 4.

<sup>32</sup> Nesse sentido: “A introdução da competição e a convivência de operadores econômicos privados na atividade de prestação de serviços públicos *liberalizados* trazem consigo a necessidade de uma verdadeira reformulação da teoria do serviço público tradicional, na medida em que muitos dos seus pressupostos - como a exclusividade estatal da prestação, a unicidade de regime jurídico e as prerrogativas estatais – são agora esvaziados diante da revisão da noção e abrangência de *serviço público* na atualidade”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Evolução do Serviço Público*. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. Coordenação: Maria Sylvania Zanella Di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 89-113. v. 4.

<sup>33</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Evolução do Serviço Público*. In: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. Coordenação: Maria Sylvania Zanella Di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 89-113. v. 4.

<sup>34</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 673, nota de rodapé 5.

<sup>35</sup> Sobre o conceito de serviço público: “Serviço público é toda atividade exercida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, para a realização direta ou indireta de suas finalidades e das necessidades ou comodidades da coletividade, ou mesmo conveniências do Estado, tudo conforme definido pelo ordenamento jurídico, sob o regime peculiar, total ou parcialmente público, por ele imposto”. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128.

tuição Federal que somente podem ser objeto de prestação direta pelo Estado ou de forma indireta por este, mediante a concessão e permissão de serviço público<sup>36</sup>; ii) abrange também as prestações de utilidade pública que podem ser realizadas, de forma complementar, pela iniciativa privada, como saúde e educação; iii) os não expressamente elencados na Constituição Federal<sup>37</sup>, mas que se tornem um dever do Estado, em razão da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais.

O rol dos serviços públicos não é fixo, sendo alterado de acordo com as necessidades coletivas, sempre por uma escolha política, amparada em lei. Uma atividade que hoje não é serviço público pode ser transformada em serviço público, desde que necessária ao atendimento do interesse público e efetividade dos direitos fundamentais. Da mesma forma, uma atividade que hoje é considerada um serviço público pode deixar de sê-lo, desde que desnecessária a atuação estatal. Nesse sentido, ainda é atual a lição de Gaston Jezé<sup>38</sup>:

Finalmente, el procedimiento del servicio público no se usa em todas las épocas para uma misma necesidad. Hay necesidades para cuya satisfacción se há abandonado el procedimiento del servicio público, luego de habérselo seguido (cultos); a la inversa, existen otras para las que se recurre em la actualidad a este procedimiento, no habiéndoselo utilizado anteriormente (teatros nacionales).

Os serviços públicos podem sem instituídos por lei, sem necessidade de emenda constitucional<sup>39</sup>. O Estado não é livre para declarar qualquer atividade como serviço público<sup>40</sup>. Porém, havendo a necessidade de fomentar a efetividade de qualquer direito fundamental, pode e deve o Estado, por lei, declarar qualquer atividade como serviço público, inclusive as atividades de natureza econômica, conforme previsto no art. 173 da Constituição Federal<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Nesse sentido: “Assim, no Brasil, os *serviços públicos*, bem como as respectivas *competências* para prestá-los, estão todos expressos como *funções administrativas* na Constituição de 1988, seja *explicitamente*, como nos arts. 21, 35, 30 e dispositivos extravagantes dos arts. 194, 196, 200, 201, 203, 205, 208, 211 e 223, seja *implicitamente*, como os que sejam deles derivado e, ainda, todos os demais, que necessitem ser prestados em regime de exploração de atividade econômica”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 474.

<sup>37</sup> Sobre a possibilidade de criar serviços públicos não expressos na Constituição Federal: “Por outro lado, não se pode reputar que todos os possíveis serviços públicos teriam sido referidos exaustivamente na dimensão constitucional...Excluídos dois campos  $\frac{3}{4}$  aquilo que é obrigatoriamente serviço público e aquilo que não pode ser serviço público  $\frac{3}{4}$ , existe a possibilidade de o legislador infraconstitucional determinar outras atividades como tais, respeitados os princípios constitucionais”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 697.

<sup>38</sup> JEZÉ, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Traducion por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 24.

<sup>39</sup> Nesse sentido: “Em suma, cabe à lei ordinária determinar a publicização de certa atividade e as hipóteses em que configurará serviço público. Isso não equivale a reconhecer uma autonomia ilimitada para o legislador ordinário. Não é indiferente para a Constituição que as atividades referidas nos incisos X a XII do art. 21 sejam tratadas como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito. Tese dessa ordem é indefensável e infringe os artigos 170, 173 e 175 da CF/88”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 696.

<sup>40</sup> Sobre os limites para a criação de serviços públicos: “Segundo a tese ora adotada, a configuração de atividades como serviço público faz-se essencialmente a partir do critério da referibilidade direta e imediata aos direitos fundamentais. Algumas utilidades apresentam intensa pertinência a tanto, motivo pelo qual foram referidas constitucionalmente. Isso não significa que a Constituição teria transformado como serviço público toda e qualquer atuação relacionada a tais atividades. Sempre se impõe como indispensável a vinculação com os direitos fundamentais”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 697.

<sup>41</sup> Ou seja, uma atividade econômica pode, se existir relevante interesse coletivo ou motivos de segurança nacional, ser transformada em serviço público. Nesse sentido: “Neste último caso, de ser necessário, para instituir e prestar um serviço público, *realizar-se algum tipo de exploração de atividade econômica*, que está, por princípio, reservada à sociedade, a Constituição, além dos casos expressamente nela previstos, *permite que o legislador o institua nas duas restritas hipóteses previstas no art. 173*, por isso mesmo, admitidas como exceção no seu Título VII, que versa sobre a Ordem Econômica e Financeira, ou seja: *desde que necessárias aos imperativos da segurança nacional ou ao atendimento de relevante interesse coletivo*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 474.



## 5 Considerações finais

O serviço público é uma atividade econômica prevista na Constituição Federal como passível de ser prestada pelo Estado. Não mais faz sentido as tentativas de apartar o conceito de serviço público e atividade econômica. O serviço público é uma atividade econômica prestada pelo Estado diretamente ou por meio de concessão, em regra de forma monopolista, salvo os serviços de educação e saúde.

Os institutos do Direito Europeu e Estadunidense de “serviços econômicos de interesse geral e *“public utilities”*” não são totalmente adequados ao conceito de serviço público positivado na Constituição Federal. Tais institutos mais se aproximam de atividades privadas onde exista um interesse público em regular e limitar tais atividades, não se confundindo com o interesse público.

O serviço público deve ser focado mais no seu caráter instrumental, como meio para o Estado promover os direitos sociais, razão pela qual é possível que a lei opte por transformar qualquer atividade econômica em serviço público.

## Referências

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2016.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo 2.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- JEZÉ, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Traducion por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Contornos da atividade administrativa de fomento no direito administrativo brasileiro: novas tendências. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de et al. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 536-566.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria de energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito do petróleo e de outras fontes de energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 303-325.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Evolução do Serviço Público. In: KLEIN, Aline lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado*. Coordenação: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 31-87. v. 4.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- TRONCOSO REIGADA, Antônio. Dogmática Administrativa y Derecho Constitucional: em caso del servicio público. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19. n. 57, p. 87-164. Sep./Dic. 1999.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O Brasil face aos novos padrões de comércio e investimento dos acordos internacionais**

**Brazil in the shadow of megaregional trade and investment standards: beyond the grand debate, pragmatic responses**

Michelle Sanchez Badin

Fabio Costa Morosini

David M. Trubek

# O Brasil face aos novos padrões de comércio e investimento dos acordos internacionais\*

## Brazil in the shadow of megaregional trade and investment standards: beyond the grand debate, pragmatic responses

\* Recebido em 22/06/2018

Aprovado em 25/09/2018

\*\* Professora associada, em tempo integral, na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). É Doutora (2004) e Bacharel (1998) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Foi pesquisadora visitante no Graduate Institute of International Studies (GIIS), em Genebra, Suíça (2001), Global Crystal Eastman Research Fellow no Hauser Global Law School Program da New York University (2007), pesquisadora e colaboradora no Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e professora visitante na University of California, Irvine (2015). Obteve bolsa de agências nacionais, tais como FAPESP e CAPES, para financiamento de projetos de pesquisa e eventos. Foi uma das fundadoras da Society of International Economic Law (SIEL) e, atualmente, é diretora da RED-DEI (América Latina). Email: michelle.sanchez@fgv.br

\*\*\* Pesquisador do CNPq (bolsa produtividade em pesquisa nível 2). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Professor Associado da Faculdade de Direito da UFRGS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais da Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS. Hauser Global Fellow (2015/2016) da New York University School of Law. Fellow da Organização Mundial do Comércio (OMC). Ph.D. em Direito Internacional pela University of Texas at Austin (2007) (bolsista CAPES), Mestrado em Master of Laws pela University of Texas at Austin (2001) e Mestrado em D.E.S.S. Droit et Globalisation Économique pela Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) e Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po) (2004), especialização em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2000) e graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2000). É coordenador do Centro para Direito Globalização e Desenvolvimento (FD/UFRGS), do Núcleo sobre Tribunais Internacionais Simulados (FD/UFRGS) e do Núcleo de Extensão em Direito, Economia e Políticas Públicas (FD/UFRGS). É pesquisador do Núcleo Brasileiro de Estratégias e Relações Internacionais e do Centro Brasileiro de Estudos Africanos, ambos da UFRGS. Email: fabio.morosini@gmail.com

\*\*\*\* Voss-Bascom Professor of Law and Dean of International Studies Emeritus at the University of Wisconsin-Madison and a Senior Research Fellow at the Harvard Law School. A graduate of UW-Madison and the Yale Law School, Professor Trubek served as law clerk to Judge Charles E. Clark of the 2nd Circuit Court of Appeals and as Legal Advisor to the USAID Mission to Brazil before entering the academy. He joined the UW Law School faculty in 1973 and served as Associate Dean for Research from 1977 to 1984. During this period he also was Director of CLRP, the Civil Litigation Research Project, which was supported by the US Department of Justice. In 1985 he founded the UW's Institute for Legal Studies which he directed from 1985-90. Email: dmtrubek@wisc.edu

Michelle Sanchez Badin\*\*

Fabio Costa Morosini\*\*\*

David M. Trubek\*\*\*\*

### Resumo

Este artigo analisa o metadebate e as mudanças concretas observadas na política comercial brasileira em período recente (2015-2018), para avaliar a influência de iniciativas como a da Parceria Transpacífico (conhecida pela sigla em inglês, TPP) e de outras similares, no processo de reinvenção da estratégia de desenvolvimento do Brasil. A metodologia do artigo combina análise de documentos primários e secundários com entrevistas com representantes do governo brasileiro. Trabalhamos com a hipótese de que a adoção pelo Brasil de padrões inspirados no TPP exigiria reformas estruturais em matéria de políticas industriais, regulação de empresas públicas e de investimento estrangeiro direto, assim como reformas pontuais em regulação de propriedade intelectual e economia digital. O artigo está estruturado em três partes principais. Na primeira parte, elaboramos uma noção de metadebate para interpretar as narrativas sobre a ordem global e desenvolvimento encontradas na formulação de política para o comércio exterior no Brasil. Na segunda parte do artigo, revisamos as políticas brasileiras que podem ser desafiadas pelo “padrão regulatório TPP” e, por fim, na terceira parte, analisamos as iniciativas de política comercial e de investimento brasileiras que se apresentam como alternativas ao modelo-TPP. Comparando a política comercial e de investimento do Brasil, na prática, com o metadebate que desponta nos meios de formulação de política nos últimos dois anos, concluímos que o Brasil continua a oferecer respostas pragmáticas à ordem econômica internacional hoje em profunda transição.

**Palavras-chave:** Parceria transpacífico. Comércio. Investimento. Direito internacional. Brasil.

### Abstract

This article addresses the impact of TPP-like policies on third countries, looking at the case of Brazil, one of the most important emerging economies. We argue that TPP-like agreements are a way to bypass resistance to neoliberal ordering in the WTO through the institution of alternative fora.



We investigate whether this type of agreement -- or bilateral agreements with TPP-type standards -- could represent a threat to Brazil's state-led development mode and conclude they could significantly affect industrial policy, the role of state-owned enterprises, and foreign investment regulation while possibly also constraining Brazil's policy space in areas such as intellectual property and the digital economy. We review a series of pragmatic moves by Brazil as it seeks to carve out a new role in global economic space in a period of rapid change. This evolving approach, we contend, could allow Brazil to engage in the 21st century economy while preserving the core of its state-led development model. This article combines analysis of primary and secondary documents with interviews with Brazilian government officials.

**Keywords:** Transpacific partnership. Trade. Investment. International law. Brazil.

## 1 Introdução

Este artigo analisa o metadebate e as mudanças concretas observadas na política comercial Brasileira em período recente com base na influência de iniciativas regulatórias em acordos megaregionais, do tipo da Parceria Transpacífico (conhecido pela sigla em inglês, TPP).

As elites políticas brasileiras têm conduzido, nos últimos anos, um metadebate a respeito de sua abordagem sobre inserção internacional, ordem global e estratégia de desenvolvimento doméstico. Esse debate tem sido impulsionado por diversos fatores, incluindo a forte recessão econômica, as disputas políticas internas, o questionamento sobre a eficácia de políticas econômicas de caráter desenvolvimentista-intervencionista, a crescente presença chinesa na América Latina, o enfraquecimento da Organização Mundial do Comércio (OMC) enquanto espaço de negociações, o grande número de acordos regionais de comércio e o futuro dos acordos megaregionais, especialmente após os Estados Unidos decidirem se retirar da Parceria Transpacífico. Entendemos que esse debate tem envolvido, particularmente, três questões: a) qual a melhor estratégia de desenvolvimento para o Brasil? b) Se, no âmbito dessa estratégia, o Brasil quer aumentar suas exportações, quais mercados deve privilegiar e quais as mudanças regulatórias necessárias? c) Qual ordem global o Brasil prefere privilegiar diante da sua estratégia de desenvolvimento?

Enquanto esse metadebate ocupa a frente das discussões nacionais, o governo está, pouco a pouco e silenciosamente, ajustando sua política comercial e de investimento. Pautadas pela tradição pragmática do Brasil nas relações econômicas internacionais, essas iniciativas têm explorado múltiplas opções para aprimorar o desempenho do Brasil na economia global.

Sabe-se que é improvável qualquer nova iniciativa de acordo megaregional além das que já estão em curso. Contudo, tanto o metadebate quanto as iniciativas pragmáticas por novas políticas comerciais e de investimento têm sido influenciados pelo padrão de regras estabelecidas no grande marco do TPP. Apesar de a decisão dos Estados Unidos de retirar-se do acordo ainda ter sido revista, seu modelo tem influenciado outras iniciativas de negociação comercial que reproduzem muitos de seus parâmetros, podendo, inclusive, ser objeto de negociações envolvendo o Brasil no futuro. Nesse sentido, onze das partes originais do primeiro acordo retomaram o TPP em uma renegociação fechada, em março de 2018, no formato *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (sendo conhecido pela sigla CPTPP), que reproduziu as cláusulas-padrão do TPP. Uma outra iniciativa é a da Parceria Econômica Regional Abrangente (conhecido pela sigla em inglês, RCEP), cujas negociações, ainda em andamento, envolvem a China.

O artigo está organizado em três tópicos, além desta introdução e da conclusão. Na primeira parte, elaboramos uma noção de metadebate para interpretar as narrativas sobre a ordem global e o desenvolvimento encontradas na formulação de política para o comércio exterior no Brasil. Já na segunda parte, revisamos políticas brasileiras que podem ser desafiadas pelo padrão regulatório do TPP. Alternativamente, também revisamos a aproximação econômica entre Brasil e China, para refletir sobre a influência de iniciativas regio-



nais concorrentes ao TPP, como a RCEP. Finalmente, a terceira parte revisita iniciativas de política comercial e de investimento brasileiras apresentadas como alternativas ao padrão-TPP.

Comparando a política comercial e de investimento do Brasil, na prática, com o metadebate que desponha nos meios de formulação de política nos últimos dois anos, concluímos que o Brasil continua a oferecer respostas pragmáticas à ordem econômica internacional hoje em profunda transformação.

## 2 O metadebate: narrativas sobre ordem global e desenvolvimento no Brasil

O metadebate sobre a estratégia econômica internacional do Brasil não é recente. Contudo, se tornou mais acalorado com o impeachment de Dilma Rousseff, em maio de 2016, e com a ascensão do ex-vice-presidente Michel Temer ao poder. Esses desdobramentos desafiam a viabilidade das estratégias de desenvolvimento lideradas pelo Estado brasileiro até então e das orientações Sul-Sul enfatizadas pelo Partido dos Trabalhadores durante os seus treze anos no governo, sob os mandatos dos Presidentes Lula e Dilma.

Ainda que Lula (2002-2005; 2006-2009) e Dilma (2010-2014; 2014-2016) tenham seguido políticas similares, no tocante à política externa, houve importantes diferenças. Lula se focou mais nas iniciativas do Sul global, aproveitando-se do crescimento econômico impulsionado pelo aumento dos preços das *commodities* e enfatizando o discurso de colaboração entre as economias emergentes. Dilma, por outro lado, teve de lidar com a recessão internacional e doméstica e deu menos atenção à política externa e à atuação global do Brasil<sup>1</sup>.

Ao mesmo tempo, os avanços do TPP durante a gestão Obama (2009-2012; 2013-2016) suscitaram muitos debates sobre novos padrões regulatórios de comércio e investimento no mundo todo. No Brasil não foi diferente. De perspectivas (neo)liberais a perspectivas protecionistas, diferentes vozes invocaram soluções por meio de acordos no debate nacional. Para aqueles que buscavam uma reversão das principais estratégias de comércio e investimento das administrações Lula-Dilma, acordos como o TPP foram apresentados como “o futuro”. Era um sinal para que o Brasil mudasse a sua estratégia de inserção global e o seu modelo de desenvolvimento, de modo a se alinhar com as tendências globais. Por outro lado, para aqueles que defendiam a tradição de desenvolvimento liderada pelo Estado, acordos como o TPP eram citados como evidência da natureza predatória dos acordos de livre comércio liderados pelos Estados Unidos e como meros instrumentos para o fortalecimento de companhias transnacionais. Nesse momento de instabilidade política no Brasil, muitas posições entre esses dois polos ainda podem ser encontradas.

Em sua raiz, este é um debate sobre a relação entre governança global e perspectivas de crescimento em economias emergentes como o Brasil. Dito de outra forma, o debate sobre políticas comerciais e de investimento revolve-se em torno de três questões: (a) qual papel o Estado deve desempenhar no desenvolvimento? (b) deve-se priorizar relações com mercados desenvolvidos do Norte, ou com mercados alternativos no Sul Global? (c) qual a ordem global a ser promovida e apoiada pelo Brasil? À medida que o debate acerca das políticas comercial e de investimento se desdobra, três principais posições sobre essas questões têm sido firmadas.

### 2.1 Os três principais discursos no metadebate

Basicamente, são dois eixos que orientam a discussão e a tomada de posição nos três grupos identificados a seguir: o papel do Estado na economia e a prioridade por expansão internacional do mercado doméstico, com o alinhamento global.

<sup>1</sup> CERVO, Amado; LESSA, Antônio Carlos. O declínio: inserção internacional do Brasil (2011-2014). *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 57, n. 2, p. 133-151, jul./dez. 2014.

## a) Desenvolvimentismo v. Neoliberalismo

O embate entre os proponentes da ideia ortodoxa de livre-mercado capitalista (frequentemente rotulada de “neoliberalismo”) e do modelo heterodoxo de desenvolvimento liderado pelo Estado — ou “desenvolvimentismo” — vem de longa data.

O desenvolvimentismo está profundamente incorporado à política e cultura brasileiras, associado a políticas que remontam à década de 1930. Os desenvolvimentistas acreditam que o mercado doméstico é muito frágil para assegurar inovação e crescimento e que intervenção estatal ostensiva é necessária. Assim, defendem o direito de regular do Estado, o uso de empresas estatais, bancos de desenvolvimento, política industrial, regras de conteúdo local e limitações ao investimento direto estrangeiro em setores estratégicos. O desenvolvimentismo, a respeito desse aspecto, teve o apoio da esquerda e da direita, no campo da política brasileira. Entretanto, há sempre críticos com reivindicações neoliberais, questionando a eficácia do desenvolvimento liderado pelo Estado e pressionando por políticas de livre mercado<sup>2</sup>.

## b) Alinhamento com Norte *versus* alinhamento com o Sul Global

A discussão quanto ao alinhamento com países do Norte *versus* países do Sul também data de longa tradição. Em um debate polarizado, de um lado argumenta-se que o alinhamento com países desenvolvidos faz mais sentido: tradicionalmente, esses são os maiores mercados para as exportações brasileiras e têm sido a maior fonte de investimento estrangeiro para o Brasil. Além disso, economias de mercado avançadas, como as do Norte, representam o modelo em que a política de desenvolvimento deve se pautar. De outro lado, argumenta-se que o alinhamento com esses países vem a um preço muito elevado: são países vistos como predadores que defendem, apenas, os interesses de seu setor privado e que estão inclinados a sujeitar o Brasil a relações de dependência, consolidando vínculos pautados pela disparidade entre Norte e Sul em áreas como acesso a capital e à tecnologia<sup>3</sup>.

## 2.2 Políticas recentes em diálogo com a ordem global

Tradicionalmente, o Brasil prioriza o multilateralismo e, a partir dessa abordagem, a Organização Mundial do Comércio (OMC) se tornou o principal fórum de negociação na área do comércio internacional para o país. Sob este fundamento, o Brasil foi um dos desarticuladores da proposta da Área de Livre Comércio nas Américas (ALCA). O Brasil, também, procurou, na última década, fortalecer a aliança entre os BRICS e com outras coalizões do mundo em desenvolvimento, as quais têm trabalhado no sentido de alterar a forma e substância da ordem global. Críticos a essa posição afirmam que a orientação deixou o Brasil de fora dos desenvolvimentos mais importantes e dinâmicos do direito econômico internacional nos últimos anos, tais como aqueles representados pelos acordos regionais e sua progressão aos megarregionais como o TPP. Ao passo que ocorre essa disputa entre diferentes dimensões de políticas comerciais e de desenvolvimento, alinhamento e ordem, três grupos políticos diferentes assumem protagonismo.

## a) Desenvolvimentistas do Sul Global

Um primeiro grupo são os que denominados nesse artigo de “desenvolvimentistas do Sul global”. Os proponentes dessa posição, refletida em diferentes graus nas políticas das administrações Lula e Dilma, defendem um papel forte do Estado na economia e minimizam a necessidade de laços mais estreitos com

<sup>2</sup> Neste sentido, são elucidativos os debates na mídia sobre as noções desenvolvimentistas. BELUZZO, Luiz Gonzaga. O desenvolvimentismo de direita. *Carta Capital*, São Paulo, mar. 2012. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/economia/o-desenvolvimentismo-de-direita>>. Acesso em: 3 fev. 2018.; FIORI, José Luís. O desenvolvimentismo de esquerda. *Carta Maior*, São Paulo, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Coluna/O-desenvolvimentismo-de-esquerda-/26585>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>3</sup> THORSTENSEN, Vera; PASSOS, Pedro. *Correndo atrás dos bondes da história*. 2015. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?5&reuniao=4143&codcol=54>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

os EUA e demais economias desenvolvidas<sup>4</sup>. Esse grupo articula políticas e projetos privilegiando o incremento das relações econômicas no eixo Sul-Sul e políticas mais solidárias ao desenvolvimento econômico doméstico mútuo dos países envolvidos<sup>5</sup>. Em sua perspectiva, o alinhamento com países do Norte global requer aderência a políticas neoliberais, forçando o abandono da estratégia desenvolvimentista por meio de regras restritivas incorporadas aos acordos comerciais. Com a ascensão dos BRICS e de outras economias emergentes, esse grupo identificou uma alternativa do Sul global oferecer mercados suficientemente aprofundados e fontes de investimento, sem forçar a adoção do modelo neoliberal.

Nesse contexto, os acordos regionais de comércio e, no limite, as regras em formato próximo ao do TPP são apresentadas como uma ferramenta dos Estados Unidos para forçar regras que atendam exclusivamente ao seu interesse, minando as políticas de desenvolvimento lideradas pelo Estado brasileiro<sup>6</sup>. Com base nesse ponto de vista, o custo para expandir o acesso a mercados no Norte seria, portanto, muito elevado; mais valeria desenvolver estratégias comerciais e de investimento com parceiros do Sul global, incluindo América Latina, África e os países do BRICS. Com a denominada “guinada progressista”, se busca a majoração da diversificação de parcerias e da cooperação sul-sul. Essa posição tem sido sustentada por pessoas próximas ao Partido dos Trabalhadores (PT) e ganhou o apoio de vozes da academia, da sociedade civil e da imprensa<sup>7</sup>. Sergio Leo chegou a descrever os padrões TPP como o exemplo dos “acordos que o Brasil pode perder”<sup>8</sup>.

## b) Aberturistas

No extremo oposto do espectro desse debate, estão os intelectuais e políticos que defendem o livre comércio e economias abertas — eles se autodenominam aberturistas (BACHA, 2016). Essa abordagem é adotada, principalmente, por acadêmicos e *think tanks* radicados no eixo Rio-São Paulo e facções da indústria, cujos pontos de vista têm sido articulados pela Confederação Nacional da Indústria (CNI)<sup>9</sup>.

Os aberturistas sugerem que o Brasil precisa abrir sua economia e assegurar mais espaço no grande mercado consumidor doméstico dos Estados Unidos. Eles afirmam que a aderência a políticas comerciais e de investimento heterodoxas e a intervenção estatal na economia estão impedindo o Brasil de avançar e devem ser radicalmente reduzidas ou abandonadas. Eles veem acordos como o TPP como parte de um jogo comercial internacional liderado pelos Estados Unidos e argumentam que, se o Brasil quer jogar esse jogo,

<sup>4</sup> Tradicionalmente, a União Europeia e os Estados Unidos foram os maiores parceiros econômicos do Brasil. Contudo, devido à intenção do Brasil de diversificar os seus parceiros comerciais, o comércio com a China ultrapassou o comércio com os Estados Unidos e está próximo aos fluxos comerciais com a União Europeia desde 2014. BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. *Blocos e países, Janeiro 1997 – set 2016*. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/estatisticas-de-comercio-exterior/series-historicas>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>5</sup> O Ministro das Relações Exteriores à época, Embaixador Celso Amorim, tem sido uma voz representativa. Analistas de política externa descreveram tal posição como uma política reivindicando “autonomia através da diversificação”. VIGEVANI, Tullo; CELUPANI, Gabriel. A política externa de Lula da Silva: a estratégia da autonomia pela diversificação. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 2, p. 273-335, jul./dez. 2007.

<sup>6</sup> AMORIM, Celso. Guinada à direita do Itamaraty. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, maio 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/05/1773728-guinada-a-direita-no-itamaraty.shtml>>. Acesso em: 3 fev. 2018; AMORIM, Celso. O Brasil e os novos acordos comerciais. *Carta Capital*, São Paulo, maio 2016. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/900/o-brasil-e-os-novos-acordos-comerciais>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>7</sup> Para referências acadêmicas: LESSA, Antônio Carlos et al. Política externa planejada: os planos plurianuais e a ação internacional do Brasil, de Cardoso a Lula (1995-2008). *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 52, n. 1, p. 89-109, jan./jun. 2009; BADIN, Michelle Raton Sanchez; OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado (Eds.). *Tendências Regulatórias nos Acordos Preferenciais de Comércio no Século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia*. Brasília: IPEA, 2013. Entre a sociedade civil organizada, existem as organizações afiliadas à Rede Brasileira Pela Integração dos Povos (REBRIP), a mais significativa rede de ONGs que lida com comércio no Brasil. O grupo chamado de Grupo de Reflexão sobre Relações Internacionais (GR-RI) publica, frequentemente, posicionamentos no blog “Brasil no mundo”. BRASIL NO MUNDO. *Contribuições para a política externa brasileira*. Disponível em: <<http://brasilnomundo.org.br/>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>8</sup> LEO, Sergio. Os acordos que o Brasil pode perder. *Valor Econômico*, São Paulo, fev. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3020222/os-acordos-que-o-brasil-pode-perder>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>9</sup> Ver entrevista com Diego Bonomo (2015), e outras opiniões publicadas pela agência de notícias da CNI. BONOMO, Diego. Entrevista. *Agência CNI*, São Paulo, out. 2015. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

deverá aderir a políticas de desenvolvimento ortodoxas.

Esses discursos advogam pela assinatura de acordos de livre comércio no padrão do TPP, cujas oportunidades econômicas incluiriam: diversidade comercial, mais acesso a mercados desenvolvidos, e maior participação nas cadeias globais de valor (CGVs). Esse tópico foi trazido ao debate porque o Brasil tem sido colocado à margem das CGVs<sup>10</sup>. Os aberturistas acreditam que as CGVs são o futuro do comércio mundial e que países em desenvolvimento estão disputando a entrada em tais cadeias, o que permitiria o maior acesso a investimento e, eventualmente, a tecnologia. O baixo nível de participação do Brasil em cadeias globais de valor estaria contendo o avanço do país — fazendo-o “perder o bonde da história”<sup>11</sup>. Seria imperativo, portanto, que o Brasil mudasse sua estratégia comercial no sentido de ingressar nas CGVs. Nesse sentido, regras como as do TPP, projetadas *inter alia* para facilitar as CGVs entre os seus membros e para dar acesso ao mercado estadunidense, estariam prontas para adesão: o alinhamento unilateral com suas normas tanto tornaria o Brasil imediatamente mais aberto a cadeias globais de valor, como facilitaria futuras ascensões a acordos de livre comércio com os parceiros econômicos tradicionais do Brasil (nomeadamente, Estados Unidos e União Europeia). Desde 2017, a grande atenção desse grupo tem se coordenado no sentido de apoiar o ingresso do Brasil na Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), vista como um selo de qualidade reconhecido internacionalmente.<sup>12</sup>

### c) Nacional Desenvolvimentistas

Intermediária entre esses dois pólos está a posição que chamamos de “nacional desenvolvimentistas”. Ao passo em que a primeira posição reflete os pontos de vista sustentados pelo PT, cujo poder foi severamente enfraquecido pelo processo de impeachment, e a segunda é sustentada por intelectuais e vozes da indústria, sem ter desenvolvido uma base política sólida, essa terceira posição é, provavelmente, a mais próxima às políticas do governo de Michel Temer. Ela combina um tipo de “desenvolvimentismo moderado” com uma crença de que o futuro econômico do Brasil reside em seu tradicional alinhamento com os poderes tradicionais do Ocidente, estando muito associada às posições dos recentes Ministros de Relações Exteriores, indicados pelo PSDB.

Embora, atualmente, não haja uma disputa acirrada no país a respeito do futuro da política externa brasileira, logo que Michel Temer assumiu, indicou José Serra para o posto de Ministro das Relações Exteriores. Em seu discurso inaugural, Serra<sup>13</sup> argumentou que sua atenção estaria concentrada nas políticas comerciais e de investimento e nos arranjos econômicos internacionais. Mas, se a primeira fala de Serra parecia aproximar-se dos aberturistas, mais adiante ele adotou um tom mais cauteloso a respeito das regras e negociações comerciais e de investimento em seus discursos<sup>14</sup>.

As opiniões dos nacional desenvolvimentistas coincidem com o desenvolvimentismo do Sul global quanto à necessidade de manter espaço para iniciativas estatais e de promover políticas públicas voltadas ao desenvolvimento, embora sejam desenvolvimentistas moderados, na medida em que eles procuram conter-

<sup>10</sup> VEIGA, Pedro da Motta; RIOS, Sandra Polónia. *Inserção em cadeias globais de valor e políticas públicas: o caso do Brasil*. 2015. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2069.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2069.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

<sup>11</sup> THORSTENSEN, Vera; PASSOS, Pedro. *Correndo atrás dos bondes da história*. 2015. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?5&reuniao=4143&codcol=54>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>12</sup> ESTEVAO, Marcello. O Brasil na OCDE: o que está em jogo? *Brazil Journal*, jun. 2017. Disponível em: <<http://braziljournal.com/o-brasil-na-ocde-o-que-esta-em-jogo->>. Acesso em: 22 maio 2018.

<sup>13</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Notas do discurso do Ministro José Serra por ocasião do evento “Global Agribusiness Forum 2016 - agriculture of tomorrow - doing more with less”*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/discursos-artigos-e-entrevistas-categoria/ministro-das-relacoes-exteriores-discursos>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>14</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Notas do discurso do Ministro José Serra por ocasião do evento “Global Agribusiness Forum 2016 - agriculture of tomorrow - doing more with less”*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/discursos-artigos-e-entrevistas-categoria/ministro-das-relacoes-exteriores-discursos>>. Acesso em: 3 fev. 2018. Esse tom moderado continua presente nos discursos do atual Ministro das Relações Exteriores, Aloysio Nunes. NUNES, Aloysio. Mercosur: más comercio, menos barreras. *El Cronista*, Buenos Aires, oct. 2017. Disponível em: <<https://www.cronista.com/columnistas/Mercosur-mas-comercio-menos-barreras-20171025-0030.html>>. Acesso em: 3 fev. 2018.



-se em algumas das políticas mais intervencionistas<sup>15</sup>. Ao mesmo tempo, estão mais próximas dos aberturistas quanto à necessidade de o Brasil aumentar o acesso a mercados, tecnologia e capital indisponível no Sul global e quanto à importância de estar próximo às potências econômicas ocidentais. O ex-Ministro das Relações Exteriores José Serra deixou claro que o governo estava disposto a se adequar às políticas ao estilo dos Estados Unidos se isso envolver ganhos significativos<sup>16</sup>. A economista da FGV, Vera Thorstensen, que sustenta essa posição, argumenta que o Brasil poderá se alinhar a políticas como as do TPP e ingressar em acordos de livre comércio como o TPP, preservando, ao mesmo tempo, alguns aspectos do seu modelo de desenvolvimento por meio das exceções previstas nos acordos e das eventuais lacunas legais<sup>17</sup>.

### 3 Tendências regulatórias à la TPP desafiam a política brasileira

Até esse ponto, nos focamos no debate travado na arena política sobre políticas similares às do TPP. Esse debate tem sido bastante generalista e pouca atenção foi dada aos detalhes do TPP, tanto por aqueles que pressionam pelo alinhamento, quanto por aqueles que resistem a esse tipo de abordagem. Avaliamos, então, certas provisões do TPP como parâmetros para acordos futuros e questionamos qual seria o real impacto de políticas similares às do TPP sobre o Brasil. Seriam elas um desafio fundamental ao núcleo do modelo de desenvolvimento do Brasil ou seria o Brasil suficientemente flexível para acomodar um modelo de intervenção na economia mais moderado? Existiria efetivo apoio político para políticas e padrões do tipo TPP? As respostas a essas perguntas dependem da natureza das mudanças que tais políticas poderão acarretar.

Um dos principais argumentos sobre as novas tendências regulatórias é que o modelo de acordo de comércio e investimento à la TPP seria menos importante para redução de tarifas do que é para mudança regulatória.<sup>18</sup> A reação recente do Brasil confirma o papel que um acordo como o TPP teria como uma forma de mega regulação e ordenação global. Todas as posições no metadebate brasileiro concordam que o alinhamento com as políticas padrão TPP iria requerer mudanças nas políticas e leis brasileiras. Relevantes com base no nosso ponto de vista são, contudo, a natureza e extensão das mudanças regulatórias. Para entender o significado das políticas padrão TPP, observamos disposições específicas do TPP que são suscetíveis a afetar futuras negociações de comércio, sem qualquer pretensão exaustiva.

#### a) Disposições padrão TPP em contraste com as regras e políticas atuais do Brasil

Dentre as principais apostas da literatura recente está a de que, mesmo com a não ratificação do TPP, seus padrões regulatórios, assim como de acordos regionais e megaregionais similares, deverão moldar as próximas negociações comerciais. Entendemos que, a depender das novas estratégias de política econômica brasileira, esse mesmo tipo de efeito pode recair sobre a regulação brasileira. Entre os padrões políticos pre-

<sup>15</sup> O governo atual teve o apoio da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), a qual se beneficiaria da política industrial anterior. A indústria não quer abrir mão dos subsídios massivos feitos pelo Estado estimado atualmente em 3,4 % do PIB. Enquanto o governo Temer está propondo significativos cortes no orçamento, esses subsídios à indústria sofreram mínima revisão. LANDIM, Raquel. Bolsa Empresário' resiste a ajuste no governo Temer e deve custar R\$ 224 bi. *Folha de São Paulo*, São Paulo, out. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/10/1823160-subsidios-destinados-a-empresas-resistem-a-ajuste-no-governo-temer.shtml>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>16</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Notas do discurso do Ministro José Serra por ocasião do evento "Global Agribusiness Forum 2016 - agriculture of tomorrow - doing more with less"*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/discursos-artigos-e-entrevistas-categoria/ministro-das-relacoes-exteriores-discursos>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>17</sup> THORSTENSEN, Vera; FERRAZ, Lucas. Brazil's Isolation in Relation to Trade Agreements and Mega-Agreements. *Boletim de Economia e Política Internacional*, n. 16, p. 5-17, jan./abr. 2014. PICKER, Colin. The TPP: "Much of a Muchness" or RTA Version 7.0. In: CHAISSE, Julien et al. (Eds.). *The transpacific partnership: a paradigm shift in international trade regulation*. 2017. [no prelo]. Argumenta, por exemplo, ser as limitações às empresas estatais nos mega acordos mais flexíveis do que aparenta.

<sup>18</sup> Embora a redução das tarifas para acesso a mercados tenha perdido importância, elas ainda podem desempenhar um papel na produção da cadeia de suprimentos, na redução de custos marginais e também favorecer a abertura de setores econômicos protegidos por longos períodos. KINGSBURY, Benedict et al. *Mega regulation beyond TPP: Criteria for a Truly 21st Century Agreement. TPP book authors workshop*, NYU Law School, 28 nov. 2016.

sententes no TPP, destacamos: os requisitos de alinhamento de medidas regulatórias e práticas administrativas; as regras constitutivas de propriedade e troca; e a disciplina sobre a intervenção do Estado na economia. Qualificamos esses padrões quanto a sua relação de interferência no sistema brasileiro, no sentido de: i) reformas estruturais ou ii) tensões pontuais. A partir desse tipo de efeito, faremos a análise das regras específicas que são apresentadas pelos acordos e como elas conflitam (ou não) com o sistema jurídico brasileiro.

### **b) Disposições padrão TPP e sistema jurídico brasileiro: “reformas estruturais” e “tensões pontuais”**

As disposições que se contrapõem no sentido de reformas estruturais são aquelas que podem exigir o abandono de uma ou mais características fundamentais do modelo de desenvolvimento brasileiro. Já as disposições cuja adesão constituiria sérios problemas políticos para o Brasil, mas que podem não afetar as características fundamentais do modelo de desenvolvimento, são consideradas no sentido de tensões pontuais. Portanto, para entender a natureza e escopo de potenciais reformas estruturais, precisamos decidir o que está incluído nos elementos centrais do Estado desenvolvimentista brasileiro. O Estado brasileiro tem desempenhado um papel importante na economia ao longo do período democrático. Em um importante estudo intitulado “*The Unchanging Core of Brazilian State Capitalism, 1985-2015*”, Matthew Taylor demonstra o enraizamento e a continuidade do modelo de intervenção estatal que remonta à década de 1930, quando o Brasil iniciou sua trajetória desenvolvimentista<sup>19</sup>.

De acordo com Taylor, o modelo de capitalismo de Estado brasileiro possui suas falhas. A baixa poupança doméstica ocasionou uma crescente dependência do capital estrangeiro, cuja disponibilidade é inconstante. Às vezes, o Estado falhou na sua capacidade de gestão, e tem havido corrupção massiva. Ainda assim, esse modelo funcionou para o Brasil por muito tempo, atraindo investimento estrangeiro e iniciando vários períodos de rápido crescimento. Enquanto a natureza, as ferramentas e a extensão da intervenção do Estado na economia variaram com o tempo, este manteve um papel importante durante diferentes ciclos econômicos e governos<sup>20</sup>.

Mathew Taylor<sup>21</sup> lista diversos elementos que constituem as principais políticas do estado desenvolvimentista: i) políticas econômicas que favorecem uma economia fechada e focam no crescimento do mercado doméstico; ii) impostos e políticas fiscais que sustentam um elevado orçamento estatal; iii) propriedade estatal de companhias, inclusive via participações minoritárias; iv) políticas industriais, incluindo incentivos fiscais e empréstimos de baixo custo concedidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) a setores selecionados; v) uso da regulação para incentivar o investimento privado; vi) políticas monetárias e de crédito que favorecem bancos estatais e influenciam padrões de investimento; e vii) trabalho redistributivo e política social. Políticas centrais foram desenvolvidas para mobilizar capital, destiná-lo a setores em crescimento, fomentar a indústria local, atrair e canalizar o investimento estrangeiro e incentivar prioridades como infraestrutura, inovação e exportações. Consequentemente, a adesão a compromissos internacionais que restringem qualquer dessas ações estatais provocaria uma reforma estrutural do sistema brasileiro.

### **c) Disposições que podem afetar o cerne do modelo desenvolvimentista: reformas estruturais**

Identificamos três áreas nas quais as políticas brasileiras aparentam estar em descompasso com os padrões do TPP, de modo que um alinhamento tornaria necessárias grandes mudanças<sup>22</sup>. Estas seriam a política industrial, as empresas estatais e a regulação do investimento estrangeiro direto.

<sup>19</sup> TAYLOR, Mathew M. *The unchanging core of Brazilian state capitalism, 1985-2015*. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2674332&download=yes](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2674332&download=yes)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>20</sup> TRUBEK, David et al. (Eds.). *Law and the New Developmental State: the Brazil experience in Latin American context*. New York: Cambridge University Press, 2013.

<sup>21</sup> TAYLOR, Mathew M. *The unchanging core of Brazilian state capitalism, 1985-2015*. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2674332&download=yes](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2674332&download=yes)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>22</sup> Essa análise é baseada em uma leitura do texto final do TPP, o qual estamos usando como proxy para padrões que possam surgir em futuras negociações. Tivemos de fazer algumas suposições sobre termos e disposições gerais. UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. *TPP Final Table of Contents*. Disponível em: <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

## I. Política Industrial

No cerne do modelo de desenvolvimento brasileiro, está a política industrial, com medidas que favorecem indústrias prioritárias e incluem proteção tarifária, subsídios à exportação, incentivos fiscais e exigências de conteúdo local. Fabricantes nacionais de carros, por exemplo, beneficiam-se de incentivos fiscais se os carros fabricados utilizarem insumos locais. Investidores na exploração dos campos de petróleo do Pré-Sal estão sendo obrigados a usar produtos e empresas locais, e o financiamento das exportações foi condicionado a altos níveis de conteúdo local na produção.

Para o Brasil se alinhar com as políticas no padrão TPP, pode ter que diminuir ou eliminar muitas de suas tarifas e extinguir os requisitos de conteúdo local para investimento, produção e financiamento para a exportação. Tais mudanças atacariam o cerne do projeto desenvolvimentista. Algumas dessas políticas já foram questionadas perante a OMC, como o programa brasileiro InovarAuto<sup>23</sup>. O InovarAuto foi uma política industrial orientada para as GVCs, criada em 2012 sob a proteção do Plano Brasil Maior<sup>24</sup>. O programa diminuiu o Imposto sob Produto Industrial (IPI) para empresas que produzem manufaturados no Brasil e investem em P&D local: a redução no imposto depende da quantidade de produtos de conteúdo local nos carros produzidos e de metas de eficiência energética<sup>25</sup>.

Do ponto de vista da política industrial, InovarAuto encorajou o investimento estrangeiro direto no grande e crescente mercado automotivo do Brasil<sup>26</sup>. De uma perspectiva do direito internacional do comércio, no entanto, o InovarAuto levantou várias preocupações. Na OMC, a União Europeia e o Japão levaram dois casos contra o programa, sob o argumento de violação das obrigações comuns junto à OMC<sup>27</sup>. Primeiramente, por conferir vantagens fiscais para produtos domésticos e produtos importados que possuem conteúdo local, o Brasil teria violado as obrigações de tratamento nacional e de nação-mais-favorecida do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (conhecido pela em inglês GATT)<sup>28</sup>. Segundo, o requisito de conteúdo local da medida brasileira seria inconsistente com o comprometimento do Brasil com o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (conhecido pela sigla em inglês TRIMS), também pela discriminação que gera entre investidores de diferentes nacionalidades. A União Europeia e o Japão, assim, afirmaram que as vantagens fiscais conferidas pelo InovarAuto constituíam subsídios ilegais à exportação. O painel acolheu a demanda dos reclamantes e compreendeu que o incentivo fiscal mediante o atendimento de certos percentuais de conteúdo local violava as obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito do GATT e do TRIMS. A violação existe, ainda que a exigência de conteúdo local se aplique igualmente a produtos nacionais e importados. De acordo com o painel, o Brasil, também, violou a regra da nação mais favorecida com o programa InovarAuto, pois conferiu vantagens a produtos importados do México e dos países do Mercosul em detrimento dos produtos importados de países da União Europeia, do Japão e dos outros países com os quais está vinculado pela cláusula<sup>29</sup>. O relatório do painel, ainda, pode ser revisto na instância

<sup>23</sup> BRASIL. *Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12715.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12715.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>24</sup> MICHAUD, Etienne. *Driving up local content of Brazilian cars: the inovar-auto program and supply chain strategy*. 2015. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/559484e4e4b0359276bd82c0/t/55fac767e4b05761ee15a093/1442498407015/Brazil+Works+Briefing+Paper+Sep+2015+-+Inovar-Auto.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>25</sup> Em setembro de 2011, o Brasil elevou as alíquotas do IPI, um imposto sobre o valor agregado dos produtos industriais, em 30 por cento em relação a automóveis. Ver Lei nº 12546/2011 e Decreto nº 7567/2011, que alteram a tributação sobre carros com componentes nacionais e importados.

<sup>26</sup> MICHAUD, Etienne. *Driving up local content of Brazilian cars: the inovar-auto program and supply chain strategy*. 2015. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/559484e4e4b0359276bd82c0/t/55fac767e4b05761ee15a093/1442498407015/Brazil+Works+Briefing+Paper+Sep+2015+-+Inovar-Auto.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>27</sup> Ver OMC, *Brazil — Certain Measures Concerning Taxation and Charges* (19 de dezembro, 2013) WT/DS472 e OMC, *Brazil — Certain Measures Concerning Taxation and Charges* (2 de julho, 2015) WT/DS497.

<sup>28</sup> SILVA, Eric Moraes Castro e. Os benefícios tributários do programa Inovar-Auto e os princípios da Nação Mais Favorecida e do Tratamento Nacional: uma análise dos argumentos dos painéis atualmente em curso contra o Brasil no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 210-234, 2016.

<sup>29</sup> Ver os relatórios do painel na OMC. OMC. *Brazil — Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472/R, Geneve,

do Órgão de Apelação. Contudo, se essas medidas são consideradas como violações no âmbito da OMC, também violariam o TPP, especialmente o capítulo acerca de investimento.

## II. *Empresas estatais*

As regras acerca de empresas estatais no TPP têm o objetivo de garantir condições iguais para empresas públicas e empresas privadas que operam no mesmo setor. Com a novidade dessas regras para o direito do comércio internacional, somada ao fato de o capítulo do TPP conter muitos termos amplos e exceções, várias questões ainda estão abertas acerca do escopo e impacto desse tipo de disposição. Há, ainda, dúvidas se esses tipos de dispositivos seriam até mesmo objeto de negociação em outros fóruns, como a RCEP e a BRI. Por sua vez, o perfil de regras para empresa estatais é muito similar àqueles apresentados aos membros da OCDE, oportunidade ainda mais próxima do cenário atual da política externa brasileira. Dado o importante papel que empresas estatais de vários setores têm na economia brasileira, o Brasil poderia enfrentar muitos desafios na tentativa de seguir os padrões do tipo TPP — ou mesmo OCDE — para a regulação de empresas estatais.

Usaremos o exemplo do BNDES para ilustrar a situação das empresas estatais brasileiras. A Seção 17.6 do TPP proíbe a assistência não comercial por parte do governo para a produção de bens e serviços, se isso afetar os interesses de outra parte. Ajuda não comercial inclui transferência direta de fundos, empréstimos abaixo do preço de mercado e investimentos que diferem de práticas usuais de mercado. Tal padrão poderia afetar a operação do BNDES. De fato, essa limitação para empresas estatais afeta a razão de existir de um banco de desenvolvimento, que deve suprir falhas de mercado, ou seja, deve fornecer financiamento em condições não disponíveis no mercado para empreendimentos que não conseguiriam fundos de outra maneira.

O BNDES, um dos maiores bancos de desenvolvimento do mundo, do ponto de vista de muitos especialistas, tem um papel crucial na economia brasileira. Mas, como compete com o setor de bancos privados, incluindo bancos estrangeiros operando no Brasil, suas taxas de juros subsidiadas poderiam ser consideradas em desconformidade com o padrão TPP. Isso porque há duas fontes na estrutura de capital do BNDES que se identificam com o conceito de assistência não comercial: os recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e as transferências diretas do Tesouro, ambos utilizados mediante uma taxa de juros de longo prazo, definida abaixo do valor de mercado. Reformas recentes na remuneração sobre os recursos utilizados pelo BNDES reduzirão o *gap* entre a sua taxa de juros e a taxa de mercado, e também sua capacidade de financiar<sup>30</sup>. Essa redução do *gap* e da capacidade de financiar, somada ao crescimento de investimentos por bancos chineses no setor financeiro do Brasil, pode mitigar o papel do BNDES como a principal fonte de crédito para a indústria no Brasil.

Ao mesmo tempo em que um concorrente do BNDES poderia desafiar suas operações sob padrões baseados no capítulo sobre empresas estatais do TPP, os concorrentes de outras empresas estatais ou privadas que recebem empréstimos ou investimentos do BNDES podem reclamar que esses empréstimos usam taxas de juros abaixo das prevalentes no mercado e suas práticas de investimento podem não ser consideradas “usuais”. Preocupações semelhantes podem surgir da operação de grandes empresas estatais, a depender da forma como se orientem as suas regras específicas de operação, na relação com o governo e outras agências estatais.

---

2017a. e OMC. *Brazil — Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS497/R, Geneve, 2017b. Tanto o Brasil quanto os reclamantes recorreram da decisão na OMC, em setembro de 2017.

<sup>30</sup> Para uma avaliação do papel e do impacto do BNDES no Brasil, ver COLBY, Seth. *Searching for institutional solutions to industrial policy challenges: a case study of the Brazilian Development Bank*. Tese (Doutorado) – Universidade Johns Hopkins, Baltimore, 2013. Recentemente, a antiga Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) foi substituída por uma outra, a Taxa de Longo Prazo (TLP). O objetivo é aproximar a TLP da taxa Selic, calculada diariamente pelo Banco Central do Brasil com base em todas as taxas de juros praticadas no mercado, para remunerar os recursos do Tesouro e do FAT. No caso dos empréstimos, a TLP será calculada pelo BNDES de acordo com variações do IPCA e da taxa de juros aplicada ao título NTN-B, emitido pelo Tesouro. A TLP deve resultar em taxa maior que os patamares alcançados pela TJLP, mas ainda deve permanecer um subsídio. Ver Leis 13.483/2017, que institui a TLP, e 9.365/1996, que institui a TJLP.



### III Investimento

Em geral, o capítulo de investimentos do TPP reflete medidas que já estão presentes nos capítulos de Tratados Bilaterais de Investimentos (TBIs) e Acordos de Livre Comércio (ALCs) com capítulos sobre investimento. Essa abordagem da regulação de investimento tornaria necessária uma grande mudança nas atuais políticas de proteção de investimento do Brasil, as quais estão refletidas em seus acordos de investimento recentemente assinados, chamados Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs). O TPP contém padrões muito mais elevados para a proteção de investidores estrangeiros do que os ACFIs, incluindo uma definição muito mais abrangente das situações que constituem expropriação e requerendo o modelo de Solução de Controvérsias entre Investidores e Estado (conhecido pela sigla em inglês ISDS), que o Brasil tem evitado.

O TPP prevê que os investidores estrangeiros devem estar de acordo com os padrões mínimos de tratamento nacional e nação mais favorecida — que inclui tratamento justo e equitativo, cuja interpretação no direito internacional é geralmente notada pela vagueza<sup>31</sup>, e total segurança e proteção. Os acordos brasileiros concedem tratamento nacional e o padrão da nação mais favorecida<sup>32</sup>, mas deliberadamente excluem o tratamento justo e equitativo. Enquanto o TPP prevê que nenhuma parte pode “expropriar ou nacionalizar um investimento protegido direta ou indiretamente,”<sup>33</sup> o Brasil limita a proteção para expropriação direta, deixando as partes livres para regular áreas sensíveis como saúde e meio-ambiente sem violar acordos de investimento. Por fim, o Brasil prevê que a compensação deve estar de acordo com requisitos legislativos nacionais<sup>34</sup>.

Indiscutivelmente, o maior conflito entre o capítulo de investimentos do TPP e a política brasileira refletida nos ACFIs diz respeito à solução de controvérsias. Enquanto o TPP prevê o mecanismo de ISDS, em que um investidor pode apresentar uma reclamação perante um tribunal arbitral diretamente contra um Estado, o Brasil rejeita o sistema ISDS e coloca uma forte ênfase na prevenção obrigatória de disputas, permitindo a arbitragem apenas entre Estados<sup>35</sup>. Pontua-se, ainda, que o modelo adotado para resolução de controvérsias é, também, criticado em termos de desenho institucional, por inexistir estrutura permanente e especializada para dirimir os conflitos, no que acaba por catalisar competência “para a análise de quaisquer questões sob o manto do acordo”<sup>36</sup>.

#### **d) Outras políticas do TPP que criariam sérios desafios para o Brasil: as tensões pontuais**

Nessa seção observamos outras áreas de políticas em que as medidas padrão TPP tornariam necessárias mudanças nas políticas brasileiras, mas não tão estruturais quanto as aventadas na seção anterior. Novamente, focamos o texto assinado do TPP como *proxy* para futuros acordos com disposições semelhantes. Dependendo de como se define o modelo desenvolvimentista e como essas disposições são interpretadas,

<sup>31</sup> ARENHART, Fernando Santos. Investimento estrangeiro: o padrão de tratamento justo e equitativo e o papel da boa-fé. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 154-169, 2013.

<sup>32</sup> BADIN, Michelle Rattón Sanchez; LUIS, Daniel Tavela; OLIVEIRA, Mario Alfredo de. Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embasa? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 159-177, 2017.

<sup>33</sup> TRANS-PACIFIC Partnership. Auckland, 2016. Disponível em: <<https://www.tpp.mfat.govt.nz/text>>. Acesso em: 1 abr. 2018.

<sup>34</sup> As normas de expropriação da Constituição Federal brasileira preveem que a expropriação de imóveis urbanos e rurais pode ser, entre outras possibilidades, compensada com títulos públicos e agrários, respectivamente. Ver os Arts. 5, 182 e 184. da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. No passado, esta disposição era considerada uma restrição à capacidade do Brasil de assinar os tradicionais TBIs. LEMOS, Leany; CAMPELO, Daniela. The Non-ratification of bilateral investment treaties in Brazil: A story of conflict in a land of cooperation. *Review of International Political Economy*, v. 22, n. 5, p. 1055-1086, 2015.

<sup>35</sup> A ISDS foi rejeitada no Congresso durante as tentativas de ratificar uma série de TBIs na década de 1990. A rejeição do ISDS pelo Brasil reflete um desconforto geral com este mecanismo entre países em desenvolvimento, bem como fatores exclusivos do Brasil. O governo brasileiro apoia ativamente muitos investimentos no exterior. Isso significa que os investidores podem contar com o apoio do governo em caso de reclamações, e acabam mais preocupados com a ajuda do governo para facilitar o investimento. MOROSINI, Fabio; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento na emergência de um novo modelo. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 400-428, jul./dez. 2015.

<sup>36</sup> PEREIRA, Mariana Yante Barrêto. O Trans-Pacific Partnership Agreement e seus potenciais impactos para a regulação da biodiversidade no âmbito transnacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 376-389, 2016.

elas podem — ou não — afetar o cerne do modelo desenvolvimentista. Essas políticas incluem propriedade intelectual e economia digital.

### *I Propriedade Intelectual*

O capítulo de propriedade intelectual do TPP apresenta desafios importantes para o Brasil. Como uma estratégia de negociação, o TPP, efetivamente, desloca a regulação dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio da OMC para o nível mega regional. Enquanto o Brasil e outros países em desenvolvimento foram capazes de bloquear as agendas de propriedade intelectual de países desenvolvidos na OMC, tal mudança de fórum significaria que o Brasil e outros países em desenvolvimento poderiam futuramente se deparar com padrões sobre os quais eles não tiveram voz no estabelecimento<sup>37</sup>. E já é claro que algumas políticas de propriedade intelectual padrão TPP criariam problemas: estas incluem flexibilidades em matéria de saúde pública e conhecimento tradicional associado a recursos genéticos<sup>38</sup>.

Em princípio, o TPP parece seguir a mesma abordagem defendida por um grupo de países em desenvolvimento na OMC, definida na Declaração de Doha sobre Saúde Pública, mas acaba não adotando as flexibilidades permitidas pela OMC, entre as quais, aquelas quanto às licenças compulsórias para medicamentos<sup>39</sup>.

Em segundo lugar, a regulação do TPP sobre recursos genéticos associados a conhecimento tradicional é frágil. Sua linguagem está essencialmente baseada em cooperação e carece de instrumentos para vincular as obrigações; falha, ainda, em tratar de preocupações relevantes para o Brasil, como é o caso da biopirataria. O Brasil internalizou integralmente a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), que, *inter alia*, regula o acesso a recursos genéticos e conhecimento tradicional. A CDB exige o consentimento prévio e informado da parte que está fornecendo os recursos de conhecimento tradicional e torna obrigatória a partilha dos resultados da sua exploração comercial. O mesmo se aplica a outros recursos genéticos ou de biodiversidade que as comunidades locais tenham fornecido. O Brasil regulamentou internamente a CDB, para tornar os requisitos de compartilhamento de benefícios mais efetivos e assegurar que os detentores do conhecimento tradicional tenham maior participação no processo de tomada de decisão do seu uso<sup>40</sup>.

### *II. Economia Digital*

O capítulo sobre comércio eletrônico do TPP apresenta vários desafios para a malha regulatória brasileira sobre dados, internet e sistemas web<sup>41</sup>. Basicamente, a lei brasileira privilegia a neutralidade da rede, a privacidade, a retenção de dados, a função social da web, a transferência de conhecimentos e também impõe responsabilidade civil aos usuários e prestadores de serviços.

<sup>37</sup> Os efeitos sobre a regulação de propriedade intelectual já chegaram ao Brasil. De acordo com entrevistas realizadas pelos autores com oficiais do governo, que preferiram não se identificar, o México, um dos membros do TPP, se aproximou recentemente do Brasil com uma proposta semelhante ao TPP.

<sup>38</sup> A partir da comparação entre o texto do TPP e do CPTPP, acreditamos que esses problemas sejam atenuados. As exceções à indústria farmacêutica, flexibilizando o conceito de novidade para patentear medicamentos e produtos químicos com inovação incremental foram suprimidas. Além disso, a redação do artigo 18,37 do TPP, que permitia a patentes derivadas de plantas e microorganismos, foi modificada. Na nova redação, entendemos que os países signatários podem proibir a patente sobre plantas e microorganismos.

<sup>39</sup> Sobre a Declaração de Doha sobre Saúde Pública, ver CORREA, Carlos M. O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos por países em desenvolvimento. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 24-37, 2005. Para acesso ao texto original da Declaração: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Declaração sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública*. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_trips\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2018.

<sup>40</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre Diversidade Biológica*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 3 fev. 2018.; BRASIL. *Decreto nº 2519, de 16 de março de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018. Ratifica a CBD no Brasil. Regulamenta o compartilhamento de conhecimento tradicional associado à CBD. BRASIL. *Lei nº 13.123 de 20 de maio de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>41</sup> O Brasil tem uma regra geral sobre Internet, o Marco Civil da Internet. Outros detalhes sobre os serviços web ainda devem ser regulamentados pelo Congresso Nacional. BRASIL. *Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

O Brasil está considerando firmar seus primeiros acordos sobre comércio eletrônico, em negociação com México e Peru, os quais propuseram definições influenciadas pelo TPP<sup>42</sup>. Preliminarmente, antecipamos três possíveis inconsistências entre textos do padrão TPP propostos e políticas brasileiras: o Brasil pode ter problemas com o conceito de “produto digital” no Marco Civil da Internet; com o efeito das normas padrão TPP sobre o seu atual código de proteção e defesa do consumidor e leis de privacidade; e com disposições sobre a localização das instalações de computação<sup>43</sup>.

#### 4 Entre o metadebate e o pragmatismo: a emergência de uma nova governança em comércio e investimentos no Brasil

Enquanto o metadebate continua e, em parte, tem sido mais recentemente estimulado pelo desafio apresentado pelos mega acordos de comércio e investimento e outras iniciativas para além da OMC, o Brasil vem experimentando, silenciosamente, novos rumos na política de comércio e investimentos. O Brasil nunca parou de negociar acordos comerciais, mas durante o auge do desenvolvimentismo do Sul global, a prioridade era o acesso a mercados, e a facilitação, cooperação e negociações com as economias em desenvolvimento. Entretanto, nos últimos anos do governo do PT, o Brasil anunciou uma política mais agressiva sobre o comércio, incluindo o ressurgimento de suas relações com os Estados Unidos e a União Europeia e um envolvimento com países neoliberais na região da América Latina. Baseada na longa tradição brasileira de pragmatismo no que diz respeito à política econômica externa, essa abordagem envolve cada vez mais experimentação e repousa nos seguintes pilares:

- a) Uma nova abordagem para a regulação dos investimentos;
- b) Bilateralização das relações América Latina, com destaque com os países da Aliança do Pacífico e a Argentina;
- c) Esforços para impulsionar as negociações UE-Mercosul;
- d) Relações exploratórias com os Estados Unidos;
- e) Crescente aproximação da China;
- f) Participação contínua na OMC;
- g) Pleito de adesão à OCDE.

Embora haja múltiplos fatores por trás dessas mudanças, o espectro das negociações de mega acordos tem desempenhado não pode ser descartado. A nova iniciativa de comércio bilateral do Brasil é uma consequência direta do declínio da OMC e da crescente importância de outras alternativas regulatórias. O impasse da Rodada de Doha e a consequente emergência de alternativas regulatórias, como acordos comerciais preferenciais, megarregionais, plurilaterais, entre outros, fizeram com que cada país, mesmo aqueles que resistiram em aderir a tais negociações, como o Brasil, reconsiderasse sua posição.

<sup>42</sup> De acordo com entrevistas realizadas pelos autores com autoridades brasileiras, o texto do acordo de comércio eletrônico proposto pelo México e pelo Peru é muito semelhante, senão idêntico, ao capítulo de comércio eletrônico do TPP. O Brasil e o Peru assinaram o acordo em 29 de abril de 2016. BRASIL; PERU. *Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre Brasil e Peru*. 2016. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/convenios/9-assuntos/categ-comercio-exterior/1508-acordo-de-ampliao-economico-comercial-brasil-peru-ainda-sem-vigencia>>. Acesso em: 3 fev. 2018; BRASIL. Decreto Legislativo nº 42, de 27 de março de 2017. Brasília, DF, 2017, que ratifica o acordo entre Brasil e Peru e está a espera da promulgação pelo Presidente da República.

<sup>43</sup> De acordo com entrevistas com autoridades brasileiras conduzidas pelos autores, embora exista uma exceção no TPP à regra geral de transferência de informações (art. 14.11.3), ela não atende às necessidades do Brasil. O Marco Civil da Internet é ainda mais protetor que o TPP. Além disso, as autoridades brasileiras não veem nenhum ponto em tais disposições além da estratégia dos Estados Unidos para bloquear a abordagem da Rússia, e declararam que o Brasil não estaria pronto para aceitar tal disposição.

## a) Uma nova abordagem para a regulação dos investimentos

O Brasil chegou a assinar 14 tratados bilaterais de investimento tradicionais na década de 1990<sup>44</sup>. Os acordos, contudo, nunca foram ratificados pelo Congresso<sup>45</sup>. Em 2003, o governo começou a explorar novas abordagens para acordos de investimento que pudessem atender às necessidades da indústria brasileira sem violar importantes políticas e princípios nacionais. Esse processo prosseguiu lentamente até os últimos anos. Em 2013, a CAMEX (Câmara de Comércio Exterior do Brasil) aprovou o modelo de Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) a ser negociado com países africanos<sup>46</sup>. Esses acordos diferem fundamentalmente dos TBIs tradicionais. Os ACFIs enfatizam a facilitação de investimento mais do que a proteção, definem a expropriação de forma relativamente restrita, incentivam a prevenção de disputas e evitam que a solução de controvérsias ocorra pelo mecanismo ISDS, preferindo arbitragens entre Estados.

Moçambique e Angola foram os dois primeiros países a assinar esses acordos com o Brasil. Desde março de 2015, o Brasil também assinou ACFIs com México, Colômbia, Malauí, Chile e um acordo econômico mais amplo com o Peru, que contém um capítulo de investimento com termos muito semelhantes aos ACFIs<sup>47</sup>. Em 2017, os países do Mercosul aceitaram negociar um novo acordo de investimento no padrão ACFI. O Brasil está atualmente negociando seu modelo de acordo com outros países, incluindo países asiáticos e do Oriente Médio. Ademais, há notícias de negociações sobre investimento no padrão ACFI a partir do Mercosul com outros blocos, inclusive com a União Europeia. O Brasil também se alinha no âmbito da OMC para a promoção de um acordo com foco em facilitação de investimento.

## b) Bilateralização das relações América Latina

O sucesso da negociação de acordos de investimento pelo Brasil deu impulso à consideração de outros acordos bilaterais para além de investimentos. Com base na confiança construída com os países da Aliança do Pacífico no processo de negociação dos ACFIs e no potencial econômico dessa relação, o Brasil iniciou negociações comerciais bilaterais mais amplas com o México, Chile, Colômbia e Peru. O país já tinha acordos comerciais limitados com eles a partir da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) e utilizou essa estrutura para aprofundar os compromissos comerciais.

A Aliança do Pacífico, um processo de integração novo na região, representa um contra-projeto para o denominado eixo bolivariano, composto por Venezuela, Equador e Bolívia. A Aliança do Pacífico é apoiada pelos Estados Unidos, que têm acordos de livre comércio com todos os países deste bloco: alguns sustentam que os Estados Unidos buscam usá-lo para reduzir a inserção da China e limitar a liderança do Brasil na região. Os governos dos países da Aliança do Pacífico desempenham um papel crucial na facilitação do comércio e da inserção internacional. Além da ênfase na integração de seus membros, a Aliança do Pacífico foi concebida como um instrumento destinado a promover uma maior integração comercial dos participantes em regiões estratégicas.

Visões críticas apontam que a Aliança do Pacífico é um projeto gerado a partir do conceito de regionalismo aberto promovido pelas economias neoliberais na região, o que causa a fragmentação da integração. Segundo ele, se o Brasil não conseguir promover uma agenda de integração e desenvolvimento para os países da região, bem como uma agenda de segurança para seu ambiente estratégico, a tendência à fragmen-

<sup>44</sup> BAS, Magdalena. América do Sul em face dos tratados bilaterais de investimento: rumo ao retorno do Estado na solução de controvérsia? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 132-144, 2016.

<sup>45</sup> LEMOS, Leany; CAMPELO, Daniela. The Non-ratification of bilateral investment treaties in Brazil: A story of conflict in a land of cooperation. *Review of International Political Economy*, v. 22, n. 5, p. 1055-1086, 2015.

<sup>46</sup> A maior parte do investimento estrangeiro direto do Brasil na África está concentrada em Moçambique e Angola. COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimento (ACFI). *Cadernos de Política Exterior*, v. 87, n. 1, p. 87-110, 2015.

<sup>47</sup> BADIN, Michelle R. S. Navigating between resistance and conformity with the international investment regime: the Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFIs). In: MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Rattón Sanchez (Eds.). *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge: CUP, 2017.



tação persistirá, criando espaço para a penetração de potências externas e redução da influência regional brasileira<sup>48</sup>.

O Brasil mantém vínculos comerciais com todos os países da Aliança do Pacífico. Entre 2004 e 2014, os fluxos comerciais Brasil-México aumentaram 93,7%. Em 2015, durante a visita da ex-Presidente Dilma Rousseff ao México, ambos os países decidiram acelerar as negociações comerciais o que levou a novos acordos. Brasil e México já haviam firmado o Acordo de Complementação Econômica da ALADI n. 53 (ACE 53)<sup>49</sup>, em 2002, que, atualmente, envolve preferências tarifárias em aproximadamente 800 itens. Após, em 2016, Brasil e México concordaram em iniciar ambiciosas negociações bilaterais, envolvendo áreas como redução de tarifas em produtos agrícolas e manufaturados, serviços, compras governamentais e medidas sanitárias e fitossanitárias<sup>50</sup>. O compromisso do Brasil e do México de negociar já produziu um acordo, o Acordo de Reconhecimento Mútuo da Cachaça e Tequila como Indicadores Geográficos e Produtos Distintos do Brasil e do México, assinado em fevereiro de 2016<sup>51</sup>.

Uma abordagem similar foi adotada em relação à Colômbia, cujos fluxos comerciais com o Brasil aumentaram 165% entre 2005 e 2014<sup>52</sup>. Em outubro de 2015, a ex-Presidente Rousseff fez uma viagem oficial à Colômbia, que resultou na assinatura de um ACFI<sup>53</sup> e de um entendimento sobre o setor automotivo, no âmbito do Acordo de Complementação Econômica da ALADI n. 59 (ACE 59)<sup>54</sup>. Funcionários do governo, durante entrevistas, sugeriram que o Brasil também está negociando outros acordos comerciais com a Colômbia.

O Chile é o terceiro maior parceiro comercial do Brasil, beneficiando-se de tarifa zero em 98% do comércio bilateral<sup>55</sup>. Entre 2009 e 2013, o comércio entre Brasil e Chile aumentou em 65,3%<sup>56</sup>. Além de ter assinado um ACFI com o Chile, há razões para se acreditar que o Brasil está, atualmente, negociando novos acordos comerciais com o país em áreas como o comércio eletrônico e os contratos públicos<sup>57</sup>.

Peru e Brasil fazem parte do Acordo de Complementação Econômica da ALADI n. 58 (ACE 58)<sup>58</sup>, entre o Mercosul e o Brasil. De acordo com esse acordo, ambos os países devem, eventualmente, chegar

<sup>48</sup> PADULA, Raphael. *A aliança do Pacífico, o Brasil e o poder global na integração regional da América do Sul*. 2013. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/315712225/A-Alianca-Do-Pacifico-o-Brasil-e-o-Poder-Global-Raphael-Padula>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>49</sup> BRASIL; ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Acordo de Complementação Econômica n. 53 entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos*. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivos/ace53bramex02protad.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2018. Internalizado no pelo decreto que trata de um acordo de preferências tarifárias fixas concedidas a aproximadamente 800 códigos Naladi/SH 96. BRASIL. *Decreto nº 4.383 de 23 de setembro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4383.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4383.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>50</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/ficha-pais/6453-estados-unidos-mexicanos>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>51</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Acordo entre o Brasil e o México para o reconhecimento mútuo da cachaça e da tequila como indicações geográficas e produtos distintos*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/13227-conclusao-da-negociacao-do-acordo-entre-o-brasil-e-o-mexico-para-o-reconhecimento-mutuo-da-cachaca-e-da-tequila-como-indicacoes-geograficas-e-produtos-distintos-do-brasil-e-do-mexico-respectivamente>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>52</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *República de Colômbia*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/ptBR/ficha-pais/6240-republica-da-colombia>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>53</sup> BRASIL; COLÔMBIA. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República da Colômbia*. 2015. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4714>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>54</sup> Entendimento relativo à adoção do Protocolo Adicional no Acordo de Complementação Econômica n. 59 (ACE 59), internalizado pelo Brasil. BRASIL. *Decreto nº 5.361, de 31 de janeiro de 2005*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5361.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5361.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>55</sup> O Decreto internalizou o novo regime do Acordo de Complementação Econômica n. 35 (ACE 35), aprovado em 25 de junho de 1996 (a partir do 52º Protocolo Adicional ao ACE 35). BRASIL. *Decreto nº 8.996, de 2 de março de 2017*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D8996.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D8996.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>56</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *República do Chile*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/ptBR/ficha-pais/4923-republica-do-chile>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>57</sup> O Brasil e o Chile já têm um acordo sobre serviços no âmbito do Mercosul-Chile. BASILE, Juliano. País negocia acordo de compras governamentais no Mercosul. *Valor Econômico*, São Paulo, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4617939/pais-negocia-acordo-de-compras-governamentais-no-mercosul>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>58</sup> BRASIL. *Decreto nº 5.651, de 29 de dezembro de 2005*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5651.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

em tarifas-zero. Nos últimos 10 anos, os fluxos comerciais entre Brasil e Peru aumentaram em 120%<sup>59</sup>. Em 2016, de acordo com o ACE 58, Brasil e Peru assinaram um acordo único envolvendo comércio de serviços, compras governamentais e investimentos. Essa foi uma abordagem inovadora para o Brasil. Foi o primeiro acordo de aquisições do governo a ser assinado, e define a posição de negociação do Brasil nesse setor. É também a primeira vez que o Brasil assinou um acordo bilateral de comércio e investimento no mesmo documento: o conteúdo do capítulo de investimentos é muito semelhante ao dos ACFIs assinados com outros países latino-americanos<sup>60</sup>.

A opção de assinar acordos comerciais com os países da Aliança do Pacífico é agora um pilar da nova política comercial do Brasil. Em primeiro lugar, isso indica que o Brasil está aberto a negociar acordos comerciais fora do âmbito do Mercosul<sup>61</sup>. Em segundo lugar, a decisão de usar a retórica Sul-Sul para abordar as economias mais neoliberais da América Latina durante um governo de esquerda indica que o pragmatismo, orquestrado por certos órgãos técnicos da burocracia brasileira, ditava as decisões do Brasil. Terceiro, o Brasil também usou as negociações com a Aliança do Pacífico como uma ferramenta estratégica para desenvolver a capacitação dentro de seus Ministérios e testar posições que poderiam ser replicadas em negociações mais difíceis — podemos especular que isso poderia ser uma transição suave para tipos mega-regulatórios de negociações. Finalmente, o “fator China” ajuda a explicar as negociações bilaterais do Brasil com os países da Aliança do Pacífico. O governo brasileiro parece acreditar que os acordos comerciais podem ser uma maneira de aumentar as trocas comerciais com esses países e de alguma forma isolar a América Latina de uma inserção mais ampla da China na região<sup>62</sup>.

### **c) Esforços para impulsionar as negociações UE-Mercosul**

O terceiro pilar da nova política de comércio e investimento é o esforço para dar início às negociações entre o Mercosul e a União Europeia, que se desenrolaram a partir da década de 1990. Nesse contexto, tanto o Brasil quanto a UE tiveram viram uma janela de oportunidade nas negociações comerciais Mercosul-UE já existentes.

Em 1995, o Mercosul e a União Europeia assinaram o Acordo-Quadro de Cooperação Inter-Regional<sup>63</sup>, válido no Brasil desde 1999<sup>64</sup>. Esse amplo acordo abrange comércio, normas, estatísticas e propriedade intelectual; cooperação econômica, com destaque para a cooperação industrial, energética, científica e tecnológica; telecomunicações; meio-ambiente; e promoção de investimentos<sup>65</sup>. Do ponto de vista da União Europeia, as negociações com o Mercosul foram motivadas por preocupações geopolíticas e econômicas. O fortalecimento dos laços com os países do Mercosul reduziria a influência dos Estados Unidos na região, numa época em que os Estados Unidos e a União Europeia disputavam a primeira posição como maiores parceiros econômicos do Brasil. Esse cenário tem mudado cada vez mais, desde 2004, com a entrada da

<sup>59</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *República do Peru*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/ptBR/fichapais/6464-republica-do-peru>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>60</sup> Ver nota oficial do Ministério das Relações Exteriores e Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, sobre os acordos nas áreas de compras públicas, serviços, investimentos e livre comércio de veículos leves e picapes. BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Brasil e Peru assinam acordos nas áreas de compras públicas, serviços, investimentos e livre comércio de veículos leves e picapes*. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/noticias/109-comercio-exterior/913-brasil-e-peru-assinam-acordos-nas-areas-de-compras-publicas-servicos-investimentos-e-livre-comercio-de-veiculos-leves-e-picapes>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>61</sup> O Conselho do Mercado Comum decidiu que proíbe os membros de negociar acordos tarifários fora do âmbito do Mercosul (não afeta a autonomia dos membros na condução de negociações não-tarifárias. MERCOSUL. Conselho do Mercado Comum (CMC). Decisão nº 32. XXIII CMC, Brasília, 2002.

<sup>62</sup> Mas note que o investimento chinês no Brasil está aumentando consideravelmente. PERRIN, Fernanda. Investimento chinês no Brasil cresce e começa a se diversificar. *Folha de São Paulo*, São Paulo, ago. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/08/1802718-investimento-chines-no-brasil-cresce-e-comeca-a-se-diversificar.shtml>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>63</sup> Reunião de Cúpula Mercosul-União Europeia, “Declarações conjuntas”, 9541/1/08 REV 1 Presse 132, 17 de maio de 2008.

<sup>64</sup> MERCOSUL; UE. Acordo-Quadro Inter-Regional de Cooperação entre o Mercosul e a União Europeia, adotado em 15 de dezembro de 1995. Madrid, 1995.

<sup>65</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Países e regiões*: Mercosul. 2016. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/mercosul/>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

China nessa disputa. Além disso, os investidores europeus foram alvo dos mercados do Mercosul, especialmente os do Brasil e da Argentina<sup>66</sup>.

Desde então, as negociações foram oscilaram. Após o estabelecimento do acordo-quadro, foram retomadas as negociações de um Acordo de Associação, que incluiu três capítulos: diálogo político, cooperação e comércio<sup>67</sup>. As negociações foram suspensas em 2004 devido a discordâncias entre as partes e à preferência brasileira para negociações multilaterais na OMC<sup>68</sup>. Entretanto, as relações políticas entre os dois blocos progrediram, criando condições para novas negociações em três áreas: ciência e tecnologia, infraestrutura e energias renováveis<sup>69</sup>. Em 2010, as negociações do Acordo de Associação foram relançadas na Reunião de Cúpula UE-ALC de Madrid. Os dois blocos negociaram uma ampla agenda comercial, incluindo comércio de bens industriais e agrícolas, serviços, compras governamentais, propriedade intelectual, facilitação do comércio e barreiras técnicas ao comércio<sup>70</sup>. A primeira troca de propostas entre o Mercosul e a UE ocorreu em maio de 2016, mas a conclusão bem-sucedida de um acordo comercial enfrenta resistência de ambas as partes<sup>71</sup>.

Vários fatores explicam o relançamento das negociações Mercosul-UE. Por um lado, a União Europeia está utilizando negociações bilaterais para proteger o seu território latino-americano das incursões agressivas da China<sup>72</sup>. A União Europeia também pode estar usando o já existente quadro de negociações para ganhar uma vantagem competitiva em relação aos Estados Unidos. Num cenário em que a TPP viesse a existir e a Aliança do Pacífico adotasse os padrões TPP, a União Europeia pode ter pensado usar o Quadro Mercosul-UE para disseminar seus próprios padrões regulatórios no Cone Sul americano.

Esses movimentos revelam que, embora as negociações entre o Mercosul e a União Europeia tenham começado há mais de uma década, a agenda incorporou tópicos que se tornaram cada vez mais parte das negociações comerciais da União Europeia, que culminaram nos modelos exitosos de acordos comerciais com a Coreia do Sul (EU-Korea) e com o Canadá (CETA)<sup>73</sup>. Se as negociações entre o Mercosul e a União Europeia tiverem êxito, essa a megaregulação afetaria a política de comércio exterior brasileira.

Algum avanço ocorreu nas negociações EU-Mercosul nos últimos meses. A vigésima nona e a trigésima rodadas de negociação ocorreram entre outubro e novembro de 2017, ficando a trigésima primeira rodada marcada para dezembro do mesmo ano. As negociações parecem avançadas em vários dos tópicos, mas divergências relevantes em relação ao tratamento das empresas estatais ainda estão em aberto. Representantes da União Europeia sugerem ainda não terem conseguido elaborar uma contraproposta nesse ponto e, principalmente, no setor da agricultura, para dar continuidade às negociações com o Mercosul<sup>74</sup>.

<sup>66</sup> KEGEL, Patrícia Luiza; AMAL, Mohamed. Perspectivas das negociações entre o Mercosul e a União Europeia em um contexto de paralisia do sistema multilateral e da nova geografia econômica global. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 33, n. 2, p. 341-359, abr./jun. 2013.

<sup>67</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Países e regiões: Mercosul*. 2016. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/mercosur/>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>68</sup> KEGEL, Patrícia Luiza; AMAL, Mohamed. Perspectivas das negociações entre o Mercosul e a União Europeia em um contexto de paralisia do sistema multilateral e da nova geografia econômica global. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 33, n. 2, p. 341-359, abr./jun. 2013.

<sup>69</sup> MERCOSUL; UE. *Reunião de Cúpula Mercosul-União Europeia*, “Declarações conjuntas”, de 17 de maio de 2008. 9541/1/08 REV 1 Presse 132.

<sup>70</sup> MERCOSUL; UE. *IV Reunião de Cúpula União Europeia-Mercosul*. “Comunicados conjuntos”, 17 de maio de 2010, 9870/10 Presse 129.

<sup>71</sup> MOREIRA, Assis. UE e Mercosul impõem condições para abrir mercados. *Valor Econômico*, São Paulo, jun. 2016. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/4595933/ue-e-mercosul-impoem-condicoes-para-abrir-mercados>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>72</sup> WOUTERS, Jan et al. *China, the European Union and the developing world: a triangular relationship*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015.

<sup>73</sup> KEGEL, Patrícia Luiza; AMAL, Mohamed. Perspectivas das negociações entre o Mercosul e a União Europeia em um contexto de paralisia do sistema multilateral e da nova geografia econômica global. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 33, n. 2, p. 341-359, abr./jun. 2013.

<sup>74</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Report from the XXIXth round of negotiations of the Trade Part of the Association Agreement between the European Union and Mercosur*. 2017. Disponível em: <[https://cdn4-eas.fpfis.tech.ec.europa.eu/cdn/farfuture/O4IwDqp-KqjBab-GIr-fUzSsv4D7uKXZYophOb6ous/mtime:1508758149/sites/eas/files/tradoc\\_156336.pdf](https://cdn4-eas.fpfis.tech.ec.europa.eu/cdn/farfuture/O4IwDqp-KqjBab-GIr-fUzSsv4D7uKXZYophOb6ous/mtime:1508758149/sites/eas/files/tradoc_156336.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2018;

#### d) Relações exploratórias com os Estados Unidos

Os EUA são o segundo maior parceiro comercial do Brasil, depois da China<sup>75</sup>. Surpreendentemente, o Brasil não tem acordos bilaterais de comércio com nenhum deles. Enquanto leva-se em conta a resistência do Brasil em negociar ou fazer parte de acordos comerciais maiores, nos últimos dois anos, o Brasil e os Estados Unidos desenvolveram uma abordagem dinâmica e pragmática da regulação do comércio. Em vez de depender de acordos de tipo tratado, desenvolveram um esquema de cooperação regulatória que distribui a administração das relações comerciais entre o departamento de comércio de cada país, os órgãos normativos gerais e as iniciativas setoriais específicas da indústria. Padrões e processos de tipo TPP desempenham um papel em algumas dessas iniciativas.

O processo colaborativo opera em vários níveis. O primeiro nível envolve amplos memorandos de entendimento e intenção assinados pelos Departamentos de Comércio, lançando cooperação e facilitação do comércio e padrões regulatórios<sup>76</sup>. Esses memorandos de intenção servem como acordos gerais para promover a cooperação bilateral nos níveis 2 e 3. O nível 2 envolve acordos para que os organismos públicos e privados de regulação no Brasil e nos EUA padronizem os processos de certificação<sup>77</sup>. O nível 3 envolve a cooperação setorial entre indústrias nos Estados Unidos e no Brasil que são projetadas para desenvolver padrões comuns da indústria. Isso inclui a cooperação em peças, maquinaria, eletrônicos e indústrias de iluminação. Recentemente a *Underwriters Laboratory* anunciou que está preparada para fazer testes no Brasil<sup>78</sup>. Isso facilitará as exportações de produtos brasileiros para os Estados Unidos. De acordo com as regras atuais, um exportador brasileiro precisa enviar uma amostra da máquina que pretende exportar para o laboratório dos Estados Unidos, num processo que pode demandar mais de um ano para a emissão de um certificado<sup>79</sup>.

#### e) Crescente aproximação da China

Dados sobre o comércio entre Brasil e China e também sobre os fluxos de investimento entre os países têm sido incrementais.

Na relação comercial bilateral, um volume significativo das exportações brasileiras está concentrada em commodities (matérias-primas agrícolas, minerais e metais e seus derivados), enquanto que nossa impor-

---

EUROPEAN COMMISSION. *Report from the XXXth round of negotiations of the Trade Part of the Association Agreement between the European Union and Mercosur*. Disponível em: <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/november/tradoc\\_156408.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/november/tradoc_156408.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2018. COHEN, Luc; BOADLE, Anthony. EU stalls on new Mercosur trade offers, delaying deal: source. *Reuters*, dez. 2017. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-eu-mercotur/eu-stalls-on-new-mercotur-trade-offers-delaying-deal-source-idUSKBN1E61QR>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>75</sup> Entre 2011 e 2015, aproximadamente 15,1% das importações totais do Brasil eram provenientes dos Estados Unidos, e 11,2% das exportações totais do Brasil para os Estados Unidos. BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Estados Unidos: intercâmbio comercial com o Brasil e Comércio Exterior*. Disponível em: <<https://investexportbrasil.dpr.gov.br/arquivos/IndicadoresEconomicos/web/pdf/INDEEstadosUnidos.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>76</sup> INTERNATIONAL TRADE ADMINISTRATION. *The U. S. - Brazil Commercial Dialogue Joint Statement*. Washington. 2015. Disponível em: <<https://www.trade.gov/bcd/JointStatements.asp>>. Acesso em: 12 fev. 2017.; INTERNATIONAL TRADE ADMINISTRATION. *Joint Statement of the 13th edition of the Brazil-U.S. Commercial Dialogue*. 2015. Disponível em: <<https://www.trade.gov/bcd/JointStatements.asp>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

<sup>77</sup> As partes acordaram em apoiar o intercâmbio de informações sobre as melhores práticas em matéria de avaliação da conformidade e de superação dos obstáculos técnicos ao comércio, promover o intercâmbio científico e técnico e melhorar o conhecimento da indústria sobre os requisitos de conformidade. INSTITUTO NACIONAL AMERICANO DE PADRÕES. Signs Implementation Plan for U.S. – Brazil Standards Portal. *ANSI News and Publications*, Washington, mar. 2015. Disponível em: <[https://www.ansi.org/news\\_publications/news\\_story.aspx?menuid=7&articleid=0eb8d305-af9b-4f82-902d-fe199cbc7ed0](https://www.ansi.org/news_publications/news_story.aspx?menuid=7&articleid=0eb8d305-af9b-4f82-902d-fe199cbc7ed0)>. Acesso em: 3 fev. 2018; INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL; UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE. *Memorandum of Understanding on Patent Prosecution Highway Pilot Program*. 2015. Disponível em: <[http://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/PPH\\_MOU\\_and\\_Workplan\\_USPTO-INPI.pdf](http://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/PPH_MOU_and_Workplan_USPTO-INPI.pdf)>. Acesso em: 3 fev. 2018; e publicação sem autoria, conjunta entre o Departamento de Comércio dos Estados Unidos e o MDIC.

<sup>78</sup> BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. *Brasil e EUA negociam medidas de facilitação de comércio*. 2016. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/noticias/109-comercio-exterior/933-brasil-e-eua-negociam-medidas-de-facilitacao-de-comercio>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>79</sup> Essas informações foram confirmadas em entrevista com um funcionário do governo brasileiro, que preferiu anonimato, conduzida pelos autores.



tação da China se concentra em produtos manufaturados. Mesmo com esse padrão de comércio bilateral, tendo maior valor agregado nas importações da China, tem-se um superávit comercial em favor do Brasil que faz com que 40% do superávit total da balança comercial brasileira seja atribuído à China<sup>80</sup>.

Especificamente na área de investimentos, a estratégia das empresas chinesas no Brasil tem sido apresentada em quatro fases. Na primeira, o foco foi no setor de petróleo, passando para o setor de máquinas e autopeças na segunda fase, a partir de 2011, e chegando ao setor financeiro em 2013. Uma terceira fase teria começado em 2015, quando a China alavancou sua capacidade de investimento no restante do mundo, passando a realizar aquisições no setor de produção e transmissão de energia elétrica no Brasil. Nesse momento, consolidou-se, também, a estratégia de realizar fusões e aquisições para ingresso no mercado brasileiro como investidor direto. Por fim, as empresas chinesas estão iniciando o acesso no setor de infraestrutura numa quarta fase da estratégia de investimento estrangeiro da China no Brasil<sup>81</sup>.

Ponto interessante é que os bancos públicos chineses, com destaque para o *China Development Bank* e o *China Export-Import Bank*, têm conferido empréstimos significativos na região da América Latina. Seguindo a Venezuela, o Brasil é o país que mais tem se beneficiado dessas linhas de empréstimo, com uma média calculada em US\$36,8 bilhões<sup>82</sup>; sendo que, em 2016, o Brasil foi o país privilegiado nessa relação recebendo 72% dos empréstimos chineses para a região<sup>83</sup>.

O atual governo brasileiro se coloca publicamente como favorável a estreitar laços econômicos com a China e pode ter interesse em negociar um acordo de investimento no estilo dos ACFIs<sup>84</sup>. Um acordo comercial seria mais difícil, pela resistência do empresariado brasileiro, que historicamente teme a concorrência das empresas chinesas se estas vierem a operar em condições ainda favoráveis no Brasil<sup>85</sup>. De todo modo, representantes do empresariado, como a Fiesp, já chamam atenção dos bancos chineses como uma alternativa relevante para a indústria brasileira levantar crédito<sup>86</sup>.

A iniciativa diplomática de mais alto nível para aproximar-se do Brasil e também do restante da América Latina parece vir da China. A Comunidade de Países Latino Americanos e Caribenhos (CELAC) deve servir como veículo para o estreitamento de laços com o Brasil, diante da recente iniciativa chinesa de integrar o bloco latino-americano à iniciativa *One Belt, One Road* (OBOR).<sup>87</sup>

Se, por um lado, a China tem se associado a essa estratégia de promoção de acordos-padrão (como a

<sup>80</sup> MORTATTI, Caio M.; MIRANDA, Silvia H.; BACCHI, Miriam Rumenos. Determinantes do comércio Brasil-China de commodities e produtos industriais: uma aplicação VECM. *Economia Aplicada*, v. 15, n. 2, p. 311-335, 2011. Os autores analisam as condicionantes deste padrão de comércio bilateral. A tendência se mantém em 2017, conforme dados fornecidos em entrevista do atual Embaixador brasileiro na China, Marcos Caramuru. CAMPOS, Ana Cristina. Relação entre Brasil e China é dinâmica, diz embaixador em Pequim. *Agência Brasil*, jun. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-06/relacao-bilateral-entre-brasil-e-china-e-dinamica-diz-embaixador-em-pequim>>. Acesso em: 3 de fev. 2018.

<sup>81</sup> BUSTELO, Santiago; CARIELLO, Tulio; FRAGOSO, Gabriel. *Investimentos Chineses no Brasil 2016*. Disponível em: <[http://www.cebc.org.br/sites/default/files/investimentoschinesesnobrasil2016\\_pt.pdf](http://www.cebc.org.br/sites/default/files/investimentoschinesesnobrasil2016_pt.pdf)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>82</sup> GALLAGHER, Kevin P.; MARGARET Myers. *China-Latin America Finance Database* [Banco de Dados]. Washington: Inter-American Dialogue, 2016.

<sup>83</sup> GALLAGHER, Kevin P.; MARGARET Myers. *China-Latin America Finance Database* [Banco de Dados]. Washington: Inter-American Dialogue, 2016. p. 1.

<sup>84</sup> CAMBERO, Fabian; SHERWOOD, Dave. China invites Latin America to take part in One Belt, One Road, *Reuters*, jan. 2018. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-chile-china/china-invites-latin-america-to-take-part-in-one-belt-one-road-idUSKBN1FB2CN>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>85</sup> EMBAIXADOR chinês mira resistência de empresários brasileiros. *IG*, São Paulo, out. 2012. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/empresas/comercioservicos/2012-09-03/embaixador-chines-mira-resistencia-de-empresarios-brasileiros.html>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>86</sup> FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Cinco maiores bancos da China apresentam oportunidades de financiamento na Fiesp*. 2017. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/cinco-maiores-bancos-da-china-apresentam-opportunidades-de-financiamento-na-fiesp/>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>87</sup> CAMBERO, Fabian; SHERWOOD, Dave. China invites Latin America to take part in One Belt, One Road, *Reuters*, jan. 2018. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-chile-china/china-invites-latin-america-to-take-part-in-one-belt-one-road-idUSKBN1FB2CN>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

iniciativa do RCEP); por outro, tem sido flexível em se adaptar ao perfil dos seus parceiros econômicos e tem lançado, também, iniciativas próprias de coordenação internacional, como é o caso do seu ambicioso projeto OBOR, mais recentemente renomeado como *Belt and Road Initiative* (BRI). O Brasil, até o momento, não assinou nem indicou a intenção de assinar “acordos-padrão” com a China e suas relações bilaterais têm se estruturado por outros tipos de acordos bilaterais, em formatos variados, como acordos de cooperação. Estima-se também que parte significativa das relações econômicas estejam adstritas às regras de contratos privados.

#### **f) Participação contínua na OMC**

O último pilar é a OMC. O Brasil permanece membro da OMC, e empurra agendas comerciais como a agricultura, que não são negociadas bilateralmente, e faz uso contínuo do mecanismo de solução de controvérsias da Organização, sendo um dos membros mais ativos no sistema. Além disso, recentemente, o Brasil demonstrou estar aberto a discutir temas sobre os quais tem sido há muito tempo resistente na OMC. Nesse sentido, a recente negociação das regras de contratos públicos com o Peru pode promover o interesse futuro no acordo plurilateral de compras governamentais na OMC. No mesmo sentido, o recente anúncio do governo brasileiro de sua intenção de aderir às negociações do novo Acordo de Comércio de Serviços, um acordo plurilateral destinado a liberalizar o comércio mundial de serviços em setores como o bancário, saúde e transportes, é outro sinal de abertura a futuras negociações nos mesmos termos na OMC<sup>88</sup>. Por último, mas não menos importante, o Brasil provavelmente continuará usando o mecanismo de solução de controvérsias da OMC para promover sua agenda econômica mais ampla.

#### **g) Pleito de adesão à OCDE**

A parceria entre o Brasil e a OCDE foi iniciada em 1994. Desde então, o Brasil tornou-se membro associado de vários conselhos setoriais e participa de diversos comitês da entidade, como o de agricultura e investimentos, além de ser signatário de 31 instrumentos legais da organização<sup>89</sup>.

Em maio de 2017 o Brasil protocolou o pedido de entrada na OCDE. A expectativa do governo era de que a aprovação inicial se desse em julho e que, antes do final de 2018, fosse possível cumprir com os requisitos e completar o processo. Todavia, a Organização tem negado a entrada ao Brasil como membro pleno. As razões imediatas do bloqueio, não exclusivo ao Brasil, devem-se fundamentalmente aos norte-americanos, que não estão de acordo com a ampliação rápida e aparentemente sem critérios da Organização<sup>90</sup>.

O Brasil entende como pontos positivos dessa aproximação e adesão à OCDE: (i) favorecer políticas públicas voltadas para o equilíbrio macroeconômico, a abertura comercial (reformas que já estão em curso no país) e o livre mercado; (ii) ter acesso mais efetivo ao debate sobre fronteira do conhecimento em políticas tecnológicas, econômicas e sociais; (iii) fortalecer a credibilidade do país com o perfil de tais reformas e, assim, tornar-se mais propenso à recepção do investimentos estrangeiros; dar maior compreensão e visibilidade aos posicionamentos técnicos brasileiros; e, por fim, (iv) aumentar as possibilidades para iniciativas de cooperação triangular entre o Brasil, países em desenvolvimento e membros da OCDE em projetos internacionais<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> RITTNER, Daniel. País muda de posição e vai negociar adesão ao acordo de serviços na OMC. *Valor Econômico*, São Paulo, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4608199/pais-muda-de-posicao-e-vai-negociar-adesao-acordo-de-servicos-na-omc>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>89</sup> SANCHEZ BADIN, Michelle Rattón. *O Brasil e a OCDE: uma aproximação pelas bordas*. 2008. Disponível em <[http://www.cindesbrasil.org/site/index.php?option=com\\_jdownloads&Itemid=0&view=finish&cid=479&catid=7](http://www.cindesbrasil.org/site/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=0&view=finish&cid=479&catid=7)>. Acesso em: 3 fev. 2018. Uma atualização das relações formais, dos comitês e acordos dos quais o Brasil participa, como parte ou observador. FERNANDES, Daniela. Os prós e contras de o Brasil entrar na OCDE, ‘o clube dos ricos’. *BBC Brasil*, jun. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-40140913>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>90</sup> FREITAS, Antônio. Os tropeços do Brasil no caminho rumo à OCDE. *Nexo Jornal*, dez. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2017/Os-trope%C3%A7os-no-caminho-do-Brasil-rumo-%C3%A0-OCDE>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

<sup>91</sup> FERNANDES, Daniela. Os prós e contras de o Brasil entrar na OCDE, ‘o clube dos ricos’. *BBC Brasil*, jun. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-40140913>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

Por outro lado, há o questionamento dos custos e vantagens desse processo de adesão. Questiona-se se, no atual cenário da política econômica brasileira e internacional, vale a pena empregar esforços para ingressar na OCDE. Isso porque, talvez, entrar na Organização de forma apressada pode fazer com que os países desenvolvidos se aproveitem para obter concessões importantes do Brasil. Ademais, o Brasil teria de aderir a estruturas financeiras, tributárias, regulatórias e ambientais das quais não participou da elaboração, e as quais, de forma geral, são moldadas à realidade dos países ricos. Por fim, a adoção dessas políticas ainda teria o risco de enfraquecer as articulações com os países em desenvolvimento.

No mesmo sentido, não há relação direta entre aumento de investimento e ser membro da OCDE. Cinco das dez economias que mais atraem Investimentos Estrangeiros Diretos (IED) no mundo, entre elas Brasil e China, não são membros da organização. Críticos do pedido de adesão também afirmam que ele representa uma mudança puramente ideológica na política externa, com implicações nas alianças com os países em desenvolvimento.<sup>92</sup> Segundo especialistas, com a adesão, o Brasil teria de abdicar da pretendida liderança entre os países em desenvolvimento, reunidos no chamado grupo G77 mais a China. Ademais, o Brasil é o único dos Brics que disputa adesão (a Rússia foi barrada em 2014 em função dos acontecimentos na Crimeia). Por que a China, Índia, África do Sul e Indonésia, entre outros grandes países em desenvolvimento, não demonstram interesse em entrar para a OCDE?

Por fim, mas não menos relevante, consideram-se os custos de participar de uma organização tão dinâmica como a OCDE, já que as negociações para a adesão implicam gastos significativos. Se aceito como membro pleno, o país terá de contribuir anualmente para o orçamento da organização. Há contribuições obrigatórias, que levam em conta o tamanho do PIB, e outras voluntárias.

## 5 Considerações finais

O que irá acontecer? A situação é complexa e carregada de incertezas. Há muita retórica sobre a necessidade de mudança e alguns chamados de alinhamento em relação a políticas como as do TPP e seus congêneres (CPTPP e RCEP, por exemplo). Além do nível da retórica nas negociações comerciais reais, podemos perceber a influência dos padrões-TTP no trato do Brasil com uma Aliança do Pacífico alinhada a tal movimento, e ao explorar relações mais estreitas com os Estados Unidos: em ambos os casos o modelo TPP influencia as negociações. O Brasil está buscando fortalecer as suas relações com a Aliança do Pacífico com o objetivo de proteger os seus mercados naqueles países da competição asiática. Enquanto faz isso, está enfrentando pressão do outro lado para aderir a alguns dispositivos, tais quais os do TPP, que foram incorporados por esses países. Ao mesmo tempo, ao passo que o Brasil busca facilitar o comércio com os Estados Unidos, também adere a diversos acordos menores, e encontra-se, também, enfrentando políticas do padrão TPP, tais como aquelas que promovem a coerência regulatória e regulam assinaturas digitais.

A retirada dos Estados Unidos do TPP desarranjou a formulação de políticas comerciais em muitos lugares, incluindo no Brasil. Um primeiro resultado foi a repactuação do TPP entre os onze outros signatários, com a revisão de alguns compromissos, o que resultou no CPTPP. Ainda é difícil fazer uma avaliação sobre o potencial de influência deste acordo para além da região Ásia-Pacífico. Um outro resultado é dar poder à China, que está buscando a implementação da RCEP em um formato próximo ao da “ASEAN+6”. Muitos desses países são signatários do TPP e alguns são países com os quais o Brasil poderá buscar novos acordos comerciais. Recentemente, houve propostas que previam a expansão da RCEP, de modo a incluir membros da Aliança do Pacífico. A RCEP está negociando novos padrões — alguns dos quais foram moldados a partir do TPP e que contarão com as novas regras do CPTPP — em muitas áreas que poderiam ser de interesse

<sup>92</sup> FREITAS, Antônio. Os tropeços do Brasil no caminho rumo à OCDE. *Nexo Jornal*, dez. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2017/Os-tropeços-do-Brasil-no-caminho-do-Brasil-rumo-%C3%A0-OCDE>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

brasileiro. É muito cedo ainda para avaliar a importância desses desenvolvimentos, contudo, é provável que haja impacto no Brasil mais adiante.

Ao que parece, o Brasil tende a permanecer à sombra dos megaregionais no futuro próximo. Com a saída dos Estados Unidos do TPP e a concentração das negociações no CPTPP, é menos provável que o Brasil se apresse em mudar suas políticas em uma ou outra direção. Políticas comerciais ao redor do mundo estão repletas de incertezas que irão afetar o curso e as possíveis escolhas de aliados do Brasil. Ademais, haja vista que a situação do governo brasileiro pós-impeachment não foi capaz de implementar as reformas estruturais, o experimento pragmático foi o que sustentou todos os pilares da política externa, tais quais indicados acima. Há um grau de incerteza sobre o impacto das eleições de 2018 sobre a agenda de comércio e investimento. Contudo, os seguintes elementos tendem a continuar em pauta:

- a) O Brasil irá continuar a estreitar os seus laços comerciais e de investimento com economias de médio porte. Em algumas dessas negociações é possível aceitar provisões do padrão-TPP que foram aceitas pelos países membros do TPP, pelos membros da Aliança do Pacífico e por outros parceiros.
- b) Os atuais governos pró-livre mercado no Brasil e na Argentina farão do Mercosul novamente o palco central de suas negociações comerciais e não apenas um foro para concessões tarifárias. Novos acordos e um estreitamento de acordos existentes podem ocorrer entre os países do Mercosul, e entre o Mercosul e outros países e blocos.
- c) O Brasil permanecerá aberto a negociações bilaterais com as principais economias, incluindo Estados Unidos, União Europeia, Canadá, Japão e Coreia do Sul. Na medida em que essas negociações se desenvolverem, podem esses parceiros exigir do Brasil a aderência a alguns dos padrões-TPP. Não está claro se tais esforços terão sucesso, especialmente se entrarem em rota de colisão com políticas estatais desenvolvimentistas.
- d) O Brasil continuará a explorar acordos de facilitação comercial e medidas de coerência regulatória com os Estados Unidos, incluindo algumas medidas no padrão TPP. Com a queda do governo do PT, o Brasil está aberto a explorar acordos de livre comércio bilaterais e outras formas de integração econômica com os Estados Unidos.
- e) Apesar de a China ser o mais importante parceiro comercial do Brasil e ter aumentado significativamente os seus investimentos no Brasil nos últimos dois anos, um acordo comercial com esse país permanece improvável. A China nunca pressionará por isso, e a indústria brasileira irá continuar a pressionar o seu governo no sentido de rejeitar a negociação de acordos comerciais com a China por medo da competição crescente. Por outro lado, um acordo de investimento modelado a partir do exemplar ACFI brasileiro é, potencialmente, de interesse do Brasil. O mais provável é que essas relações se estruturam em outros formatos, mais amplos, como de cooperação internacional ou contratos privados, seguindo a tendência da BRI.

Qual será o impacto de todos esses fatores para o desenvolvimentismo brasileiro? Vemos o desenvolvimentismo profundamente enraizado no Brasil e é improvável que ele passe por mudanças substanciais no futuro próximo. Em que pesem as pressões diretas e indiretas para se alinhar com as políticas neoliberais, o Brasil muito provavelmente continuará a usar uma variedade de estratégias para proteger os elementos centrais do seu modelo de desenvolvimento dos compromissos internacionais.



## Agradecimentos

Este artigo se baseia em working paper intitulado “*Brazil in the shadow of megaregional trade and investment standards: beyond the grand debate, pragmatic response*”, discutido privadamente no âmbito do projeto MegaReg IILJ/ NYU Law. Alterações no texto original foram feitas, atualizando e contextualizando o seu conteúdo. Somos gratos a muitos dos debates no âmbito daquele projeto, especialmente àqueles apresentados por Andrew Hurrell, Lia Valls Pereira e os participantes da conferência bienal da American Society of International Law International Economic Law Interest Group (2016) e do workshop UNU/GRIPS/NYU (2016). Agradecemos também a Bruno Pegorari, Inaê Oliveira, Gabriel Lee, Laura Sanchotene Guimarães, Sarah Marinho e Helena Funari pela assistência, em momentos específicos, na pesquisa e apoio editorial, bem como membros do grupo de pesquisa CNPq Direito, Globalização e Desenvolvimento (FD/UFRGS) pela primeira versão em português deste texto. Os erros são, no entanto, exclusivamente de responsabilidade nossa.

## Referências

AMORIM, Celso. Guinada à direita do Itamaraty. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, maio 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/05/1773728-guinada-a-direita-no-itamaraty.shtml>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

AMORIM, Celso. O Brasil e os novos acordos comerciais. *Carta Capital*, São Paulo, maio 2016. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/900/o-brasil-e-os-novos-acordos-comerciais>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

ARENHART, Fernando Santos. Investimento estrangeiro: o padrão de tratamento justo e equitativo e o papel da boa-fé. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 154-169, 2013.

BACHA, Edmar. *Integrar para crescer 2.0*. 2016. Disponível em: <<http://iepecdg.com.br/wp-content/uploads/2016/08/160914INTEGRARPARACRESCER2-0x.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BADIN, Michelle R. S. Navigating between resistance and conformity with the international investment regime: the Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFIs). In: MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Rattón Sanchez (Eds.). *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge: CUP, 2017.

BADIN, Michelle Rattón Sanchez; LUIS, Daniel Tavela; OLIVEIRA, Mario Alfredo de. Uma proposta de reflexão sobre os ACFIs: até que ponto o tratamento de nação mais favorecida pode minar a estratégia política que os embasa? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 159-177, 2017.

BADIN, Michelle Rattón Sanchez; OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado (Eds.). *Tendências Regulatórias nos Acordos Preferenciais de Comércio no Século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia*. Brasília: IPEA, 2013.

BAS, Magdalena. América do Sul em face dos tratados bilaterais de investimento: rumo ao retorno do Estado na solução de controvérsia? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 132-144, 2016.

BASILE, Juliano. País negocia acordo de compras governamentais no Mercosul. *Valor Econômico*, São Paulo, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4617939/pais-negocia-acordo-de-compras-governamentais-no-mercosul>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BELUZZO, Luiz Gonzaga. O desenvolvimentismo de direita. *Carta Capital*, São Paulo, mar. 2012. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/economia/o-desenvolvimentismo-de-direita>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BONOMO, Diego. Entrevista. *Agência CNI*, São Paulo, out. 2015. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 42 de 27 de março de 2017*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2017/decretolegislativo-42-24-marco-2017-784522-norma-pl.html>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 4.383 de 23 de setembro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4383.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4383.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 2519, de 16 de março de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 5.361, de 31 de janeiro de 2005*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5361.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5361.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 5.651, de 29 de dezembro de 2005*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5651.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 8.996, de 2 de março de 2017*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D8996.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D8996.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12965 de 23 de abril de 2014*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.123 de 20 de maio de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. *Blocos e países, Janeiro 1997 – set 2016*. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/estatisticas-de-comercio-exterior/series-historicas>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. *Brasil e EUA negociam medidas de facilitação de comércio*. 2016. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/noticias/109-comercio-exterior/933-brasil-e-eua-negociam-medidas-de-facilitacao-de-comercio>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Estados Unidos: intercâmbio comercial com o Brasil e Comércio Exterior*. Disponível em: <<https://investexportbrasil.dpr.gov.br/arquivos/IndicadoresEconomicos/web/pdf/INDEstadosUnidos.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Notas do discurso do Ministro José Serra por ocasião do evento “Global Agribusiness Forum 2016 - agriculture of tomorrow - doing more with less”*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/discursos-artigos-e-entrevistas-categoria/ministro-das-relacoes-exteriores-discursos>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL; COLÔMBIA. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República da Colômbia*. 2015. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4714>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL; ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Acordo de Complementação Econômica n. 53 entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos*. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivos/ace53bramex02protad.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BRASIL; PERU. *Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre Brasil e Peru*. 2016. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/convenios/9-assuntos/categ-comercio-exterior/1508-acordo-de-ampliacao-economico-comercial-brasil-peru-ainda-sem-vigencia>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

BUSTELO, Santiago; CARIELLO, Tulio; FRAGOSO, Gabriel. *Investimentos Chineses no Brasil 2016*. Disponível em: <[http://www.cebc.org.br/sites/default/files/investimentoschinesesnobrasil2016\\_pt.pdf](http://www.cebc.org.br/sites/default/files/investimentoschinesesnobrasil2016_pt.pdf)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

CAMBERO, Fabian; SHERWOOD, Dave. China invites Latin America to take part in One Belt, One Road, *Reuters*, jan. 2018. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-chile-china/china-invites-latin-america-to-take-part-in-one-belt-one-road-idUSKBN1FB2CN>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

CARVALHO, Felipe Augusto Torres; LEITE, Alexandre César Cunha Leite. Acordo de Associação Inter-Regional MERCOSUL – União Europeia: entraves à aprovação e perspectivas futuras. *Século XXI*, v. 4, p. 110-114, 2013.

CERVO, Amado; LESSA, Antônio Carlos. O declínio: inserção internacional do Brasil (2011-2014). *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 57, n. 2, p. 133-151, jul./dez. 2014.

COHEN, Luc; BOADLE, Anthony. EU stalls on new Mercosur trade offers, delaying deal: source. *Reuters*, dez. 2017. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-eu-mercosur/eu-stalls-on-new-mercosur-trade-offers-delaying-deal-source-idUSKBN1E61QR>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

COLBY, Seth. *Searching for institutional solutions to industrial policy challenges: a case study of the Brazilian Development Bank*. Tese (Doutorado) – Universidade Johns Hopkins, Baltimore, 2013.

CORREA, Carlos M. O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos por países em desenvolvimento. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 24-37, 2005.

COZENDEY, Carlos Marcio Bicalho; CAVALCANTE, Pedro Mendonça. Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimento (ACFI). *Cadernos de Política Exterior*, v. 87, n. 1, p. 87-110, 2015.

EMBAIXADOR chinês mira resistência de empresários brasileiros. *IG*, São Paulo, out. 2012. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/empresas/comercioservicos/2012-09-03/embaixador-chines-mira-resistencia-de-empresarios-brasileiros.html>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

ESTEVAO, Marcello. O Brasil na OCDE: o que está em jogo? *Brazil Journal*, jun. 2017. Disponível em: <<http://braziljournal.com/o-brasil-na-ocde-o-que-esta-em-jogo->>. Acesso em: 22 maio 2018.

EUROPEAN COMMISSION. *Report from the XXIXth round of negotiations of the Trade Part of the Association Agreement between the European Union and Mercosur*. 2017. Disponível em: <[https://cdn4-eeas.fpfis.tech.ec.europa.eu/cdn/farfuture/O4IwDqp-KqjBabGIr-fiUtZSsv4D7uKXZYophOb6ous/mtime:1508758149/sites/eeas/files/tradoc\\_156336.pdf](https://cdn4-eeas.fpfis.tech.ec.europa.eu/cdn/farfuture/O4IwDqp-KqjBabGIr-fiUtZSsv4D7uKXZYophOb6ous/mtime:1508758149/sites/eeas/files/tradoc_156336.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2018.

EUROPEAN COMMISSION. *Report from the XXXth round of negotiations of the Trade Part of the Association Agreement between the European Union and Mercosur*. Disponível em: <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/november/tradoc\\_156408.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/november/tradoc_156408.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2018.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Cinco maiores bancos da China apresentam oportunidades de financiamento na Fiesp*. 2017. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/cinco-maiores-bancos-da-china-apresentam-oportunidades-de-financiamento-na-fiesp/>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

FERNANDES, Daniela. Os prós e contras de o Brasil entrar na OCDE, ‘o clube dos ricos’. *BBC Brasil*, jun. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-40140913>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

FIORI, José Luís. O desenvolvimentismo de esquerda. *Carta Maior*, São Paulo, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Coluna/O-desenvolvimentismo-de-esquerda-/26585>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

FREITAS, Antônio. Os tropeços do Brasil no caminho rumo à OCDE. *Nexo Jornal*, dez. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2017/Os-trope%C3%A7os-no-caminho-do-Brasil-rumo-%C3%A0-OCDE>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

GALLAGHER, Kevin P.; MARGARET Myers. *China-Latin America Finance Database* [Banco de Dados]. Washington: Inter-American Dialogue, 2016.

GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. Brics: desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 341-356, 2017.

INSTITUTO NACIONAL AMERICANO DE PADRÕES. Signs Implementation Plan for U.S. – Brazil Standards Portal. *ANSI News and Publications*, Washington, mar. 2015. Disponível em: <[https://www.ansi.org/news\\_publications/news\\_story.aspx?menuid=7&articleid=0eb8d305-af9b-4f82-902d-fe199cbc7ed0](https://www.ansi.org/news_publications/news_story.aspx?menuid=7&articleid=0eb8d305-af9b-4f82-902d-fe199cbc7ed0)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL; UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE. *Memorandum of Understanding on Patent Prosecution Highway Pilot Program*. 2015. Disponível em: <[http://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/PPH\\_MOU\\_and\\_Workplan\\_USPTO-INPI.pdf](http://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/PPH_MOU_and_Workplan_USPTO-INPI.pdf)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

INTERNATIONAL TRADE ADMINISTRATION. *Joint Statement of the 13th edition of the Brasil-U.S. Commercial Dialogue*. 2015. Disponível em: <<https://www.trade.gov/bcd/JointStatements.asp>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

INTERNATIONAL TRADE ADMINISTRATION. *The U.S. - Brazil Commercial Dialogue Joint Statement*. Washington. 2015. Disponível em: <<https://www.trade.gov/bcd/JointStatements.asp>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

KEGEL, Patrícia Luiza; AMAL, Mohamed. Perspectivas das negociações entre o Mercosul e a União Europeia em um contexto de paralisia do sistema multilateral e da nova geografia econômica global. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 33, n. 2, p. 341-359, abr./jun. 2013.

KINGSBURY, Benedict et al. Mega regulation beyond TPP: Criteria for a Truly 21st Century Agreement. *TPP book authors workshop*, NYU Law School, 28 nov. 2016.

LANDIM, Raquel. Bolsa Empresário' resiste a ajuste no governo Temer e deve custar R\$ 224 bi. *Folha de São Paulo*, São Paulo, out. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/10/1823160-subsidios-destinados-a-empresas-resistem-a-ajuste-no-governo-temer.shtml>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

LEMOS, Leany; CAMPELO, Daniela. The Non-ratification of bilateral investment treaties in Brazil: A story of conflict in a land of cooperation. *Review of International Political Economy*, v. 22, n. 5, p. 1055-1086, 2015.

LEO, Sergio. Os acordos que o Brasil pode perder. *Valor Econômico*, São Paulo, fev. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3020222/os-acordos-que-o-brasil-pode-perder>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

LESSA, Antônio Carlos et al. Política externa planejada: os planos plurianuais e a ação internacional do Brasil, de Cardoso a Lula (1995-2008). *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 52, n. 1, p. 89-109, jan./jun. 2009.

MERCOSUL. Conselho do Mercado Comum (CMC). Decisão nº 32. XXIII CMC, Brasília, 2002.



MICHAUD, Etienne. *Driving up local content of Brazilian cars: the inovar-auto program and supply chain strategy*. 2015. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/559484e4e4b0359276bd82c0/t/55fa c767e4b05761ee15a093/1442498407015/BrazilWorks+Briefing+Paper+Sep+2015+-+Inovar-Auto.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

MOREIRA, Assis. UE e Mercosul impõem condições para abrir mercados. *Valor Econômico*, São Paulo, jun. 2016. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/4595933/ue-e-mercosul-impõem-condicoes-para-abrir-mercados>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

MOROSINI, Fabio; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento na emergência de um novo modelo. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 400-428, jul./dez. 2015.

MORTATTI, Caio M.; MIRANDA, Silvia H.; BACCHI, Miriam Rumenos. Determinantes do comércio Brasil-China de commodities e produtos industriais: uma aplicação VECM. *Economia Aplicada*, v. 15, n. 2, p. 311-335, 2011.

NUNES, Aloysio. Mercosur: más comercio, menos barreras. *El Cronista*, Buenos Aires, oct. 2017. Disponível em: <<https://www.cronista.com/columnistas/Mercosur-mas-comercio-menos-barreras-20171025-0030.html>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre Diversidade Biológica*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

PADULA, Raphael. *A aliança do Pacífico, o Brasil e o poder global na integração regional da América do Sul*. 2013. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/315712225/A-Alianca-Do-Pacifico-o-Brasil-e-o-Poder-Global-Raphael-Padula>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

PEREIRA, Mariana Yante Barrêto. O Trans-Pacific Partnership Agreement e seus potenciais impactos para a regulação da biodiversidade no âmbito transnacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 376-389, 2016.

PERRIN, Fernanda. Investimento chinês no Brasil cresce e começa a se diversificar. *Folha de São Paulo*, São Paulo, ago. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/08/1802718-investimento-chines-no-brasil-cresce-e-comeca-a-se-diversificar.shtml>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

PICKER, Colin. The TPP: “Much of a Muchness” or RTA Version 7.0. In: CHAISSE, Julien et al. (Eds.). *The transpacific partnership: a paradigm shift in international trade regulation*. 2017. [no prelo].

RITTNER, Daniel. País muda de posição e vai negociar adesão a acordo de serviços na OMC. *Valor Econômico*, São Paulo, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4608199/pais-muda-de-posicao-e-vai-negociar-adesao-acordo-de-servicos-na-omc>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

SANCHEZ BADIN, Michelle Ratton. *O Brasil e a OCDE: uma aproximação pelas bordas*. 2008. Disponível em <[http://www.cindesbrasil.org/site/index.php?option=com\\_jdownloads&Itemid=0&view=finish&cid=479&catid=7](http://www.cindesbrasil.org/site/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=0&view=finish&cid=479&catid=7)>. Acesso em: 3 fev. 2018.

SARAIVA, Ariane de Oliveira. A Aliança do Pacífico: tensões entre projetos de integração na América Latina. *Pontes*, v. 8, n. 5, p. 14-16, 2012.

SILVA, Eric Moraes Castro e. Os benefícios tributários do programa Inovar-Auto e os princípios da Nação Mais Favorecida e do Tratamento Nacional: uma análise dos argumentos dos painéis atualmente em curso contra o Brasil no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 210-234, 2016.

- TAYLOR, Mathew M. *The unchanging core of Brazilian state capitalism, 1985-2015*. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2674332&download=yes](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2674332&download=yes)>. Acesso em: 3 fev. 2018.
- THORSTENSEN, Vera; FERRAZ, Lucas. Brazil's Isolation in Relation to Trade Agreements and Mega-Agreements. *Boletim de Economia e Política Internacional*, n. 16, p. 5-17, jan./abr. 2014.
- THORSTENSEN, Vera; PASSOS, Pedro. *Correndo atrás dos bondes da história*. 2015. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?5&reuniao=4143&codcol=54>>. Acesso em: 3 fev. 2018.
- TRANS-PACIFIC Partnership. Auckland, 2016. Disponível em: <<https://www.tpp.mfat.govt.nz/text>>. Acesso em: 1 abr. 2018.
- TRUBEK, David et al. (Eds.). *Law and the New Developmental State: the Brazil experience in Latin American context*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- VEIGA, Pedro da Motta; RIOS, Sandra Polónia. *Inserção em cadeias globais de valor e políticas públicas: o caso do Brasil*. 2015. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2069.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2069.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2017.
- VIGEVANI, Tullo; CELUPANI, Gabriel. A política externa de Lula da Silva: a estratégia da autonomia pela diversificação. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 2, p. 273-335, jul./dez. 2007.
- WOUTERS, Jan et al. *China, the European Union and the developing world: a triangular relationship*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Os contratos comerciais na  
Declaração dos Direitos de  
Liberdade Econômica (MP  
881/19)**

**Commercial contracts and  
the Declaration of Economic  
Freedom Rights**

André Lipp Pinto Basto Lupi

# Os contratos comerciais na Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica (MP 881/19)\*

## Commercial contracts and the Declaration of Economic Freedom Rights

André Lipp Pinto Basto Lupi \*\*

### Resumo

A recente edição de Medida Provisória, instituindo a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica, alterou dispositivos do Código Civil e estabeleceu princípios de interpretação que pretendem reduzir o dirigismo sobre os contratos comerciais. Este artigo trata dessas alterações legislativas e busca cotejá-las com outras proposições em trâmite no Congresso Nacional e com posições doutrinárias e jurisprudenciais. O problema de pesquisa consiste em verificar a conveniência e adequação das mudanças realizadas pela Medida Provisória em face dos objetivos da maior liberalização do mercado e segurança jurídica no campo dos contratos empresariais. O artigo apresenta análise crítica do texto da Medida Provisória, com considerações acerca de outras possíveis formas de normatizar os objetivos por ela pretendidos.

**Palavras-chave:** Direitos de Liberdade Econômica; contratos empresariais; Direito Comercial; Função social do contrato; Revisão dos contratos.

### Abstract

The recent Governmental Provisional Measure that institutes the Declaration of Rights of Economic Freedom changed provisions of the Civil Code and established principles of interpretation to reduce State intervention in commercial contracts. This article has as subject those changes, taking into account other proposals under consideration of the National Congress, as well as doctrinal opinions and precedents of the courts. The main question is the convenience and fit of those changes before the objectives of free market and certainty of the law with regard to commercial contracts. The article concludes with a critical analysis of the text of the Provisional Measure, with a set of commentaries about other possibilities to rule on the same objectives aimed by the Provisional Measure.

**Keywords:** Rights of Economic Freedom; commercial contracts; commercial law; social function of the contract; hardship.

\* Guest author / Autor Convidado

\*\* Pós-Doutor em Direito Empresarial (Universidade de Lisboa). Doutor (USP). Bacharel e Mestre (UFSC). Professor do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Advogado. Presidente da Comissão de Direito Empresarial da OAB-SC. Email: andre@mnadvocacia.com.br



# 1 Paradigmas contratuais em choque

A simples leitura da Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica faz saltar aos olhos, de modo reto e evidente, a intenção de promover uma alteração paradigmática na interpretação e aplicação dos contratos comerciais.<sup>1</sup>

Por essa via, deu-se vazão a postulações de boa parte da doutrina comercialista que se posiciona de forma contrária à absorção indevida do Direito Comercial pelo Direito Civil, fruto da adoção de um regime unificado das obrigações privadas pelo Código Civil de 2002.<sup>2</sup>

Com efeito, trata-se de duas formas bastante distintas de reger os contratos comerciais; ou bem eles são tratados como os demais contratos civis, ou são tidos como uma espécie diferente e sujeita a uma distinta constelação de princípios.

Em termos práticos, isso significa que há resistência a fazer-lhes aplicáveis certos princípios do Direito Civil, tais como teoria das nulidades, lesão, onerosidade excessiva, função social do contrato e os deveres laterais de cuidado, corolários da boa-fé objetiva.

Seria lícito, por exemplo, determinar a rescisão antecipada por desequilíbrio nas prestações de um contrato, ainda que decorrente do erro de cálculo inicial de um dos empresários, que fez proposta abaixo do preço que seria possível praticar? Ou desobrigar um empresário de cumprir um contrato ante o argumento de simulação formulado por ele próprio, quando ambas as partes, conscientemente, optaram por um determinado modelo contratual à vista de simular uma situação diferente para o Fisco?

O fundamento da autonomia do Direito Comercial consiste no reconhecimento de sua dinâmica. As relações são travadas entre profissionais (a profissionalidade é essência do Direito Comercial),<sup>3</sup> estabelecidas em busca do lucro (por isso onerosas), devendo o direito tutelar o credor (pois o regime comercialista instituiu-se *in favor creditoris*).<sup>4</sup> Vale, ainda, enfatizar a maior dinamicidade e a praticidade exigidas para a fluidez do tráfico do comércio, levando à liberdade e simplicidade das formas, que permite, inclusive, vocacionar-se ao ambiente cosmopolita.

Tais fundamentos são, de fato, um tanto incompatíveis com o regime de “socialidade” trazido pelo Código Civil de 2002, tal como pensado por Miguel Reale. A consequência prática foi vislumbrar-se a possibilidade de variadas construções hermenêuticas criando aberturas para a revisão judicial dos contratos. A permeabilidade redundou em insegurança jurídica, ao admitir que a palavra dada e posta pudesse ser alvo de dúvida e questionamento em juízo. Somando a isso o longo trâmite dos processos judiciais, que permite a refração dessa dúvida em sucessivas instâncias, chega-se a uma situação em que os contratos tornam-se pouco fiáveis.

Logo, desse estado de coisas extraem os analistas do Direito pelo viés da economia a conclusão de severo aumento nos custos de transação e nos riscos do contrato. Negócios com menores margens de atratividade

<sup>1</sup> Usamos aqui a denominação “comerciais”, nada obstante toda a doutrina posterior ao Código Civil de 2002 prefira o termo “empresariais”. O uso desse último termo, no entanto, faz parte do equívoco que a MP procurou remendar. Ademais, o termo “direito comercial” está na própria Constituição Federal (artigo 22, I).

<sup>2</sup> Sobre o debate acerca da unificação das obrigações mercantis, vide VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*: volume I. Quinta edizione riveduta e ampliata terza ristampa. Milano: Francesco Vallardi, 1934. VIDARI, Ercole. *Corso de Diritto Commerciale*. V. 1. 4ª ed. U. Hoepli, 1893, p. 713-732. Disponível em <https://archive.org/stream/corsodidirittoc00vidagoog#page/n732/mode/2up>. A respeito do assunto no Brasil, merece particular atenção o artigo de BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O regime obrigacional unificado do Código Civil brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual. A compra e venda como modelo jurídico multifuncional. *Revista dos Tribunais*, jun/2008, p. 11-42. O autor aponta a comercialização do Direito Civil como fenômeno relevante a conduzir à unificação.

<sup>3</sup> Não é demais lembrar a origem do Direito Comercial como um direito especializado entre comerciantes e, inclusive, entre comerciantes de particulares segmentos do comércio, nas guildas, ordens e corporações de ofício.

<sup>4</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 20-30. Os argumentos em favor da autonomia do Direito Comercial em grande medida já se encontram na obra de Vidari, acima referida.

deixam de ser celebrados (mesmo que atrativos, mas, dados os riscos gerais do ambiente, melhor guardá-los e não os efetivar). Negócios bons incluem margem para cobrir esses riscos e custos de transação, em elevados montantes. A margem reflete a ineficiência do ambiente de regulação jurídica e torna as transações mais caras. O aumento geral nos custos conduz ao aumento geral dos preços no mercado, refluindo parte da demanda. Todo esse cenário é negativo para a economia do País.

Exposto o contexto no qual se inserem as disposições da MP referentes aos contratos comerciais, pode-se reforçar a imagem preferida por quem a redigiu. Optou-se, claramente, por sinalizar ao mercado e às instituições, inclusive ao Judiciário, a separação do Direito Comercial dos parâmetros gerais do Direito obrigacional civil.

Inverte-se o sinal. Se durante vinte anos difundiu-se a sobreposição dos “novos princípios” sobre os “velhos princípios” do Direito obrigacional,<sup>5</sup> pretende-se, com as regras da MP, revigorar os velhos princípios e deles afastar os pilares do Direito de socialidade do Código Civil de 2002.

O pleito de revisão dessa “sobreposição” acima referida já estava na base de alguns projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional, a exemplo do PLS 487/13, do PL 1.572/11 (projetos do Novo Código Comercial) e do PL 9.324/17 (Lei de Introdução às Obrigações Mercantis). Neles há várias proposições em sentido similar à MP 881/19. Um diálogo entre a nova proposta e esses projetos parece altamente conveniente com vistas ao aperfeiçoamento do texto normativo.

## 2 As disposições da MP 881 sobre matéria contratual

Estão em dois níveis de incidência as disposições referentes aos contratos empresariais. Num nível mais abstrato, estão as previsões do artigo 3º, que enuncia os direitos essenciais para o desenvolvimento e crescimento econômico do País.

Encontra-se no inciso V do artigo 3º a presunção de boa-fé, mais dirigida, ao que parece, à administração pública, pois entre particulares a boa-fé já seria presumida de todo modo. No mesmo inciso, está ali posta uma norma geral de interpretação: as dúvidas “serão resolvidas de forma a preservar a autonomia de sua vontade, exceto se houver expressa disposição legal em contrário”.<sup>6</sup>

Isolada, essa orientação geral contida na segunda sentença do inciso V traz poucas implicações, na prática. Mesmo num regime contratual menos dirigista a autonomia da vontade encontra limite na lei. Talvez a intenção seja de afastar qualquer elemento *intermediário* entre a vontade dos contratantes e a lei. E, como consectário, eliminaram-se alguns desses elementos nas alterações do Código Civil contidas na MP. Com efeito, a função social do contrato consta de texto legal e permite a revisão da vontade dos contratantes, assim como a onerosidade excessiva, dentre outros.

Como enunciado de caráter geral, dotando de sentido o artigo 170 da Constituição Federal no vértice do Direito Comercial, cuja essência integra a ordem econômica (pois compõe a ordenação da economia pelo Direito), melhor estaria a proposição em sede de Projeto de Lei Complementar. Esta, aliás, parece ser a vocação dos direitos enunciados no artigo 3º.

<sup>5</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley [et al.]. Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3-8; um apanhado sintético importante desse contraste entre novos e velhos princípios e seu efeito para um paradigma de maior dirigismo contratual no Brasil foi apresentado por TIMM, Luciano Benetti. Contratos no direito brasileiro. Direito e Justiça. V. 39 (jul/dez. 2013). p. 224-236.

<sup>6</sup> “Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição: V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia de sua vontade, exceto se houver expressa disposição legal em contrário”.

Outra disposição sobre o tema, no mesmo artigo 3º, está no inciso VIII. Dela se podem extrair, pelo menos, três proposições normativas, pelo que vale fazer a sua transcrição:

“VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, hipótese em que nenhuma norma de ordem pública dessa matéria será usada para beneficiar a parte que pactuou contra ela, exceto se para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato;”

As três proposições que identificamos nesse primeiro momento são as seguintes: “as regras pactuadas entre as partes no contrato têm primazia inclusive sobre as regras de direito empresarial”; “somente terceiros podem demandar a alteração ou revisão do contrato com base em norma de ordem pública”; “a própria parte pode requerer a revisão do contrato se a norma de ordem pública ferida existir para proteger direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros”.

Aqui, a toda evidência, o ímpeto liberal que orientou o legislador excepcional redonda mais em exortação do que em medida de efeito concreto. No jogo de regra e exceção, o texto acaba por permitir certa manipulação argumentativa, inclusive para que sejam formulados argumentos alinhados ao dirigismo contratual.

Veja-se: o inciso V manteve a ordem pública como limite da autonomia da vontade. O inciso VIII refere-se a “regras de direito empresarial” as quais, se não estão no contrato, obviamente, derivam da lei ou das práticas e costumes do direito empresarial. Que o contrato prevalece sobre a prática, não há dúvida; esta é sempre elemento de complementação do conteúdo da avença (de integração)<sup>7</sup> e não limite à liberdade de contratar ou à liberdade de estipulação. Sobram, então, as regras derivadas da legislação. Ora, a ordem pública encontra fundamento e limite na própria legislação.<sup>8</sup> São conceitos fugidios, polissêmicos, é bem verdade, mas desde a prevalência do monismo entre Direito e Estado e a progressiva especialização do sistema jurídico, independente que se torna das demais ordens do saber e do atuar humanos, legislação e ordem pública coincidem, esta contida naquela. Ainda que assim não fosse, o texto da MP refere “norma de ordem pública”, o que somente pode derivar de disposição legal (*lato sensu*).

Por essa razão não será possível que a autonomia da vontade seja limitada pela lei (inciso V) e ao mesmo tempo a norma de ordem pública (fundamentada ela própria na legislação) seja subsidiária ao conteúdo da avença (inciso VIII). Há um equívoco conceitual a ser corrigido nesse inciso VIII.

Pode ser que haja sido cogitada a separação entre normas supletivas e normas cogentes, admitida em alguns sistemas jurídicos,<sup>9</sup> de modo que apenas as supletivas seriam subsidiárias ao contrato. De todo modo, em nosso sistema, isso seria um tanto redundante, pois, se são supletivas, já são subsidiárias às previsões pactuadas.

<sup>7</sup> FORGIONI, Paula. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 45, p. 229–244, Abr - Jun/2015.

<sup>8</sup> CARVALHO, Jorge Morais. Os Limites à Liberdade Contratual. Coimbra: Almedina, 2015, p. 93-98. O autor refere decisões judiciais e doutrina portuguesa reforçando o entendimento de que a tutela da ordem pública importa a valoração de princípios constitucionais.

<sup>9</sup> Vide, v.g. o que dispõe o Código Comercial da Colômbia: “art. 4o. Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.” Disponível em: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_comercio.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html). Acesso em 12/05/2019. Com maior detalhe e precisão, o Código Civil y Comercial de la Nación Argentina dispõe: “ARTICULO 962.- Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible. ARTICULO 963.- Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código. ARTICULO 970.- Contratos nominados e innominados. Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.” Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar>. Acesso em 12/05/2019.

As duas proposições seguintes do inciso VIII, embora constituam enunciado de regra e exceção, abrem espaço para insegurança jurídica na medida em que ambas as partes podem invocar referido inciso em seu favor. Além disso, a exceção (“pode invocar se a norma visa proteger terceiro”), que é a proposição final, é, porém, muito mais ampla do que a regra (“quem é parte não pode invocar norma de ordem pública”), pois, praticamente, qualquer regra, a não ser a contida no contrato, existe para proteger direitos tutelados pelo Estado ou de terceiros.

Vale corroborar a ponderação acima com um exemplo hipotético, referindo situação em que o modelo de contrato haja sido escolhido para evitar uma incidência tributária mais onerosa. Neste exemplo, estipulou-se uma sociedade em conta de participação para uma relação de intermediação comercial específica (*finder*). O sócio participante é o indicador, aquele que levará a oportunidade comercial para o sócio ostensivo. Este contrata com o cliente e repassa a comissão ao indicador como dividendos. Não houve investimento algum do sócio participante e de fato ele atuou, na medida em que intermediou o negócio. Surge um litígio entre ambas as partes. O sócio participante questiona a prestação de contas e a comissão resultante, afirmando que o sócio ostensivo promoveu descontos no cálculo da comissão que não estavam previstos no contrato. Nesse caso, poderia o sócio ostensivo invocar na sua defesa a nulidade do contrato por simulação e recusar-se a pagar qualquer comissão ao sócio participante?

Do ponto de vista do Fisco, o contrato de conta de participação pode ser anulado por simulação, obviamente observados os elementos de prova e as circunstâncias fáticas.<sup>10</sup> A questão reside na possibilidade de a própria parte o invocar. O sócio ostensivo pode pleitear a nulidade pelo regime do Código Civil (artigos 167 e 168). Já sob a égide da MP, parece ter havido a pretensão de afirmar que a própria parte não possa pleitear a nulidade por simulação.

Todavia, a sentença final do inciso permite a defesa por nulidade, se for para “resguardar direitos tutelados pela administração pública”, como, por exemplo, o direito de exação. Não parece haver dúvidas de que a defesa seguiria admissível, já que o sócio ostensivo poderia dizer que sua defesa coincide com o resguardo do direito de exação e, portanto, seria uma exceção à impossibilidade de invocar a simulação do contrato.

Ainda que não houvesse a exceção final, o resultado prático da aplicação da MP não seria distinto. Nada obstante pudesse invocar a nulidade por simulação, o sócio ostensivo do exemplo teria um enriquecimento indevido, pois contava com um custo de comercialização no contrato que deixaria de arcar se sua tese formalista prevalecesse e o contrato por simulação fosse anulado. Seja como for, o valor haveria de ser pago. E, quanto aos terceiros, eles já encontram proteção de seus interesses no artigo 168, §2º do Código Civil.

Ao final, parece que o ideal seria atuar na raiz do problema: voltar à discussão da teoria das nulidades para o direito comercial de modo geral, como feito no projeto de Código Comercial (PLS 487/13, artigos 136 a 139), que foca nas repercussões diretas da nulidade arguida, impondo a indenização dos prejuízos, mas convalidando o ato sempre que possível (até pelo decurso do tempo).<sup>11</sup>

Aliás, esta seria uma indicação geral do que nos parece mais adequado para os propósitos da MP. Melhor será refundar um regime próprio para as obrigações mercantis, autônomo em relação ao Direito Civil e a ele referente, apenas, em caráter subsidiário. Como consequência para o assunto tratado no inciso em comento, aplicar-se-ia aos contratos comerciais a legislação comercial, em primeiro lugar, secundada pelas práticas e costumes do comércio, seguidas da analogia com outros tipos da própria legislação comercial, e, apenas subsidiariamente, o Direito Civil.

<sup>10</sup> Por exemplo, o acórdão 1103-001.206 do CARF no processo n. 11080.721714/2012-71, de 25/03/2015. Por outro lado, contra a nulidade do contrato de sociedade em conta de participação no caso de estabelecimento de ensino com cursos on-line em que os sócios eram professores, atuavam na atividade-fim, mas corriam o efetivo risco do negócio, há decisão recente do CARF: Processo n. 14041.720037/201732. Acórdão n. 1401002.823. 4ª Câmara. 1ª Turma Ordinária. Sessão de 14 de agosto de 2018.

<sup>11</sup> Vide a versão atual do projeto, contida no Parecer do Deputado Pedro Chaves, aprovado pela Comissão Especial em 2018: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7894416&ts=1553284744683&disposition=inline>. Acesso em 12/05/2019.



## 3 Alterações nos contratos privados em geral

### 3.1 A função social

O artigo 421 do Código Civil passa com a MP a ter a seguinte redação:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.”

Há muita produção doutrinária sobre a função social do contrato e sua aplicação aos contratos comerciais.<sup>12</sup> A posição majoritária é de que ela tem um efeito mitigado sobre esses contratos, aplicando-se raramente e em casos extremos.

Não há dúvidas de que a redação do Código Civil foi uma ostensiva redução da autonomia da vontade. Foi ela posta em subordinação à tal “função social do contrato”, categoria recente de contornos pouco definidos. Em outros ordenamentos há subordinação a aspectos extrínsecos à vontade das partes, pois evidentemente o direito de pactuar não é ilimitado, muito menos quanto ao seu conteúdo. O ponto aqui é a expressão “em razão”, que faz a liberdade estar subordinada e não apenas limitada pelos aspectos extrínsecos. Além disso, seria mais arrazoado apontar como limite a própria lei.<sup>13</sup>

Assim, a melhor mudança para os contratos comerciais seria eliminar a função social como razão de ser do exercício da liberdade contratual e substituí-la, como limite, pela lei. Cumpre recordar que quando a lei não proíbe, fica facultado às partes estipular o conteúdo, e, quando ela apenas faculta, as partes assim poderão usar do direito de optar dentre os espaços permitidos pela lei. Logo, o limite seriam justamente as normas cogentes, o que remete ao comentário acima feito sobre os incisos V e VIII do artigo 3º.

Preferiu a Medida Provisória limitar a própria função social do contrato, subordinando-a, num esquema de dupla negação, ao texto da Declaração.<sup>14</sup> Na prática, a função social estaria condicionada sobretudo pelos incisos V e VIII do artigo 3º, fazendo com que perdesse sua força como elemento apto a provocar o ingresso de externalidades do contrato como meio de revisão do próprio pacto de forma externa à vontade das partes.

O esquema lógico decorrente da redação do artigo 421 dada pela MP é o seguinte: a liberdade de contratar (conceito individualista-liberal) está subordinada à função social do contrato (conceito dirigista-intervencionista), observada a liberdade de contratar que só vai limitada pela ordem pública (conceito novamente individualista e liberal). Vê-se que uma fórmula mais direta como a acima mencionada seria mais eficaz.

<sup>12</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. In: CUNHA, Alexandre dos Santos. O Direito da Empresa e das obrigações e o novo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 238-248. Vale ainda registrar a dissertação de WANDERER, Bertrand. A inaplicabilidade, em regra, dos institutos da lesão e da onerosidade excessiva aos contratos interempresariais. Dissertação de Mestrado. Brasília: Universidade de Brasília. 2013. ([http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/13042/1/2013\\_BertrandWanderer.pdf](http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/13042/1/2013_BertrandWanderer.pdf)).

<sup>13</sup> Veja-se no Código Civil e Comercial argentino, cuja redação indica limitação e não subordinação: “ARTICULO 958.- Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.” Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar>. Acesso em 12/05/2019.

<sup>14</sup> Esquema similar de dupla negação está no Projeto do Código Comercial, na sua versão aprovada pela Comissão: “Art. 371. O contrato empresarial deve cumprir sua função econômica e social. Parágrafo único. O contrato empresarial cumpre a função econômica e social quando, atendendo aos interesses das partes, não causa prejuízo a interesse público.” Reconhece-se a função social como restrição à liberdade contratual, mas na sequência o parágrafo único resume a função social ao interesse público, afastando, por exemplo, a possibilidade de a própria parte invocar a função social em seu benefício para revisar um contrato que esteja lhe trazendo dificuldades para execução ou mesmo menos benefícios ou até prejuízos em seu cumprimento.

O parágrafo único, especificamente, determina a excepcionalidade da revisão dos contratos, reafirmando sua força obrigatória; segue a mesma linha do Projeto de Código Comercial, cujo parágrafo único do artigo 16 dispõe: “a revisão judicial de cláusulas do contrato empresarial é excepcional”.<sup>15</sup> Há de ressaltar que essa é a restrição à revisão judicial ou arbitral, pois a revisão pela própria vontade das partes, por determinação contratual, portanto, está noutra disposição da MP, que modifica o artigo 480-A do Código Civil, comentada mais abaixo.

As análises de jurisprudência feitas com rigor doutrinário indicam, porém, que o Poder Judiciário brasileiro, no campo comercial, de fato, presta deferência à autonomia da vontade e raramente acolhe argumentos tendentes à intervenção sobre o conteúdo do contrato.<sup>16</sup> Assim, a disposição da MP se coaduna com a posição majoritária dos tribunais.

Entretanto, um detalhe importante não pode passar despercebido: o artigo 421 com a redação dada pela MP não se aplica apenas a contratos mercantis. Ele vale para todo e qualquer contrato privado. Sem embargo, essa limitação da função social do contrato não encontra o mesmo respaldo doutrinário no âmbito do Direito Civil; apenas no espectro comercial há maior força no questionamento da função social do contrato. Da mesma forma, a restrição à intervenção judicial nos contratos tem defensores no âmbito das relações denominadas interempresariais, porém já não em mesma medida nas relações civis.

Em conclusão, em que pese o bom motivo que a impulse nesse tocante, a MP precisa ser retificada pelo Congresso Nacional.

### 3.2 *Contra proferentem*

Aparte a definição da inexistência de tutela especial a ser deferida a quem seja parte de contrato comercial, dentre as várias regras específicas de interpretação dos contratos comerciais, contidas, por exemplo, no artigo 131 do Código Comercial vigente,<sup>17</sup> destacou a MP a norma de interpretação em desfavor de quem propôs a redação, acrescentando o parágrafo único ao artigo 423 e modificando pontualmente o *caput*:

“Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente.

Parágrafo único. Nos contratos não atingidos pelo disposto no **caput**, exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controvertida.”

No *caput*, substituiu-se o critério de ambiguidade ou contradição por algo mais genérico (“gerar dúvida”). Pelo parágrafo único, a regra *contra proferentem* foi estendida mesmo a contratos que não são de adesão. Há disposição similar nos Princípios dos Contratos da UNIDROIT.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> “Art. 16. No contrato empresarial, a vinculação ao contratado é plena. Parágrafo único. A revisão judicial de cláusulas do contrato empresarial é excepcional.”

<sup>16</sup> LUPION, Ricardo. Interpretação dos contratos empresariais – sem fobia e sem idolatria. Revista da AJURIS, n. 135, set. 2014, p. 405-423.

<sup>17</sup> “Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.” Sobre a interpretação dos contratos comerciais, tomando por ponto de partida o artigo 131 do CCom: FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, 215-250. Em grande medida, o PLS 487/13 resgata esse artigo do CCom. Tampouco muito difere de certos parâmetros internacionais de referência, como os Princípios Lando, Cap. 5 (que, no entanto, insiste no critério do “pacto justo” – *fair dealing* -). Disponível em: [https://www.trans-lex.org/400200/\\_/pecl/#head\\_83](https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_83), acesso em 12/05/2019.

<sup>18</sup> “ARTIGO 4.6. (Regra contra proferentem) Termos contratuais obscuros serão interpretados preferencialmente em desfavor da parte que os tenha proposto.” Disponível em: <https://unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/>

Isso implica que agora cláusulas isoladas podem ser objeto de aplicação da regra *contra proferentem*. Na dúvida, vale a interpretação razoável dada pela parte que não redigiu a cláusula. Obviamente, o limite da razoabilidade é fundamental. Por essa razão, a alteração no *caput* pode não ser benéfica. Afinal, bastará suscitar dúvida para que a interpretação beneficie quem a suscitou, em prejuízo de quem formulou a cláusula. O jogo poderá ser invertido.

A regra geral de interpretação *contra proferentem* pode ser bem-vinda, mas critérios mais objetivos, como ambiguidade ou contradição, são essenciais para que ela seja eficaz naquilo que pretendeu. Do contrário, será um enorme estímulo à litigância, efeito inverso daquele almejado na elaboração da MP.<sup>19</sup>

Nos Princípios Europeus (Princípios Lando), também há referência a uma norma geral *contra proferentem* (5:103).<sup>20</sup> O critério de controle, porém, é o da negociação particularizada. Se a cláusula foi proposta e não foi objeto de negociação, vale o princípio *contra proferentem*. Se, porém, houve negociação sobre ela, elimina-se a possibilidade de aplicar a interpretação em desfavor de quem propôs a redação.

Já no Código Civil francês, a solução adotada foi outra. A regra *contra proferentem* só vale para contratos de adesão. Nos contratos negociados (“*de gré à gré*”), prevalece a interpretação em favor do devedor.<sup>21</sup> Um critério residual de interpretação em favor do devedor foi o parâmetro anteriormente seguido pelo artigo 131, 5, do Código Comercial de 1850 e que também consta do PLS 487/13 (artigo 372, VI).

Há outros códigos, como o português e o italiano, que trazem, ainda, outra resposta para as dúvidas contratuais, segundo a qual, nos negócios onerosos, deve a interpretação buscar o maior equilíbrio contratual.<sup>22</sup> Uma tal medida, embora possa se amoldar a conceitos de justiça distributiva, no atual cenário brasileiro, tende a ser preterida em favor de critérios que evitem a reavaliação em juízo do equilíbrio entre as prestações dos contratantes, fator tido como prejudicial à segurança jurídica.

Em homenagem à praticabilidade inerente ao Direito Comercial, pela qual “a uma solução dogmaticamente rigorosa mas praticamente inconveniente, deve ser preferida uma concretização pragmaticamente adequada”,<sup>23</sup> solução ainda melhor parece ser adotar os princípios de interpretação que privilegiam as práticas das próprias partes na execução do contrato, os usos e costumes, e a atenção ao objeto e finalidade do contrato e apenas subsidiariamente adotar norma supletiva em favor do devedor ou, já num estágio apenas anterior a esta norma final supletiva em favor do devedor, inserir a regra *contra proferentem*.

---

blackletter2010-portuguese.pdf. Acesso em 12/05/2019.

<sup>19</sup> Vide, a respeito, o quanto consta da exposição de motivos no tocante à justificativa da proposição da regra *contra proferentem*: “Com essa medida, mais esforços serão destinados a evitar conflitos e, então, menos disputas serão instauradas, reduzindo significativamente os custos que tais conflitos impõem ao Judiciário e ao País em geral.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf). Acesso em 12/05/2019.

<sup>20</sup> “Article 5:103: Contra Proferentem Rule. Where there is doubt about the meaning of a contract term not individually negotiated, an interpretation of the term against the party who supplied it is to be preferred.” Disponível em: [https://www.trans-lex.org/400200/\\_/pecl/#head\\_83](https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_83), acesso em 12/05/2019.

<sup>21</sup> “Article 1190 Dans le doute, le contrat de gré à gré s’interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d’adhésion contre celui qui l’a proposé.” A definição de contrato negociado está no artigo 1110: “Article 1110 Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties.” Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/>, acesso em 12/05/2019.

<sup>22</sup> “Artigo 237.º(Casos duvidosos) Em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente e, nos onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações.” Disponível em: <http://www.pg-dlisboa.pt>. Acesso em 12/05/2019. Muito similar é a disposição do artigo 1.371 do Código Civil italiano: “Qualora, nonostante l’applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l’obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l’equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso.” [https://www.brocardi.it/codice-civile/iv/art1371.html?utm\\_source=internal&utm\\_medium=link&utm\\_campaign=articolo&utm\\_content=nav\\_art\\_succ\\_dispositivo](https://www.brocardi.it/codice-civile/iv/art1371.html?utm_source=internal&utm_medium=link&utm_campaign=articolo&utm_content=nav_art_succ_dispositivo). Acesso em 12/05/2019.

<sup>23</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. *Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 30-31.

## 4 Normas específicas sobre contratos comerciais

Obviamente, as normas comentadas no tópico anterior são aplicáveis aos contratos comerciais e, muito possivelmente, pensadas em função de problemas identificados para a segurança jurídica das relações comerciais. Entretanto, a MP referiu, de forma específica, as “relações interempresariais” em duas disposições, que são comentadas neste tópico.

### 4.1 Revisão contratual

O primeiro dispositivo específico é o que insere, no Código Civil, o artigo 480-A:

“Art. 480-A. Nas relações interempresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação de requisitos de revisão ou de resolução do pacto contratual.”

Ao remeter à vontade dos contratantes a constituição de requisitos de revisão ou resolução do pacto, a MP parece querer indicar que o modo adequado para promover a revisão ou resolução do pacto decorre da própria vontade das partes, que devem se dedicar a pensar nesses temas quando pactuam, sob pena de, em não o fazendo, não haver tutela da revisão.

Porém, a consequência não deriva *ipso facto*. Na falta de norma sobre revisão, invocar-se-ão analogias e aplicação subsidiária de outras normas, inclusive do Direito Civil geral, redundando na indesejada revisão por meio alheio à vontade das partes.

Se não fora esta a consequência desejada, a mera enunciação da faculdade das partes de pactuarem parâmetros de revisão ou resolução pouco diria, pois, como se sabe, não há qualquer vedação legal à introdução de tais parâmetros, não havendo razão para reafirmar que está permitido fazê-lo.

Pode ser ainda que a pretensão seja uma leitura *a contrario sensu*, de maneira que as partes não possam inserir parâmetros subjetivos para interpretação de requisitos de revisão ou de resolução do pacto contratual. Essa condição de validade das estipulações também pode ensejar maior litigância, pois a qualificação de “objetividade” ou “subjetividade” poderá levar à discussão da validade das disposições contratuais de revisão. Parece mais oportuno limitar as hipóteses de revisão e estabelecer condições para que possa ser aplicada em contratos comerciais. Foi esta a trilha seguida no Projeto de Código Comercial (artigos 375 e 376) e também no Projeto de Lei de Introdução das Obrigações Mercantis (artigos 18 e 19).

Outra questão correlata é evitar a revisão com base em elementos subjetivos ou que remetam a fatores que devessem ser considerados pelo cálculo profissional que o empresário deve fazer acerca dos riscos do negócio. Disto trata o artigo 480-B, tratado no próximo tópico.

### 4.2 Presunção de simetria

No ensejo de limitar as hipóteses de revisão judicial dos contratos, conferindo maior segurança ao pactuado e previsibilidade para os contratantes, a MP determinou uma presunção de simetria nos contratos entre empresários. Veio assim tentar cerrar uma das aberturas frequentes para o ingresso de elementos exógenos nos contratos interempresariais, oriundos do Direito do Consumidor, do Direito Constitucional ou mesmo do Direito Civil.

“Art. 480-B. Nas relações interempresariais, deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida.”

A MP perfilou posição até mais agressiva em direção ao modelo individualista e liberal do que o Projeto de Código Comercial, que enuncia dentre os princípios do direito contratual a proteção ao empresário mais



frágil nas relações de dependência econômica ou assimétricas.<sup>24</sup> No artigo 17 daquele Projeto (PLS 487/13), os limites de intervenção judicial sobre o contrato com partes assimétricas são delineados.<sup>25</sup>

Entretanto, pode ser que o resultado prático seja bem menos liberalizante do que o Projeto de Código Comercial. É que a presunção de simetria trazida pela MP é notoriamente *juris tantum*, admitindo a prova em contrário. Se assim não fosse, ela não estabeleceria uma presunção, mas seria redigida de forma impositiva, afastando qualquer possibilidade de revisão com base na assimetria ou dependência econômica de uma das partes.

Logo, em relações manifestamente assimétricas, como naquelas em que um franqueado vincula-se a uma rede de distribuição constituída por um franqueador, poderá ser afastada a presunção de simetria, com efeito até contrário de que a proteção a ser estendida ao empresário dependente tenha de ser definida pelo julgador.

Entende-se que o método mais adequado seja encontrar com precisão quais são as situações que mereçam proteção especial e pontualmente inseri-las na legislação. No exemplo dado, seria melhor rever a lei de franquias (Lei n. 8.955/94) do que tentar, por meio de um princípio geral de interpretação, afirmar a presunção de simetria, pois a abertura hermenêutica trazida por essa categoria poderá permitir novos meios de argumentação em prol da revisão e da instabilidade dos pactos, nos casos em que se puder questionar se há, de fato, assimetria.

A parte final do artigo 480-B deriva de uma consideração acerca da profissionalidade do empresário, que dele exige o cálculo dos riscos e sua devida alocação para fins de estabelecimento das contrapartidas que pede à contraparte.

Por exemplo, um transportador que aceita carregar um produto de alta tecnologia e relativamente frágil deve considerar a necessidade de revisar suas apólices de seguro e considerar o custo de eventual ajuste nas apólices antes de formular o preço dos serviços. Se não o fez, não deve ter direito à revisão do preço porque descobriu *a posteriori* que o custo de alteração do seguro não foi computado na formulação do preço.

Considera-se bastante coerente que a alocação de riscos não possa ser motivo para revisão do contrato de forma alheia à vontade das partes (isto é, por árbitros ou juízes). Esta louvável postura já se encontra nos anais de jurisprudência do País, a exemplo do conhecido precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre os efeitos da variação cambial em contrato de compra e venda de coisa futura (soja).<sup>26</sup>

<sup>24</sup> “Art. 14. São princípios aplicáveis aos contratos empresariais: III – proteção do contratante empresarialmente dependente nas relações contratuais assimétricas”. PLS 487/13, doc. cit.

<sup>25</sup> “Art. 17. A proteção que este Código libera ao contratante economicamente dependente, nas relações contratuais assimétricas, não pode ser estendida para preservá-lo das consequências econômicas, financeiras, patrimoniais ou administrativas de suas decisões na condução da empresa. § 1º. A assimetria das relações contratuais entre empresários será considerada pelo juiz em razão da dependência econômica entre a empresa de um contratante em relação à do outro. § 2º. Mesmo nos contratos empresariais assimétricos, a mera vantagem excessiva de uma das partes relativamente à da outra não é causa de revisão judicial, invalidação do negócio jurídico ou desconstituição de obrigação.” PLS 487/13, doc. cit. Neste particular, vide: CAMINHA, Unic; ROCHA, Afonso P. P. Assimetrias contratuais, Dependência empresarial e o Ethos Comercial no Projeto de Código Comercial (PLS 487/2013). In: COELHO, Fábio Ulhoa, LIMA, Tiago Asfor Rocha e NUNES, Marcelo Guedes (coord.). Novas reflexões sobre o projeto de Código Comercial. São Paulo, Saraiva, 2015. p. 355-370.

<sup>26</sup> “DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE. 1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. 3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis.

## 5 Considerações finais

A Medida Provisória traz à tona pauta de liberalização da economia brasileira que é bem-vinda aos olhos do mercado. Boa parte dos especialistas em Direito Comercial perfila o movimento em prol de uma visão menos dirigista dos contratos empresariais. A exposição de motivos enumera estudos com base empírica que justificam essa mudança de enquadramento.

O debate é necessário para o aperfeiçoamento da legislação proposta e é conveniente, como ressaltam vários artigos já publicados sobre o tema. Nessa linha, para concluir, pode-se apontar um conjunto de sugestões derivadas das considerações acima. É o que se passa a fazer.

Para redução das incertezas na aplicação do Direito Comercial, pode ser útil hierarquizar fontes normativas, tal como fez o Código Civil e Comercial argentino. Aplicam-se aos contratos comerciais a legislação comercial, em primeiro lugar, secundada pelas práticas e costumes do comércio, seguidas da analogia com outros tipos da própria legislação comercial, e, apenas subsidiariamente, o Direito Civil.

Também será conveniente enunciar princípios gerais de interpretação. Nessa lista, princípios de aplicação residual para dirimir controvérsias não atingidas pelos parâmetros anteriores são úteis, tal como a norma *contra proferentem* e a norma da interpretação em favor do devedor. Faz falta um parâmetro geral como o do vetusto artigo 131 do Código Comercial de 1850, ainda subjacente no ideário dos juscomercialistas. Uma de norma geral de interpretação para as obrigações mercantis que poderia ser incorporada à nova normatização dos contratos empresariais encontra-se nos artigos 7º a 9º do PL 9.324/17.<sup>27</sup>

Em termos de alterações legislativas pontuais, o caminho ideal parece ser o de destacar os contratos comerciais e dar-lhes tratamento próprio. Nessa via, pode-se afirmar a menor exigência de formalidades e incorporar as previsões do Projeto de Código Comercial sobre nulidades (artigos 136 a 139) ou do PL n. 9.324/17 (artigo 17).

Deve-se reforçar o conteúdo do pacto com redução dos espaços para intervenção judicial (mesmo que se reconheça que ela é muito mais teorizada e talvez pedida pelos litigantes do que de fato reconhecida pelos tribunais). Um dos alvos está correto: a função social do contrato. Pelo menos na sua vertente interna (isto é, na relação direta entre os contratantes), a função social não tem lugar no Direito Comercial. Mas há outros institutos que merecem atenção: lesão (artigo 141 do PLS 487/13)<sup>28</sup> e onerosidade excessiva (artigos 375 e 376 do PLS 487/13 e artigos 18 e 19 do PL 9.324/17), por exemplo.<sup>29</sup>

5. Recurso especial conhecido e provido.” STJ. REsp 936.741/GO, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012.

<sup>27</sup> “Art. 7º As obrigações mercantis interpretam-se de forma a preservar e conferir sentido às estipulações feitas pelos contratantes, com atenção ao conjunto das disposições contratuais, em seu contexto, de acordo com a prática do comércio, a função econômica do contrato, o objeto e o fim almejado pelas partes. §1º Deve-se preferir na interpretação o sentido que mais se aproxime da intenção manifesta das partes, em detrimento daquele resultante de interpretação literal. §2º Não é de se priorizar a interpretação que suprima os efeitos úteis de uma estipulação contratual. §3º A conduta das partes subsequente à contratação deverá ser considerada na interpretação das obrigações contratuais. § 4º Não prevalecerá a interpretação do contrato empresarial que implicar a obrigação de conduta contraditória com a prática anterior das partes na elaboração ou na execução do contrato. §5º As partes poderão indicar no preâmbulo do contrato considerações que identifiquem a função econômica do contrato, seu objeto e sua finalidade. Art. 8º As obrigações mercantis presumem-se onerosas. Art. 9º Para que seja considerada como fonte relevante para interpretação de contratos mercantis, a prática deverá ser duradoura, geral e difundida entre os diversos agentes daquele segmento econômico. §1º A prática do comércio poderá ser comprovada mediante testemunhas, contratos, precedentes judiciais, condições gerais de contratação divulgadas ao público e materiais editados por entidades vinculadas ao segmento relevante da atividade econômica em questão, dentre outros meios congêneres. §2º Quando houver prática difundida em âmbito internacional, esta deverá ser considerada para identificação dos padrões seguidos naquele segmento da atividade econômica.” PL 9.324/17. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em 14/05/2019.

<sup>28</sup> “Art. 141. Em razão do profissionalismo com que exerce a atividade empresarial, o empresário não pode alegar inexperiência para pleitear a anulação do negócio jurídico empresarial por lesão.” PLS 487/13, doc. cit.

<sup>29</sup> O autor agradece a colaboração dos participantes dos dois eventos organizados para tratar da Medida Provisória n. 881/19 em Florianópolis e Curitiba, nomeadamente: Orlando Celso da Silva Neto, Bernardo Strobel Guimarães, Osvaldo Castro, Pedro Cascaes

## Referências

- ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar>. Acesso em 12/05/2019.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O regime obrigacional unificado do Código Civil brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual. A compra e venda como modelo jurídico multifuncional. *Revista dos Tribunais*, jun/2008, p. 11-42.
- BRASIL. Conselho Administrativo da Receita Federal. Acórdão 1103-001.206. Processo n. 11080.721714/2012-71, de 25/03/2015.
- BRASIL. Conselho Administrativo da Receita Federal. Processo n. 14041.720037/201732. Acórdão n. 1401002.823. 4ª Câmara. 1ª Turma Ordinária. Sessão de 14 de agosto de 2018.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 9.324/17. Institui a Lei de Introdução às Obrigações Mercantis. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em 14/05/2019.
- CARVALHO, Jorge Morais. *Os Limites à Liberdade Contratual*. Coimbra: Almedina, 2015.
- COELHO, Fábio Ulhoa, LIMA, Tiago Asfor Rocha e NUNES, Marcelo Guedes (coord.). *Novas reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. São Paulo, Saraiva, 2015.
- COLOMBIA. Código de Comércio. Disponível em: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base-doc/codigo\\_comercio.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base-doc/codigo_comercio.html). Acesso em 12/05/2019.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. *O Direito da Empresa e das obrigações e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- FERNANDES, Wanderley [et al.]. *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010
- FORGIONI, Paula. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45, p. 229–244, Abr - Jun/2015.
- ITÁLIA. Codice Civile. [https://www.brocardi.it/codice-civile/iv/art1371.html?utm\\_source=internal&utm\\_medium=link&utm\\_campaign=articolo&utm\\_content=nav\\_art\\_succ\\_dispositivo](https://www.brocardi.it/codice-civile/iv/art1371.html?utm_source=internal&utm_medium=link&utm_campaign=articolo&utm_content=nav_art_succ_dispositivo). Acesso em 12/05/2019.
- LANDO, Ole. *Principles on European Contract Law*. Disponível em: [https://www.trans-lex.org/400200/\\_/pecl/#head\\_83](https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_83), acesso em 12/05/2019.
- LUPION, Ricardo. Interpretação dos contratos empresariais – sem fobia e sem idolatria. *Revista da AJURIS*, n. 135, set. 2014, p. 405-423.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 881/2019. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf). Acesso em 12/05/2019.
- PORTUGAL, República. Código Civil. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>. Acesso em 12/05/2019.
- RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Code Civil (Version consolidée au 25 mars 2019). Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/>, acesso em 12/05/2019.
- SENADO FEDERAL. Parecer do Senador Pedro Chaves no PLS 487/13, que Reforma o Código Comer-

---

Neto, Sandro Mansur Gibran, Isabela Medeiros, Geraldo Bonneville Braga Araújo e Thiago Suassuna, bem como dos membros dos Grupos de Pesquisa em Direito Empresarial e de Economias Colaborativas. Agradece também ao Professor André Santa Cruz Ramos, por sua colaboração em vídeo enviada para esses eventos.

cial. <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7894416&ts=1553284744683&disposition=inline>. Acesso em 12/05/2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 936.741/GO, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012.

TIMM, Luciano Benetti. Contratos no direito brasileiro. *Direito e Justiça*. V. 39 (jul/dez. 2013), p. 224-236.

UNIDROIT. Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2010. Disponível em: <https://unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>. Acesso em 12/05/2019.

VASCONCELOS, Pedro Pais. *Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, 2011.

VIDARI, Ercole. *Corso de Diritto Commerciale*. V. 1. 4ª ed. U. Hoepli, 1893, p. 713-732. Disponível em <https://archive.org/stream/corsodidirittoc00vidagoog#page/n732/mode/2up>. Acesso em 13/05/2019.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale: volume I. Quinta edizione riveduta e ampliata terza ristampa*. Milano: Francesco Vallardi, 1934.

WANDERER, Bertrand. A inaplicabilidade, em regra, dos institutos da lesão e da onerosidade excessiva aos contratos interempresariais. Dissertação de Mestrado. Brasília: Universidade de Brasília. 2013. ([http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/13042/1/2013\\_BertrandWanderer.pdf](http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/13042/1/2013_BertrandWanderer.pdf)).



TEXTO ATUAL	PROPOSIÇÃO	JUSTIFICATIVA
V – gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia de sua vontade, exceto se houver expressa disposição legal em contrário.	V – gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica,  VI – as obrigações de direito empresarial reger-se-ão pelos princípios da liberdade de contratar, da autonomia da vontade privada, da plena vinculação dos contratantes ao contrato e da boa-fé;	O inciso V contém duas ideias distintas, que serão melhor tratadas separadamente. Primeiro a presunção de boa-fé, de relevância inquestionável para a estrutura geral da MP. Separadamente, a liberdade e seus corolários como referência para o direito contratual comercial, com intencional silêncio a respeito de “novos princípios” inseridos na codificação de 2002, a exemplo da função social do contrato, cujos efeitos sobre os contratos empresariais a MP pretende corretamente mitigar. Vide art. 4º PL 9.324/17. <sup>1</sup>
VIII – ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, hipótese em que nenhuma norma de ordem pública dessa matéria será usada para beneficiar a parte que pactuou contra ela, exceto se para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato	IX – ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, regulados pela legislação comercial e pelas práticas e costumes do comércio, vedada a aplicação de normas de outros regimes jurídicos quando houver norma aplicável na legislação comercial ou analogia possível com norma da legislação comercial;	O problema identificado na exposição de motivos é a insegurança jurídica derivada do dirigismo estatal sobre os contratos, pela via judicial, aberta pelo recurso a normas do Direito do Consumidor (hipossuficiência, anulação de cláusulas que beneficiam a parte mais forte sem contrapartida “justa”), do Direito Civil geral (função social, lesão) ou mesmo do Direito Constitucional. Crê-se que a solução dada em outros ordenamentos jurídicos, definindo os campos que o intérprete deve percorrer para dar sentido aos pactos comerciais seja o melhor caminho. A propósito, vide artigos 962 e 963 do Código Civil e Comercial argentino; par. único do art. 4º do PLS 487/13; <sup>2</sup> art. 6º do PL 9.324/17. <sup>3</sup> A expressão “comercial” se justifica por ser a terminologia adotada na Constituição (art. 22, I)
Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.	Art. 421. A liberdade de contratar será exercida nos limites da Lei, observada a função social do contrato.  Parágrafo único: Nos contratos empresariais, A função social do contrato não poderá ser invocada por uma das partes com a pretensão de alterar ou invalidar obrigações contratadas.	A locução “em razão da função social” foi deveras criticada pela doutrina e merece reparo. A Lei é o limite da autonomia da vontade. A função social do contrato é uma importante construção, válida num espírito geral de socialidade que inspirou o Código Civil de 2002. Sua aplicação aos contratos empresariais, porém, é prejudicial à segurança jurídica, por abrir o caminho a pretensões de revisão judicial do contrato (ainda que a jurisprudência na prática seja refratária a esses argumentos). Daí a razão de limitá-la apenas aos efeitos externos do contrato, sobre os quais não convém negar tutela. Vide PL 9.324/17, art. 16; <sup>4</sup> PLS 487/13, art. 16, p. único. <sup>5</sup>

TEXTUAL ATUAL	PROPOSIÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente.</p> <p>Parágrafo único. Nos contratos não atingidos pelo disposto no <b>caput</b>, exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controversa.</p>	<p>[não alterar o 423] [Inserir]</p> <p>423-A. As obrigações empresariais interpretam-se de forma a preservar e conferir sentido às estipulações feitas pelos contratantes, com atenção ao conjunto das disposições contratuais, em seu contexto, de acordo com a prática do comércio, a função econômica do contrato, o objeto e o fim almejado pelas partes.</p> <p>§ 1º Deve-se preferir na interpretação o sentido que mais se aproxime da intenção manifesta das partes, em detrimento daquele resultante de interpretação literal.</p> <p>§ 2º Não é de se priorizar a interpretação que suprima os efeitos úteis de uma estipulação contratual.</p> <p>§ 3º A conduta das partes subsequente à contratação deverá ser considerada na interpretação das obrigações contratuais.</p> <p>§ 4º Não prevalecerá a interpretação do contrato empresarial que implicar a obrigação de conduta contraditória com a prática anterior das partes na elaboração ou na execução do contrato.</p> <p>§ 5º As partes poderão indicar no preâmbulo do contrato considerações que identifiquem a função econômica do contrato, seu objeto e sua finalidade.</p> <p>§ 6º Termos contratuais obscuros serão interpretados preferencialmente em desfavor da parte que os tenha proposto.</p> <p>§ 7º Quando não haja sido possível resolver as dúvidas na interpretação pelos parágrafos anteriores, prevalecerá a interpretação mais favorável ao devedor da obrigação.</p> <p>Art. 423-B. As obrigações mercantis presumem-se onerosas.</p> <p>Art. 423-C. Para que seja considerada como fonte relevante para interpretação de contratos mercantis, a prática deverá ser duradoura, geral e difundida entre os diversos agentes daquele segmento econômico.</p> <p>§ 1º A prática do comércio poderá ser comprovada mediante testemunhas, contratos, precedentes judiciais, condições gerais de contratação divulgadas ao público e materiais editados por entidades vinculadas ao segmento relevante da atividade econômica em questão, dentre outros meios congêneres.</p> <p>§ 2º Quando houver prática difundida em âmbito internacional, esta deverá ser considerada para identificação dos padrões seguidos naquele segmento da atividade econômica.</p>	<p>Há uma oportunidade importante de criar uma norma de referência para a interpretação dos contratos empresariais, modernizando e retomando parâmetros presentes em quase todas as legislações comerciais estruturadas.</p> <p>Vide PL 9.324/17, artigos 7º a 9º; PLS 487/13, artigos 145 a 148; Princípios UNIDROIT, art. 4.6.<sup>8</sup></p>

TEXTUAL	PROPOSIÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>Art. 480-A. Nas relações interempresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação de requisitos de revisão ou de resolução do pacto contratual.</p>	<p>Art. 480-A. Os contratos mercantis poderão ser revistos quando o seu cumprimento se tornar demasiadamente oneroso para uma das partes, com extrema vantagem para a outra, em razão de fatos que alterem substancialmente o equilíbrio das prestações inicialmente pactuadas, quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes condições:</p> <p>I – o contrato seja de execução diferida ou continuada;</p> <p>II – os fatos sejam supervenientes ao contrato e reste demonstrado que não podiam ser previstos por um empresário com razoável diligência;</p> <p>III – os fatos restem comprovados como fora da esfera de controle da parte em desvantagem;</p> <p>IV – o risco desse desequilíbrio não haja sido considerado no estabelecimento da equivalência inicial das prestações contratadas.</p> <p>480-B O pedido de revisão referido no artigo 480-A será apresentado pela parte em desvantagem por escrito à outra parte, contendo os fundamentos do pleito.</p> <p>§ 1º Se o pedido for rejeitado ou não for respondido em prazo razoável, nunca superior a 90 (noventa) dias, poderá ensejar à parte em desvantagem o direito de requerer a resolução do respectivo contrato.</p> <p>§ 2º Os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato retroagirão à data da citação.</p> <p>§ 3º O pedido a que se refere o caput deste artigo não confere o direito de interromper ou suspender o cumprimento do contrato.</p> <p>Art. 480-C. Nenhum empresário tem direito à revisão do contrato empresarial sob a alegação de não ter conferido as informações sobre o objeto prestadas pelo outro contratante durante as tratativas, salvo se a conferência não poderia ter sido feita em razão de segredo de empresa e for falsa a informação prestada.</p>	<p>A doutrina da revisão por onerosidade excessiva merece tratamento apartado para os contratos comerciais. Vide PL 487/13, artigos 375 e 376<sup>9</sup> e PL 9.324/17, artigos 18 e 19.<sup>10</sup></p>
<p>Art. 480-B. Nas relações interempresariais, deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida.</p>	<p>Art. 480-D Nas relações empresariais, deve-se presumir o equilíbrio e o profissionalismo dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida.</p>	<p>A previsão do artigo 480-B adota o termo “simetria”, que embora tenha representação clara no campo econômico, não tem maior presença no linguajar jurídico. Melhor a referência ao equilíbrio como antídoto às alegações de assimetria ou dependência econômica por via da hipossuficiência ou de inexperiência justificadora de invocação de lesão. As expressões “equilíbrio e profissionalismo” têm melhor efeito para esse propósito.</p>

1 Art. 4º As obrigações mercantis reger-se-ão pelos princípios da liberdade de contratar, da autonomia da vontade privada, da plena vinculação dos contratantes ao contrato e da boa-fé.

2 Parágrafo único. Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição

deste Código ou da lei, ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade da regra.

3 Art. 6º As normas do direito civil somente serão aplicáveis quando a lacuna do regime específico desta Lei não puder ser sanada por recurso à analogia com outras normas de direito comercial.

4 Art. 16. A função social do contrato não poderá ser invocada por uma das partes com a pretensão de alterar ou invalidar obrigações contratadas.

5 A revisão judicial de cláusulas do contrato empresarial é excepcional.

6 Art. 7º As obrigações mercantis interpretam-se de forma a preservar e conferir sentido às estipulações feitas pelos contratantes, com atenção ao conjunto das disposições contratuais, em seu contexto, de acordo com a prática do comércio, a função econômica do contrato, o objeto e o fim almejado pelas partes. §1º Deve-se preferir na interpretação o sentido que mais se aproxime da intenção manifesta das partes, em detrimento daquele resultante de interpretação literal. §2º Não é de se priorizar a interpretação que suprima os efeitos úteis de uma estipulação contratual. §3º A conduta das partes subsequente à contratação deverá ser considerada na interpretação das obrigações contratuais. § 4º Não prevalecerá a interpretação do contrato empresarial que implicar a obrigação de conduta contraditória com a prática anterior das partes na elaboração ou na execução do contrato. § 5º As partes poderão indicar no preâmbulo do contrato considerações que identifiquem a função econômica do contrato, seu objeto e sua finalidade. Art. 8º As obrigações mercantis presumem-se onerosas. Art. 9º Para que seja considerada como fonte relevante para interpretação de contratos mercantis, a prática deverá ser duradoura, geral e difundida entre os diversos agentes daquele segmento econômico. §1º A prática do comércio poderá ser comprovada mediante testemunhas, contratos, precedentes judiciais, condições gerais de contratação divulgadas ao público e materiais editados por entidades vinculadas ao segmento relevante da atividade econômica em questão, dentre outros meios congêneres. §2º Quando houver prática difundida em âmbito internacional, esta deverá ser considerada para identificação dos padrões seguidos naquele segmento da atividade econômica.

7 Art. 145. Na interpretação do negócio jurídico empresarial, o sentido literal da linguagem não prevalecerá sobre a essência da declaração. Parágrafo único. A essência da declaração será definida, sem prejuízo de outros justificados elementos de convicção: I – pelos objetivos visados pelo empresário; e II – pela função econômica do negócio jurídico empresarial. Art. 146. As declarações do empresário, relativas ao mesmo negócio jurídico, serão interpretadas no pressuposto de coerência de propósitos e plena racionalidade do declarante. Art. 147. Não prevalecerá a interpretação do negócio jurídico empresarial que implicar comportamentos contraditórios. Parágrafo único. O disposto neste artigo não exclui a coibição ao comportamento contraditório, considerada a conduta da parte na execução do contrato. Art. 148. O negócio jurídico empresarial é presumivelmente oneroso.

8 Termos contratuais obscuros serão interpretados preferencialmente em desfavor da parte que os tenha proposto.

9 Art. 375. Nenhum empresário tem direito à revisão do contrato empresarial sob a alegação de não ter conferido as informações sobre o objeto prestadas pelo outro contratante durante as tratativas, salvo se a conferência não poderia ter sido feita em razão de segredo de empresa e for falsa a informação prestada. Art. 376. As partes podem contratar margem razoável de perda para a hipótese de quebra da base do contrato, com desequilíbrio contratual motivado por álea extraordinária. § 1º. Não tendo sido contratada nenhuma margem, a parte prejudicada pelo desequilíbrio suportará as perdas em montante equivalente a até 20% (vinte por cento) do valor do contrato. § 2º. Salvo disposição contratual em contrário, somente cabe a revisão ou resolução do contrato empresarial por onerosidade excessiva no caso de a perda resultar superior à margem referida neste artigo.

10 Art. 18. Os contratos mercantis poderão ser revistos quando o seu cumprimento se tornar demasiadamente oneroso para uma das partes, com extrema vantagem para a outra, em razão de fatos que alterem substancialmente o equilíbrio das prestações inicialmente pactuadas, quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes condições: I – o contrato seja de execução diferida ou continuada; II – os fatos sejam supervenientes ao contrato e reste demonstrado que não podiam ser previstos por um empresário com razoável diligência; III – os fatos restem comprovados como fora da esfera de controle da parte em desvantagem; IV – o risco desse desequilíbrio não haja sido considerado no estabelecimento da equivalência inicial das prestações contratadas. Art. 19. O pedido de revisão será apresentado pela parte em desvantagem por escrito à outra parte, contendo os fundamentos do pleito. § 1º Se o pedido for rejeitado ou não for respondido em prazo razoável, nunca superior a 90 (noventa) dias, poderá ensejar à parte em desvantagem o direito de requerer a resolução do respectivo contrato. § 2º Os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato retroagirão à data da citação. § 3º O pedido a que se refere o caput deste artigo não confere o direito de interromper ou suspender o cumprimento do contrato.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O marco legal da inovação e o aumento da interação entre universidade e empresa:** contribuições para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento

**Legal framework for innovation and the increment of interaction between university and company:** contributions for the consolidation of the fundamental right to development

Thiago Paluma

Eline Débora Teixeira

# O marco legal da inovação e o aumento da interação entre universidade e empresa: contribuições para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento\*

## Legal framework for innovation and the increment of interaction between university and company: contributions for the consolidation of the fundamental right to development

Thiago Paluma\*\*

Eline Débora Teixeira\*\*\*

### Resumo

O presente artigo aborda as principais mudanças trazidas pela Lei da Inovação (Lei 10.973/2004), posteriormente modificada pelo Marco Legal da Inovação (Lei 13.243/2016), no que tange aos seus reflexos para o aumento da interação entre as universidades e as empresas, na perspectiva da consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento. Adotar-se-á, ao longo deste estudo, o conceito de desenvolvimento de Amartya Sen, que consiste em uma perspectiva mais ampla e integrada entre desenvolvimento não apenas econômico, mas também social, com base no aumento das liberdades individuais. Ademais, abordar-se-á o referido conceito para se conceber o direito ao desenvolvimento como um verdadeiro direito fundamental. O objetivo geral do presente estudo consiste em analisar em que medida o aumento da interação entre universidade e empresa pode contribuir para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento, por meio de uma análise crítica da referida legislação e das políticas públicas estabelecidas a partir dela. O método de abordagem é o dedutivo, com base na análise dos principais pontos da legislação ordinária nos quais ocorreram mudanças no que diz respeito ao aumento da interação entre universidade e empresa, e como essas mudanças podem promover a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento, como um direito constitucionalmente e garantido. Conclui-se que a mera positivação do direito fundamental ao desenvolvimento é insuficiente por si só, do ponto de vista prático, para sua consolidação, carecendo de efetivas ações promocionais voltadas para a criação e o aprimoramento de políticas públicas que efetuem a democratização dos espaços dos NITs.

**Palavras-chave:** Marco legal da inovação. Direito ao desenvolvimento. Universidades. Empresas.

\* Recebido em 17/08/2018  
Aprovado em 01/11/2018

\*\* Doutor em Direito pela Universidade de Valencia. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. E-mail : thiago.paluma@ufu.br.

\*\*\* Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Professora do Centro Universitário Patos de Minas-UNIPAM. E-mail: elinedeborah@gmail.com.

## Abstract

This article deals with the main changes brought about by the Innovation Law (Law 10.973 / 2004), later modified by the Legal Framework for Innovation (Law 13243/2016), regarding its effects on the increase of interaction between universities and companies, with a view to consolidating the fundamental right to development. Throughout this study the concept of Amartya Sen's development will be adopted, which consists of a broader and more integrated perspective between development not only economic but also social, based on the increase of individual freedoms. In addition, this concept will be considered as a background to conceive the right to development as a true fundamental right. The general objective of the present study is to analyze to what extent the increased interaction between university and business can contribute to the consolidation of the fundamental right to development, through a critical analysis of said legislation and the public policies established by it. The method of approach is the deductive, based on the analysis of the main points of ordinary legislation in which changes have taken place in increasing the interaction between university and company, and how these changes can promote the consolidation of the fundamental right to development, as a constitutionally guaranteed right. It is concluded that the mere affirmation of the fundamental right to development is insufficient in itself, from a practical point of view, for its consolidation, lacking effective promotional actions aimed at the creation and improvement of public policies that effect the democratization of the spaces of the NITs.

**Keywords:** Legal Framework for Innovation. Right to development. Universities. Companies.

## 1 Introdução

O Marco Legal da Inovação (Lei 13.243/2016) positivou, em seu artigo 1º, parágrafo único, inciso I, o Princípio da Necessidade de Promoção de Atividades Científicas e Tecnológicas como estratégias para a promoção do desenvolvimento socioeconômico.

Contemporâneo à novidade legislativa, tem-se o relatório econômico OCDE Brasil 2018<sup>1</sup>, em que o Brasil mantém-se como uma das maiores economias do mundo, mas com um abismo social marcado pela desigualdade. Ou seja, a realidade brasileira é de crescimento econômico, ainda que reduzido nos últimos anos, apartado de desenvolvimento social.

O descompasso entre o crescimento econômico e o desenvolvimento brasileiro constitui justificativa para pesquisar os impactos da legislação que cria incentivos para a interação entre universidade e empresa, e o papel destinado aos Núcleos de Inovação Tecnológica – NITs com base no Marco Legal da Inovação, como influenciadores ou propulsores de desenvolvimento econômico e social.

Diante disso, a presente pesquisa tem por escopo responder à seguinte problemática: como o aumento da interação entre universidade e empresa, positivada pelo Marco Legal da Inovação, contribui para a consolidação do direito ao desenvolvimento como um direito fundamental?

A hipótese que se trabalha consiste no aumento da interação entre universidade e empresa com base no Marco Legal da Inovação. Tem como objetivo específico promover a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento. Ainda nessa seara, será abordada a necessidade de democratização dos espaços de conexão entre universidade e empresa, de forma que a mera positivação desse aumento da interação não constitui garantia de sua realização, sendo necessárias políticas públicas com ações promocionais do Direito

<sup>1</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO. *Relatórios econômicos OCDE: Brasil 2018*. Paris: Éditions OCDE, 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264290716-pt>>. Acesso em: 17 jul. 2018.



estruturado<sup>2</sup>, pós-disciplinares<sup>3</sup>, voltadas à consolidação dessa relação.

O presente trabalho parte da Teoria do Desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen<sup>4</sup>, como pano de fundo para se conceber o direito ao desenvolvimento como disciplina a ser tratada não apenas pela economia, com sua racionalidade voltada para o lucro. Neste trabalho, pretende-se fundamentar o direito ao desenvolvimento como um verdadeiro direito fundamental, de forma que a sua realização não consista, meramente, em aumento de riquezas, sendo necessária, também, a consolidação do direito às liberdades individuais para o desenvolvimento pleno.

Assim, o objetivo geral da presente pesquisa consiste em estabelecer o aumento da interação entre universidade e empresa como meio para contribuir, funcionalmente, com a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento, para além da mera estrutura de positivação no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da análise crítica da evolução legislativa e das políticas públicas estabelecidas a partir da lei em questão.

No primeiro tópico, analisar-se-á o surgimento da legislação reguladora da inovação no Brasil e sua evolução. Serão abordadas as principais modificações voltadas para o aumento da interação entre universidade e empresa, e como essas modificações geraram o aumento da segurança jurídica nas atividades realizadas em conjunto.

No segundo tópico, cumpre fundamentar o direito ao desenvolvimento como verdadeiro direito fundamental irrenunciável, com base na Teoria do Desenvolvimento como liberdade e na teoria geral e clássica dos direitos fundamentais. Ademais, relacionar-se-á o aumento da interação entre a universidade e a empresa com a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento, com base na necessidade de aprimoramento e efetivação das políticas públicas nas universidades.

Para enfrentar a problemática proposta, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, uma vez que serão analisados os principais pontos da legislação ordinária nos quais ocorreram mudanças no que diz respeito à interação entre universidade e empresa, e como essas mudanças podem promover a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento, como um direito constitucionalmente garantido.

Não obstante, utilizar-se-á o método de procedimento histórico, por meio de um panorama da evolução normativa em âmbito nacional e alguns instrumentos internacionais relativos ao direito fundamental ao desenvolvimento<sup>5</sup>. Como técnicas de pesquisa, adotar-se-á a pesquisa bibliográfica e a análise documental, com enfoque para documentos relacionados que refletem direta ou indiretamente o desempenho do direito ao desenvolvimento no Brasil por meio de políticas públicas específicas<sup>6</sup>.

## 2 A interação entre universidade e empresa: da Lei de Inovação ao marco legal da inovação

Neste tópico, analisar-se-á o surgimento da legislação reguladora da inovação no Brasil, com foco na

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007.

<sup>3</sup> SOLSONA, Gonçal Mayos. Empoderamiento Y desarrollo humano: actuar local y pensar postdisciplinarmente. In: DÍAZ, Yanko Moyano et al. *Postdisciplinariedad y desarrollo humano: entre pensamiento y política*. Barcelona: Linkgua, 2014. p. 189.

<sup>4</sup> O presente artigo utiliza como marco teórico a obra SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

<sup>5</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>6</sup> PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.



interação entre universidade e empresa, com a Lei da Inovação. Posteriormente, as principais modificações trazidas recentemente pelo Marco Legal da Inovação serão analisadas, bem como pelo Decreto nº 9.283/2018, que teve como finalidade regulamentar a legislação ordinária.

## 2.1 Lei de Inovação e as dificuldades de interação entre universidade e empresa

A Lei de Inovação (Lei 10.973/2004), promulgada em dezembro de 2004, positivou, dentre os seus principais objetivos, a transferência de tecnologia entre universidades e empresas. Ademais, positivou-se no referido diploma legal o direito de exploração dos *royalties* sobre os licenciamentos de qualquer espécie de propriedade intelectual (marcas, patentes, programas de computador, dentre outros)<sup>7</sup>. Segundo Denis Barbosa<sup>8</sup>, algumas criações não estão inseridas na proteção da Lei de Inovação, que possui foco apenas nas criações de caráter tecnológico<sup>9</sup>. Tais criações são protegidas e reguladas por diplomas legais específicos.

A Lei de Inovação brasileira, quando de sua promulgação, foi estruturada em sete capítulos. Quatro capítulos foram voltados para a atividade inovativa<sup>10</sup> em diferentes ambientes, quais sejam: estímulo à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação; estímulo à participação das ICTs no processo de inovação; estímulo à inovação nas empresas; estímulo ao inventor independente. Ademais, a Lei de Inovação deu grande espaço ao estímulo para a interação entre a universidade e a empresa. De fato, 15 dos seus 29 artigos já regulavam as bases de estímulo a essa questão<sup>11</sup>.

No processo de interação entre universidade e empresa, merecem destaque o artigo 4º, que estabeleceu as regras sobre a utilização dos laboratórios e das instalações das universidades com as empresas; o artigo 8º, que estabeleceu as regras sobre a prestação de serviços por ICTs a instituições privadas; e, o artigo 9º, que estabeleceu as regras sobre acordos de parceria entre ICTs e instituições privadas para o desenvolvimento tecnológico<sup>12</sup>.

A referida lei estabeleceu o conceito de ICT, como “órgão ou entidade da administração pública cuja missão institucional seja preponderantemente voltada à execução de atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico, tecnológico ou de inovação”. Nesse sentido, universidades são espécies de ICTs. Estabeleceu, também, o conceito de NIT, como “núcleo ou órgão constituído por uma ou mais ICT com a finalidade de gerir sua política de inovação”<sup>13</sup>.

Esses conceitos foram pioneiros, marcando, definitivamente, uma nova era para a inovação no Brasil e estabelecendo política pública muito importante, que foi a implantação de núcleo especializado, o NIT, dentro de ICTs, com a função de, além de gerir a política de inovação, estabelecer e fomentar a interação da Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação – PD&I da universidade com as empresas. Na realidade, algumas

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2018.

<sup>8</sup> BARBOSA, Denis Borges et al. *Direito da inovação: comentários à Lei nº 10.973/2004, lei federal da inovação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 21.

<sup>9</sup> A Lei de Inovação traz um arcabouço de conceitos atinentes à área da PD&I, definindo, especificamente, o que entende por criação: “invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, programa de computador, topografia de circuito integrado, nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada e qualquer outro desenvolvimento tecnológico que acarrete ou possa acarretar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento incremental, obtida por um ou mais criadores”. ARAÚJO, Nizete Lacerda et al. *Marco legal da inovação: breves comentários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

<sup>10</sup> A Lei de Inovação aproxima-se do conceito dado pelo Manual de Oslo à inovação. Portanto, inovação é o desenvolvimento de um produto, de um processo ou de um serviço de forma diferente da já conhecida e pronto para ser colocado no mercado. Difere-se do conceito de invenção, que consiste em uma ideia nova que leva à solução prática de um problema tecnológico inédita. ARAÚJO, Nizete Lacerda et al. *Marco legal da inovação: breves comentários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 114.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2018.

<sup>12</sup> BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2018.

<sup>13</sup> BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2018.

Instituições Federais de Ensino Superior – IFES já dispunham dessa modalidade de setor, a formalização legislativa ocorre apenas em 2004<sup>14</sup>.

Após a implementação da legislação de 2004 nota-se a necessidade de reformulação dos conceitos legais, assim como a necessidade de otimização das políticas de interação estabelecidas pela referida legislação, a fim de tornar a Lei de Inovação um verdadeiro eixo jurídico-institucional pensado para fortalecer as áreas de PD&I no Brasil.

A partir dessa necessidade, a Lei de Inovação é alterada pela Lei 13.243/2016, mais conhecida como Marco Legal da Inovação. A nova legislação aumenta a autonomia universitária no estabelecimento de relações com empresas, com o intuito de melhorar a interação entre esses entes, estimulando as ações conjuntas de PD&I, a proteção da propriedade intelectual e a transferência de tecnologia. Não obstante a nova previsão legislativa, verificou-se, com base em relatórios de órgãos oficiais<sup>15</sup>, que essa interação, ainda, caminha de maneira muito tímida e abaixo do esperado.

Ademais, as universidades públicas brasileiras possuem um padrão de produção de conhecimento que consiste basicamente em estabelecer linhas de pesquisa dissociadas dos interesses do setor privado, produzindo, assim, como resultados de suas atividades, a produção de artigos científicos em periódicos indexados ou de pesquisas sem aplicação industrial. Trata-se, conforme a agenda “Produtivismo incluyente: empreendedorismo vanguardista”<sup>16</sup>, apresentada pela Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE) para o desenvolvimento do país, do reflexo de um sistema de incentivos que privilegia a quantidade de publicações em detrimento de atividades de maior efeito prático, e que tem como base os critérios uniformes de avaliação institucional e de desempenho individual de seus pesquisadores e professores.

O efeito desses mecanismos de incentivo consiste em impor uma barreira que impede a valorização das pesquisas mais práticas e de maior impacto, distanciando os pesquisadores e as ICTs do mercado e da sociedade civil. Ademais, a própria Lei de Inovação, em sua forma original, era carente de definições claras sobre as boas práticas e o modo de operação e gestão da inovação por ICTs e sobre a forma ideal de parceria com as empresas privadas.

Bobbio<sup>17</sup> já abordava a necessidade da função promocional do Direito, que deve adequar a sua teoria geral às transformações da sociedade contemporânea. Nesse contexto, para o autor, o Direito deve ser inserido na sociedade como um fenômeno dinâmico, promocional, composto por uma humanidade destinada ao bem comum e à realização individual promovida pelo Estado bonificador, e não mais apenas sancionador e repressor.

<sup>14</sup> ARAÚJO, Nizete Lacerda et al. *Marco legal da inovação: breves comentários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 9.

<sup>15</sup> Essas dificuldades podem ser constatadas com base na interpretação de alguns estudos empíricos, produzidos por órgãos estatais responsáveis por esse controle, como os Relatórios anuais tanto do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI quanto do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação – MCTI (Formict). O Formict é um relatório produzido pelo MCTI para atender ao art. 17 da Lei de Inovação, o qual dispõe que as ICTs públicas deverão prestar informações anuais ao MCTI. Da interpretação desse relatório, observa-se um crescimento na implementação da política de inovação, mas permanece a dificuldade de implementação de algumas atividades da política de inovação, especialmente aquelas ligadas ao empreendedorismo, gestão de incubadoras e participação no capital social de empresas. Com base no relatório de atividades do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, no ano de 2017, foram depositados 28.667 pedidos de patente. Desse total, o Brasil ocupa o segundo lugar no ranking da origem dos depositantes de patentes de invenção no Brasil (21%), perdendo para os Estados Unidos da América (31%). Ademais, no Brasil, apenas 24% desses pedidos foram originados das Instituições de Ensino e Pesquisa – ICTs, perdendo em números para os pedidos originados de pessoas físicas, que ficaram com 47%. Quando se fala em pedido de patentes de modelo de utilidade, as ICTs foram responsáveis por apenas 3% desses pedidos em 2017, ficando atrás das pessoas físicas (68%), das empresas de médio e grande porte (14%) e das empresas de pequeno porte (14%). O baixo índice de depósitos de pedidos de registros de patentes advindos das ICTs contribui também para a afirmação das dificuldades enfrentadas pelas universidades na efetivação da interação com as empresas, uma vez que pouco se registra de propriedade intelectual, inviabilizando a posterior transferência dessa tecnologia para as empresas.

<sup>16</sup> BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. *Produtivismo incluyente: empreendedorismo vanguardista*. Brasília: SAE/PR, 2015.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007. p. 6.

Nesse sentido, Bobbio explorou e promoveu um Direito destinado a atender, cada vez mais, as difíceis e complexas necessidades de um Estado não mais regulador de todos os direitos e obrigações individuais e coletivas, mas obrigado a dar liberdade às relações contratuais privadas individuais e empresariais, perante uma estrutura jurídica estanque a se transformar para promover interesses gerais, voltados para o desenvolvimento da sociedade pensada coletivamente<sup>18</sup>.

A partir dessa perspectiva, cabe ao Estado instrumentalizar a estrutura jurídica com a função de conduzir o cidadão a praticar boas ações para com a sociedade. Nesse sentido, o pensamento de Bobbio vem ao encontro do objetivo geral proposto na presente pesquisa, consistente em contribuir para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento por meio do aumento da interação entre universidade e empresa, para além da mera positivação, sendo necessárias políticas públicas que promovam tal interação.

Complementarmente, está o pensamento de Amartya Sen, para quem o papel do desenvolvimento analisado somente através de fatores como o crescimento do produto interno bruto, aumento de renda, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social são insuficientes para a expansão das liberdades. Para o autor, o crescimento econômico não pode ser considerado fim em si mesmo, deve estar relacionado com a melhoria de vida dos indivíduos e com o fortalecimento das liberdades<sup>19</sup>.

Assim, o Marco Legal da Inovação tem importante papel na promoção da melhoria de vida dos indivíduos, pois estimula a conexão entre as pesquisas desenvolvidas na universidade e a transferência dessa tecnologia para o setor privado, permitindo com que a população tenha acesso às pesquisas desenvolvidas no meio acadêmico-científico.

Dessa forma, esse diploma legal modificou não apenas a Lei de Inovação, mas diversas legislações atinentes ao processo de otimização e valorização da inovação brasileira, como a Lei de Licitações, por exemplo. Essas alterações serão tratadas adiante, sob o olhar do aumento da interação entre universidade e empresa, como premissa para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento.

## 2.2 Marco Legal da Inovação e o aumento do incentivo à interação entre universidade e empresa

Em 8 de janeiro de 2016, foi sancionada a Lei nº 13.243, fruto do Projeto de Lei da Câmara - PLC nº 77/2015<sup>20</sup>, e, anteriormente, do Projeto de Lei – PL nº 2.177/2011<sup>21</sup>, que instituiu o chamado Marco Legal da Inovação no Brasil. Esse tópico dedica-se a analisar as principais mudanças trazidas por essa legislação na melhoria da interação entre a universidade e a empresa, comparando-o à Lei de Inovação.

Na redação original da Lei de Inovação, o conceito de ICT abrangia os entes da administração pública executores de atividades de pesquisa e inovação, como as universidades e institutos públicos de pesquisa. Porém, levando-se em consideração a abrangência do Sistema Nacional de Inovação (SNI)<sup>22</sup>, a Lei 13.243/16 modificou tal previsão legal e ampliou o conceito de ICT, passando-se a incluir as mais diversas instituições

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007. p. 50.

<sup>19</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

<sup>20</sup> BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara no 77/2015*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/EnXv0w>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

<sup>21</sup> BRASIL. Câmara do Deputados. *Projeto de Lei no 2.177/2011*. Institui o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/xyejaA>> Acesso em: 17 jul. 2018.

<sup>22</sup> É preciso entender o significado de Sistema Nacional de Inovação para compreender o papel das universidades no desenvolvimento tecnológico de um país. O Sistema Nacional de Inovação compreende uma rede de instituições públicas e privadas e de mecanismos que produzem, disseminam e desenvolvem inovações tecnológicas em determinado país. Incluem-se nesse sistema: as universidades, o governo, as agências reguladoras e de fomento, as leis de inovação e de propriedade intelectual, as empresas públicas e privadas e seus laboratórios de pesquisa, as associações empresariais, os institutos de pesquisa, as escolas técnicas, dentre outros. PÓVOA, L.M.C. *Patentes de universidades e institutos públicos de pesquisa e a transferência de tecnologia para empresas no Brasil*. 2008. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.



com diferentes personalidades jurídicas vinculadas à esfera pública e que também realizam atividades de PD&I, assim como as instituições de direito privado sem fins lucrativos e algumas organizações sociais.

Nesse contexto, o Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018, que regulamentou o Marco Legal da Inovação, fez a diferenciação entre ICT pública e privada, de forma que a ICT pública é a integrante da administração pública direta ou indireta, incluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Já a ICT privada é constituída sob a forma de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos<sup>23</sup>.

Uma importante possibilidade de interação entre universidade e empresa prevista na Lei de Inovação consiste na possibilidade de compartilhamento de laboratórios, instrumentos, equipamentos, materiais e demais instalações das ICTs em atividades de incubação de empresas, além da permissão para utilização dessas instalações para a realização de atividades de PD&I, que podem ser voltadas para um produto específico solicitado por determinada empresa.

Na redação original da Lei de Inovação estabeleceu-se que o estímulo para que ICTs engajem-se nas atividades de PD&I é a possibilidade de remuneração para tanto. A Lei 13.243/2016 inovou no sentido de permitir que a contrapartida para compartilhamento e permissão de utilização de instalações de ICTs públicas seja financeira ou não financeira, revogando-se a expressão “remunerada” prevista na redação original. Isso significa que as ICTs podem receber como forma de contrapartida pelo compartilhamento dos laboratórios, por exemplo, o protótipo resultante do projeto desenvolvido ou a cotitularidade da tecnologia desenvolvida<sup>24</sup>.

Ademais, pairava a insegurança jurídica na forma de captação desses recursos pelas ICTs. Com o intuito de tentar conferir maior segurança a essas relações, em 2014, a Portaria MCTI nº 251/2014 regulamentou a forma de recebimento de remuneração dos órgãos da administração pública por ente privado com relação à permissão de utilização de instalações de seus laboratórios e unidades de pesquisa, estipulando que seria por meio de Guia de Recolhimento da União – GRU. Porém, apesar da regra trazida pela Portaria Ministerial, as universidades não se sentiram estimuladas a praticar essa interação com o setor produtivo, uma vez que os recursos advindos de suas atividades de PD&I acabavam não permanecendo em seus próprios orçamentos, mas sendo destinadas ao Tesouro Nacional<sup>25</sup>.

Para melhorar a gestão desses recursos, o Marco Legal da Inovação modificou tal entendimento e estabeleceu que os recursos financeiros de contrapartidas pelas parcerias com as ICTs poderão ser repassados pelas contratantes diretamente para as fundações de apoio, estabelecendo, assim, a possibilidade de os recursos advindos das atividades de PD&I serem reaplicados na própria instituição, constituindo importante incentivo à interação entre universidade e empresa.

Em que pese ter ocorrido essa mudança positiva, ainda paira a insegurança jurídica com relação a captação por ICTs de recursos oriundos da prestação de serviços a empresas mediante fundações de apoio, uma vez que não houve alteração na redação dos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 8º da Lei de Inovação, que regulamentam o recebimento de retribuição pecuniária por pesquisadores envolvidos nessas atividades.

Assim, permanecem os questionamentos das ICTs sobre como esses valores devem ser calculados, tanto em relação ao tempo de dedicação do pesquisador quanto o valor e a forma de recebimento dessa retribuição. Nesse sentido, a nova legislação continua propícia a subutilização do mecanismo de incentivo e ao envolvimento de pesquisadores públicos na prestação de serviços em atividades de PD&I.

<sup>23</sup> BRASIL. Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, dentre outras. *Diário Oficial da União, Brasília*, 2018. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm)>. Acesso em: 21 de jul. 2018.

<sup>24</sup> BARBOSA, Cynthia Mendonça; ARAÚJO, Elza Fernandes de. O novo marco legal da ciência, tecnologia e inovação e os seus principais enfoques. In: ESPINDOLA, Foued Salmen; PALUMA, Thiago. *Boas práticas em gestão da inovação*. Curitiba: Íthala, 2017. p. 23.

<sup>25</sup> RAUEN, C. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa? *Radar 43*, p.26, fev. 2016.

Diante de tal lacuna, o Tribunal de Contas da União (TCU) vem consolidando seu entendimento sobre os temas mais relevantes que cercam essa matéria, como a impossibilidade do estabelecimento de remuneração de fundação de apoio fundada em taxa de administração, comissão, participação ou outra espécie de recompensa variável, que não traduza preço certo<sup>26</sup>; ilegalidade de contratação indireta de pessoal por fundação de apoio interposta para a execução de atividades inerentes ao plano de cargos e salários da ICT, por constituir fraude ao instituto do concurso público<sup>27</sup> e a possibilidade de incorporação às IFES de bens adquiridos na execução de projetos<sup>28</sup>;

No que diz respeito à participação de pessoal docente e de técnicos administrativos, o TCU tem deliberado pela firme aplicação dos requisitos exigidos pela Lei 8.958/1994 (prazo determinado, fora da jornada de trabalho, excetuada a colaboração eventual, sem prejuízo de suas atribuições funcionais)<sup>29</sup>. O TCU tem se posicionado pela exigência de projeto voltado para a pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional, com prazo determinado<sup>30</sup> e também pela irregularidade da subcontratação total do objeto de ajustes realizados pelas IFES com suas fundações de apoio por intermédio de dispensa de licitação, bem como pela subcontratação parcial que delegue a terceiros a execução do núcleo do objeto contratado, por constituir fraude ao regular processo licitatório<sup>31</sup>. Por fim, o TCU também entende obrigatória a prestação de contas dos convênios regidos pela Lei nº 8958/1994<sup>32</sup>.

Outro importante instrumento de estímulo à interação universidade-empresa é a possibilidade de compartilhamento de laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações (art. 4º, I do Marco Legal da Inovação). A nova Lei modificou o destinatário desse compartilhamento de “microempresas e empresas de pequeno porte” para “ICT ou empresas”, ampliando o público que pode ser beneficiado<sup>33</sup>.

O Marco Legal da Inovação, também, oficializou a modalidade de incubação de projetos tecnológicos, na qual as equipes das empresas ficam incubadas para desenvolverem seus projetos em constante interação com as equipes das universidades ou das demais espécies de ICTs<sup>34</sup>, criando importante instrumento para o fortalecimento da relação entre a empresa incubada e a ICT que a apoiou.

Destaca-se, também, dentre as principais alterações à Lei de Inovação, a oficialização de uma prática comum, que consiste na cessão ao parceiro privado dos direitos da propriedade intelectual das criações resultantes da parceria, transferindo-se a titularidade e os direitos de exploração econômica ao parceiro, como alternativa ao licenciamento (com ou sem exclusividade).

Nesse contexto, sobre o tema propriedade intelectual, o Decreto nº 9.283<sup>35</sup> regulamenta algumas questões importantes, como: a previsão da titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria; a modalidade de reembolso de custos sem remuneração adicional, dentre outros<sup>36</sup>.

Outra importante alteração proposta pelo PLC 77/2015 foi a possibilidade de que alunos de curso técnico, graduação ou pós-graduação também pudessem desenvolver atividades de inovação nas ICTs a que se vinculam, podendo receber bolsa de estímulo à inovação. A Mensagem Presidencial nº 8/2016 vetou tal

<sup>26</sup> Acórdãos nº 716/2016 – P, 1233/2006 – P, dentre outros;

<sup>27</sup> Acórdãos nº 3548/2006 – 1ª C, 6/2007 – P, dentre outros;

<sup>28</sup> Acórdãos nº 302/2006 – P, 966/2006 – P, dentre outros;

<sup>29</sup> Acórdãos nº 302/2006 – P, 2135/2006 – P, dentre outros;

<sup>30</sup> Acórdãos nº 2295/2006 – P – Relação 152/2006 GAB VC, 253/2007 – P Relação 9/2007 GAB GP, dentre outros;

<sup>31</sup> Acórdãos nº 2259/2007 – P Relação 41/2007 GAB GP, 1273/2006 – 2ª C, dentre outros;

<sup>32</sup> Acórdãos nº 1966/2006 – 1ª C, 1882/2007 – P, dentre outros;

<sup>33</sup> ARAÚJO, Nizete Lacerda et al. *Marco legal da inovação: breves comentários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 143.

<sup>34</sup> RAUEN, C. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa? *Radar 43*, p. 26, fev. 2016.

<sup>35</sup> BRASIL. Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, dentre outras. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2018. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm)>. Acesso em: 21 de jul. 2018.

<sup>36</sup> ARAÚJO, Nizete Lacerda et al. *Marco legal da inovação: breves comentários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 185.

possibilidade, sob o argumento de que reduziriam as receitas tributárias da União, promovendo desequilíbrio fiscal<sup>37</sup>. Esse veto consolida o desestímulo ao engajamento de alunos de ICTs privadas em atividades de PD&I, situação apartada do interesse público na consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento.

No entanto, o § 4º do art. 35 do Decreto nº 9.283 voltou a regulamentar o assunto, ao estipular que o servidor público, militar, empregado de ICT pública e estudante de curso técnico, de graduação ou de pós-graduação, envolvidos na execução das atividades previstas no caput<sup>38</sup> poderão receber bolsa de estímulo à inovação diretamente da ICT a que estiverem vinculados, de fundação de apoio ou de agência de fomento<sup>39</sup>.

Para gerir esse papel ativo das ICTs, a Lei de Inovação concebeu os NITs, com o objetivo geral de gestão da política de inovação e propriedade intelectual de ICTs, além da função de aproximação entre ICTs e empresas em atividades de PD&I. Essas eram, basicamente, as suas atribuições na redação original da Lei de Inovação.

Adicionalmente, o Marco Legal da Inovação atribuiu novas funções e atividades de caráter estratégico, analítico e prospectivo aos NITs. Assim, ocorreu o fortalecimento do papel a ser desempenhado por esse núcleo dentro das ICTs. No entanto, o grande destaque no que se refere às modificações do papel dos NITs é a possibilidade de possuírem personalidade jurídica própria, inclusive, alterando a Lei no 8.958/1994, podendo assumir a personalidade jurídica de fundações de apoio.

Essa nova alternativa traz, dentre outras vantagens, a maior flexibilidade na gestão dos recursos financeiros dos NITs, inclusive com a possibilidade de constituírem orçamentos independentes das ICTs, e a maior celeridade e possibilidade de atração de perfis e contratação de funcionários com maior capital intelectual para gerir as competências legais, no que tange à política de inovação das ICTs.

Portanto, diversas foram as modificações trazidas pelo Marco Legal da Inovação, que, em certa medida, contribuíram para o aumento da interação entre a universidade e a empresa. No próximo tópico, analisar-se-á como esse aumento de interação contribui para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento.

### 3 Contribuições do aumento da interação entre universidade e empresa para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento

Esse tópico analisará, primeiramente, a natureza jurídica do direito fundamental ao desenvolvimento, com base na Teoria dos Direitos Fundamentais e na Constituição Federal. Adiante, abordar-se-á um princípio em específico, positivado no ordenamento jurídico pelo Marco Legal da Inovação, no artigo 1º, parágrafo único, inciso I, que pretende a “promoção das atividades científicas e tecnológicas como estratégicas para o desenvolvimento econômico e social”<sup>40</sup>. Por fim, verificar-se-á como o aumento da interação entre universidade e empresa pode contribuir de fato para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvi-

<sup>37</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. Mensagem Presidencial nº 8, de 11 de janeiro de 2016. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília: Palácio do Planalto, 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/bDLeXz>>.

<sup>38</sup> Art. 35. O acordo de parceria para pesquisa, desenvolvimento e inovação é o instrumento jurídico celebrado por ICT com instituições públicas ou privadas para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e de desenvolvimento de tecnologia, produto, serviço ou processo, sem transferência de recursos financeiros públicos para o parceiro privado, observado o disposto no art. 9º da Lei nº 10.973, de 2004.

<sup>39</sup> BRASIL. Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, dentre outros. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2018.

<sup>40</sup> BRASIL. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, dentre outras. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 jan. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113243.htm)> Acesso em: 22 jun. 2018.

mento, com base na necessidade do aprimoramento das políticas públicas desempenhadas pelos NITs.

### 3.1 Do direito ao desenvolvimento e da sua natureza jurídica

Após a Segunda Guerra Mundial ocorreu uma nova geração de constituições oriundas dos países que estavam passando pelo processo de reconstrução, assim como dos novos Estados que conseguiram sua independência<sup>41</sup>. Tais constituições reposicionaram o tema do desenvolvimento para além da busca da felicidade individual, abordando a nova concepção de justiça social, impondo a transformação da realidade para um determinado fim constitucionalmente estabelecido.

Nesse sentido, a constituição brasileira de 1988 é considerada um exemplo de reencontro entre o texto constitucional e a questão do desenvolvimento. De uma maneira geral, se as constituições do século XIX se destacavam pela omissão do termo desenvolvimento, as constituições do século XX colocam o desenvolvimento como objetivo do Estado de bem-estar social.

No preâmbulo da constituição brasileira, o desenvolvimento é posto como um fim ao qual o Estado Democrático deve se dedicar. No corpo da lei maior, a primeira referência do termo desenvolvimento é na qualidade de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme consta do seu art. 3º. Inicialmente, no âmbito da Constituição brasileira de 1988, pode-se constatar alguma dificuldade em perceber, imediatamente, a existência de um direito fundamental ao desenvolvimento, na medida em que figura como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, não constando no rol dos direitos individuais do art. 5º.

No entanto, no direito internacional, encontramos a Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável, em virtude do qual todas as pessoas estão habilitadas a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, no qual tanto os direitos humanos quanto as liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados<sup>42</sup>.

Ademais, é conferido ao Estado papel de protagonista da efetivação dessa categoria de direito, tal como pode ser percebido pelo artigo 2.3 da referida declaração, que disciplina o direito e o dever do Estado de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

Ainda assim, persiste apreciar se, na ordem constitucional pátria, é possível afirmar a existência de um direito fundamental ao desenvolvimento, tal como previsto na Declaração das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento. Retomando os conceitos de direitos fundamentais, Robert Alexy defende suas acepções, uma no sentido formal e outra no sentido material. Em sentido formal, direitos fundamentais “são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”<sup>43</sup>.

Sob o ponto de vista substancial, a noção de direitos fundamentais é determinada pelo conceito de dignidade da pessoa humana. Assim, de um lado, existe a ideia de direitos fundamentais prévios ao Estado, que defendem os indivíduos da atuação deste, e, de outro lado, a ideia de direitos fundamentais que existem na medida em que os cidadãos estejam organizados em sociedade, permitindo a proteção de determinados valores socialmente relevantes<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> São exemplos a Constituição indiana de 1950, a Lei Fundamental alemã de 1949, a constituição portuguesa de 1975, a constituição brasileira de 1988 e a constituição sul-africana de 1993.

<sup>42</sup> PALUMA, Thiago. *Propriedade Intelectual e direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Pillares, 2017. p. 86.

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 446.

<sup>44</sup> Na constituição federal brasileira, o Estado é chamado a desenvolver o papel de propulsor do desenvolvimento.



Considerando-se que o direito fundamental ao desenvolvimento não está expressamente elencado no rol de direitos fundamentais da constituição brasileira, questiona-se a possibilidade de se extrair dos fundamentos do Estado um direito fundamental ao desenvolvimento. Sobre a existência de direitos fundamentais ausentes do rol do art. 5º da Constituição brasileira, Sarlet sustenta a possibilidade de ocorrência tanto escritos, positivados na Constituição ou em tratados internacionais, quanto não escritos, deduzidos com base nos princípios fundamentais<sup>45</sup>.

Sustenta-se, no presente artigo, a existência de um direito ao desenvolvimento decorrente dos princípios da Constituição e de documentos internacionais de Direitos Humanos, ou seja, de um direito fundamental que não integra o rol, formal, de direitos fundamentais do art. 5º, encontrando tal status por força do disposto no §2º do mesmo artigo da Constituição de 1988. Ao considerar-se que o desenvolvimento nacional é um fundamento da República Federativa do Brasil, há uma obrigação para o Estado de tomar as medidas necessárias para promover o desenvolvimento do País e, conforme Alexy, a todo dever corresponde um direito de alguém a algo<sup>46</sup>. Assim, se ao Estado é incumbido o dever de promover o desenvolvimento, ao sujeito é conferido o direito a esse algo, nesse caso, ao desenvolvimento.

Dessa maneira, no caso da Constituição Federal, o direito ao desenvolvimento encontra-se na categoria dos direitos fundamentais decorrentes, por força do já citado §2º do art. 5º da Constituição da República<sup>47</sup> e da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento. Ademais, entre as possíveis classificações e categorizações a que o direito ao desenvolvimento pode se sujeitar, merece referência a classificação quanto às dimensões dos direitos. Trata-se de um direito fundamental de terceira dimensão<sup>48</sup>, que se destaca por possuir uma titularidade difusa, de natureza coletiva. Em direitos dessa dimensão, o Estado possui um importante papel para sua efetivação e expansão.

### **3.1.1 A inserção do princípio integrador entre desenvolvimento científico, tecnológico, econômico e social pelo Marco Legal da Inovação e a sua compatibilidade com a teoria do desenvolvimento como liberdade**

O Marco Legal da Inovação alterou o artigo 1º da Lei de Inovação, ao inserir o parágrafo único, com a inserção de quatorze princípios. O primeiro deles compõe o objeto de pesquisa do presente estudo, e será tratado a seguir:

Art. 1o Esta Lei estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País, nos termos dos arts. 23, 24, 167, 200, 213, 218, 219 e 219-A da Constituição Federal. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016).

Parágrafo único. As medidas às quais se refere o caput deverão observar os seguintes princípios: (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016).

I - promoção das atividades científicas e tecnológicas como estratégias para o desenvolvimento

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 57.

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

<sup>47</sup> Art. 5º [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>48</sup> De acordo com Ingo Sarlet, “verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55.

econômico e social; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016).

Essa modificação positiva no ordenamento jurídico brasileiro um importante esclarecimento sobre as intenções integrativas do desenvolvimento. Isso porque, de forma clássica, a Economia era a ciência que se preocupava com a Teoria do Desenvolvimento. Nesse cenário, pensava-se o desenvolvimento econômico de forma apartada do desenvolvimento social, científico e tecnológico.

Assim, Paluma<sup>49</sup> discorre sobre a diferenciação entre desenvolvimento e crescimento. O desenvolvimento consiste na relação mútua entre fatores sociais e econômicos, que pode ser, com base no referencial teórico eleito, estendido a outras hipóteses, como as liberdades individuais e o exercício pleno da democracia. Em contrapartida, o crescimento consiste na análise fria dos dados utilizados. Nesse contexto, o aumento do Produto Interno Bruto – PIB de determinado país refere-se ao crescimento econômico, sem nenhuma preocupação com a transferência de riquezas para as classes menos favorecidas ou com a melhoria da situação social e tecnológica de determinado país ou região.

Essa visão mais ampla de desenvolvimento encontra-se na obra *Desenvolvimento como Liberdade* de Amartya Sen. Para o referido autor, o desenvolvimento pressupõe a remoção das principais fontes de privação de liberdade, como a pobreza, a tirania, a carência de oportunidades econômicas, a negligência dos Estados repressivos e a destituição social sistemática<sup>50</sup>.

Nesse sentido, para que ocorra o desenvolvimento não basta a obtenção de um determinado nível econômico ou social. É imprescindível que o Direito atue como regulador da liberdade, a partir do momento que o desenvolvimento é encarado como um direito fundamental inalienável. Sen destaca-se por indicar o ser humano como o elemento central na busca pelo desenvolvimento, não podendo ser aceitável a privação de sua liberdade em busca de desenvolvimento econômico.

Na abordagem de Sen, a expansão da liberdade é considerada o principal fim e também o principal meio para o desenvolvimento. Para a melhor compreensão da sua abordagem, é preciso analisar as liberdades instrumentais ou liberdades meio. São elas: as liberdades políticas; as oportunidades sociais; as garantias de transparência; as facilidades econômicas e a segurança protetora<sup>51</sup>.

As liberdades políticas referem-se ao direito que os cidadãos possuem de escolher seus governantes, fiscalizar e criticar as autoridades públicas e a liberdade de expressão. As oportunidades sociais são relacionadas com o oferecimento de saúde, educação, dentre outros, para a garantia de uma vida melhor da sociedade. As garantias de transparência visam proteger contra a corrupção e transações ilícitas. As facilidades econômicas dizem respeito à disponibilidade e à utilização dos recursos econômicos, preços, condições e bom funcionamento dos mercados. Por fim, a segurança protetora compreende a rede de segurança social, responsável por evitar que os indivíduos se submetam à miséria, fome, e demais situações degradantes.

Assim, para Sen, a utilidade da riqueza não está nela mesma, e sim nas possibilidades que ela permite aos indivíduos realizarem. Por isso, medidas como o PIB não podem ser consideradas isoladamente, e sim dentro de um contexto de expansão das liberdades individuais.<sup>52</sup> A liberdade dos indivíduos, nesse contexto, é elemento constitutivo fundamental do processo de desenvolvimento. Ainda, essas liberdades podem ser aumentadas por meio de políticas públicas e aperfeiçoadas por meio das capacidades participativas da população.

Nesse cenário, enquanto o desenvolvimento é a expansão de liberdades individuais, a pobreza é a privação das capacidades básicas. Ademais, para Sen, a Economia falha ao centrar na utilidade e deixar de lado o valor central da própria liberdade, enxergando uma visão muito restrita de mercados. Assim, o crescimento

<sup>49</sup> PALUMA, Thiago. *Propriedade intelectual e direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Pillares, 2017. p. 93.

<sup>50</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 58.

<sup>51</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 58-61.

<sup>52</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 29.

econômico deve ser avaliado com base na expansão de serviços sociais que esse crescimento pode propiciar, e não apenas com relação ao acréscimo de renda privada<sup>53</sup>.

Assim, a inserção do indivíduo na sociedade com a garantia das liberdades pessoais requer um comprometimento social. Nas palavras de Sen:

[...] Como pessoas que vivem — em um sentido amplo — juntas, não podemos escapar à noção de que os acontecimentos terríveis que vemos à nossa volta são essencialmente problemas nossos. Eles são responsabilidade nossa — independentemente de serem ou não de mais alguém<sup>54</sup>.

Nesse sentido integrativo entre desenvolvimento científico, tecnológico, econômico e social, destaca-se o pensamento de Silva<sup>55</sup> e Segala e Gregori<sup>56</sup>, em que se ressalta a importância do desenvolvimento da propriedade intelectual (os NITs, nesse contexto, possuem a função de gerir a propriedade intelectual na conexão da universidade com as empresas) como meio para o fim primordial do desenvolvimento socioeconômico.

Ademais, Varella<sup>57</sup> traz uma perspectiva que comporta duas faces da proteção da propriedade intelectual. A primeira é técnica, voltada para o cumprimento de acordos internacionais, como o TRIPS<sup>58</sup>. A segunda é política, voltada para o cumprimento da função social da propriedade, representada pela escolha de quais setores estimular. Ademais, para o referido autor, é por meio do equilíbrio dessas duas faces da propriedade intelectual que se pode pensar esse sistema de proteção como propulsor do desenvolvimento nacional.

No mesmo sentido, Benetti<sup>59</sup> afirma que a proteção do desenvolvimento científico e tecnológico e sua transformação em inovação é o ponto de partida para alcançar o desenvolvimento científico e tecnológico do país.

Portanto, a Teoria do Desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen guarda total compatibilidade com o princípio inserido no Marco Legal da Inovação, que pretende o desenvolvimento científico e tecnológico como propulsor do desenvolvimento econômico e social, tendo em vista que não se pode conceber o desenvolvimento econômico de maneira apartada do desenvolvimento social, tecnológico e científico, quando se pensa o desenvolvimento como um direito fundamental.

### 3.2 Contribuições do aumento da interação entre universidade e empresa para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento

A Lei de Inovação determinou a política pública de instituição de NITs em ICTs, para a gestão da política de inovação, propriedade intelectual e transferência de tecnologia. O Marco Legal da Inovação ofereceu contribuições para o aumento da interação entre universidade e empresa. Nesse sentido, a Lei de Inovação, o Marco Legal da Inovação, o Decreto nº 9283/2018, a Emenda Constitucional nº 88/2015 e até mesmo a

<sup>53</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 68-69.

<sup>54</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 359.

<sup>55</sup> SILVA, Tatianna Mello Pereira da. Acordo TRIPS: one-size-fits-all?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 69, 2013. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1987> > Acesso em: 25 set. 2018.

<sup>56</sup> SEGALA, Michele M.; GREGORI, Isabel Christine S. de. Os reflexos da proteção internacional da propriedade intelectual para o desenvolvimento interno: uma análise sobre o sistema patentário brasileiro e a transferência de tecnologia. *Revista de Direito Internacional*. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4678> > Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>57</sup> VARELLA, Marcelo Dias. *Políticas públicas para propriedade intelectual no Brasil*. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2005. p. 189.

<sup>58</sup> O TRIPS – Acordo Relacionado aos Direitos de Propriedade Intelectual - consiste em um acordo que teve início em meados de 1986, por insistência dos Estados Unidos e de mais alguns países desenvolvidos. Assim, as discussões sobre os direitos de propriedade intelectual foram levadas para o Gatt – Acordo Geral de Tarifas e Comércio. Durante a última rodada de tratativas, que ocorreu no Uruguai, em 1994, criou-se a OMC – Organização Mundial do Comércio, e um anexo do próprio ato constitutivo dessa organização criou o TRIPS. BARBOSA, Denis Borges. TRIPS e a experiência brasileira. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2005. p. 135.

<sup>59</sup> BENETTI, Daniela Vanila Nakalski. Proteção às patentes de medicamentos e comércio internacional. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 346.

Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, criam uma teia de valores a serem observados, que em conjunto positivam o direito fundamental ao desenvolvimento na ordem jurídica brasileira.

No entanto, observou-se que a simples positivação desse direito não é garantia de sua consolidação. Para tanto, a legislação vigente trouxe instrumentos que visam criar um ambiente propício para a interação entre universidade e empresa, sendo que em geral dependem da atuação do Estado e de políticas públicas que permitam a implementação desses instrumentos. Nesse contexto, Ruas<sup>60</sup>, em face da variedade de teorias e conceitos sobre Políticas Públicas, enfoca, primeiramente, a diferenciação social das sociedades modernas, nas quais existe a possibilidade de conflitos sociais, uma vez que convivem diferentes valores e interesses.

Dessa forma, para a resolução desses conflitos, por meio da coerção, utiliza-se a política. A política, no entendimento de Ruas<sup>61</sup>, consiste em um conjunto de procedimentos que expressam relações de poder e que se destinam à resolução pacífica de conflitos quanto a bens públicos. Já as políticas públicas compreendem um conjunto de decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores.

As políticas públicas requerem diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar decisões tomadas. Nesse sentido, as políticas públicas representam os instrumentos de ação dos governos, substituindo governos por leis — *government by Law* — pelos governos por políticas — *government by policies*. A fonte de justificação das políticas públicas é o Estado social, marcado pela obrigação de implementação dos direitos fundamentais positivos, como o direito fundamental ao desenvolvimento, que exige uma prestação positiva do Poder Público<sup>62</sup>. No mesmo sentido, está o pensamento de Bobbio<sup>63</sup>, colocando em evidência a função promocional do Direito.

É preciso estabelecer uma diferenciação: a política não é uma norma e nem um ato jurídico, no entanto, as normas e atos jurídicos compõem a política<sup>64</sup>. Segundo Fábio Konder Comparato, as políticas públicas constituem programas de ação do governo<sup>65</sup>. O referido autor concorda com Dworkin, para quem a política, quando contraposta à noção de princípio, designa aquela espécie de padrão de conduta que resulta em uma meta a alcançar, uma melhoria das condições econômicas, políticas ou sociais de determinada sociedade. Nas palavras de Dworkin:

Os argumentos de princípio se propõem a estabelecer um direito individual; os argumentos políticos se propõem a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.<sup>66</sup>

O estudo das políticas públicas no Brasil está conectado à evolução sociológica do Direito e à consolidação do Estado democrático de direito — o Estado constitucional pautado pela defesa dos direitos de liberdade e pela implementação dos direitos sociais. No Estado constitucional, a função fundamental do Estado é a concretização dos direitos fundamentais, por meio de políticas públicas criadas no seio do Poder Legislativo ou pela própria Administração<sup>67</sup>, políticas formuladas por intermédio de intelecção sociológico-política.

<sup>60</sup> RUAS, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUAS, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. (Org.). *O estudo da política*. Brasília: Paralelo 15, 1998. p. 231-260.

<sup>61</sup> RUAS, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUAS, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. (Org.). *O estudo da política*. Brasília: Paralelo 15, 1998. p. 231.

<sup>62</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 135, 1996.

<sup>63</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007.

<sup>64</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, n. 737, p. 18, mar. 1997.

<sup>65</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, n. 737, p. 18, mar. 1997.

<sup>66</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 134.

<sup>67</sup> A Lei de Inovação é o principal exemplo, aqui, de legislação que estabeleceu uma política pública. Nesse sentido constata Bucci, que a exteriorização das políticas públicas se afasta de um padrão uniforme e claramente apreensível pelo ordenamento jurídico. BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 133, p. 257, jan/mar. 1997.



A política pública não é um tema ontologicamente jurídico, sendo originária da ciência política e, sobretudo, da sociologia. O interesse sociojurídico pelas políticas públicas vem crescendo em simetria com o crescimento do Poder Executivo, fenômeno próprio do Estado social<sup>68</sup>. As políticas públicas exigem um modo de agir do Estado nas funções dos agentes públicos e privados para a realização de certos fins.

Comparato<sup>69</sup> observa que ocorre um processo de substituição da lei pela política pública, mantendo-se a mesma separação entre a declaração, a execução e o controle. Assim, parece haver uma paulatina substituição da função das leis (sentido omissivo), pela função das políticas (comissivo). Nota-se que a noção de políticas públicas como a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente (ou economicamente) relevantes e politicamente determinados<sup>70</sup> constitui, atualmente, o principal meio de consolidação dos direitos fundamentais.

Assim, os Núcleos de Inovação Tecnológica – NITs evoluem na sua forma de atuação como políticas públicas. Prova disso é a análise da evolução histórica de aprimoramento da legislação desenvolvida no tópico anterior. No entanto, ainda há muito a ser feito. Principalmente no que tange à necessidade de democratização dos espaços dos NITs, no sentido inverso: as empresas precisam demandar as universidades para o desenvolvimento de tecnologias específicas necessárias à sociedade.

Hoje, como abordado, as pesquisas são desenvolvidas dentro das universidades de maneira ainda muito desconectada do setor produtivo, ocorrem muitas vezes por afinidade de determinado professor pesquisador a certo objeto de pesquisa, sem que se observem as reais necessidades da sociedade. Assim, existe a necessidade de abertura dos espaços dos NITs para o setor produtivo, para que estes possam atuar na intermediação de conexão entre a demanda da sociedade e a demanda dos pesquisadores dentro das universidades, como forma de contribuir para a efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento.

Esse caminho inverso pode ser efetivado por meio de editais de fomento, nos quais a administração pública ofereça benefícios tanto para as ICTs quanto para as empresas desenvolverem parcerias voltadas para a PD&I. Uma interessante política pública de fomento, relacionada à CT&I, é a da Financiadora de Inovação e Pesquisa – Finep, vinculada ao Ministério da Ciência Tecnologia, Inovações e Comunicações – MCTIC, intitulada de Finep Startup – Programa de Investimento em *Startups* Inovadoras (Rodada I e II), que utiliza os novos meios de fomento para a CT&I, como a participação estatal como acionista minoritário na empresa/*startup*. No entanto, esse edital destina-se, apenas, às empresas, e não se preocupou em fazer a conexão com as pesquisas dentro das universidades.

É importante ressaltar que já existem tímidos incentivos fiscais às empresas que invistam em PD&I. É o caso da Lei de Informática (Lei nº 8.248/91), que busca alterar a competitividade das empresas por meio da redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e a Lei do Bem (Lei nº 11.196/2005) que permite a dedução direta dos dispêndios em PD&I do lucro das firmas, alterando o custo de uso do capital destinado a esse investimento<sup>71</sup>.

Ademais, Pedro Marcos Nunes Barbosa<sup>72</sup> atenta para a necessidade do poder público investir em CT&I para mudar o seu quadro de dependência tecnológica externa, em detrimento de contar com componentes

<sup>68</sup> Fábio Konder Comparato ensina que o autor pioneiro nesta reclassificação das funções do Estado foi Karl Loewenstein, pregando a substituição da lei pela política pública. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, n. 737, p. 17, mar. 1997.

<sup>69</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, n. 737, p. 18, mar. 1997.

<sup>70</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 133, p. 91, jan./mar. 1997.

<sup>71</sup> KANNEBLEY JÚNIOR, Sérgio; PORTO, Geciane Silveira. *Incentivos fiscais à pesquisa, desenvolvimento e inovação no Brasil: uma avaliação das políticas recentes*. Disponível em: <<https://www.innovationpolicyplatform.org/system/files/Incentivos%20Fiscais.pdf>> Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>72</sup> BARBOSA, Pedro Marques Nunes. *Ano eleitoral e políticas públicas de propriedade intelectual*. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI273534,41046-Ano+eleitoral+e+politicas+publicas+de+propriedade+intelectual>> Acesso em: 25 set. 2018.

puramente aleatórios para se desenvolver. Segundo o IPEA<sup>73</sup>, por exemplo, em 2015 o Governo Federal empenhou R\$ 37 bilhões com ciência e tecnologia, o que significaria apenas 0,63% do PIB. Nesse sentido, considera-se baixíssimo o grau de investimento federal em PD&I.

Por fim, Gonçal Mayos Solsona evidencia a necessidade do pensar pós-disciplinar, ou seja, avançar por um horizonte de potencialização do aprendizado, para permitir avanços no conhecimento, uma vez que os problemas inseridos na sociedade contemporânea são complexos e globais, devendo ser encarados cada vez mais de maneira pós-disciplinar. Nesse sentido, as fronteiras disciplinares criadas ao longo dos séculos XIX e XX não devem constituir-se como limitadoras do pensamento jurídico<sup>74</sup>. Ao contrário, elas devem funcionar como pontes de aprendizado, sendo que o Direito muitas das vezes precisa de políticas públicas para se efetivar.

Conclui-se, assim, que as políticas públicas desempenhadas pelos NITs nas ICTs são hoje um importante meio para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento, no entanto, elas precisam ser aprimoradas e ampliadas. Ademais, a simples positividade das melhorias de interação entre universidade e empresa, apesar de não ser garantia para que a interação ocorra de fato, é um grande ponto de partida para que surjam as mudanças desejadas nesse cenário, sendo necessárias, ainda, funções promocionais por parte do Estado.

## 4 Considerações finais

As alterações promovidas pelo Marco Legal da Inovação foram benéficas ao aumento da interação entre universidade e empresa, uma vez que buscaram reduzir a insegurança jurídica e fortalecer as possibilidades vigentes, enfatizando as ferramentas de estímulo ao aumento da participação empresarial no processo inovativo, que permanece em patamar aquém do esperado.

Ademais, é possível conceber o direito ao desenvolvimento como um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, e o Marco Legal da Inovação positiva um importante princípio que explicita as intenções integrativas entre desenvolvimento científico, tecnológico, social e econômico, mostrando-se compatível com a formulação do conceito de desenvolvimento de Amartya Sen.

A mera positividade do direito fundamental ao desenvolvimento é insuficiente por si só, do ponto de vista prático, para sua consolidação, carecendo de efetivas políticas públicas voltadas para esse fim. Esse é o papel a ser desempenhado pelos NITs, e o aprimoramento da interação entre universidade e empresa pelo Marco Legal da Inovação é a prova de que o direito fundamental ao desenvolvimento caminha, mesmo que lentamente, para a sua consolidação.

Nesse sentido, no Brasil, desabrocha lentamente um movimento de otimização das leis relacionadas à inovação, para inserir nelas políticas públicas capazes de aumentar a interação entre as universidades e as empresas, uma vez que as leis possuem um sentido omissivo e as políticas públicas possuem um sentido comissivo. Em outras palavras, ocorre uma reclassificação das funções do Estado, decorrente da própria natureza do Estado social, que consiste em um agir do Estado, para a efetivação dos direitos de liberdade e a implementação dos direitos sociais.

Assim, o próximo passo consiste em efetivar políticas públicas dentro dos espaços conferidos aos NITs, no sentido de conectar as reais necessidades da sociedade, refletidas nas demandas do setor produtivo, com as pesquisas desenvolvidas dentro das universidades. Para tanto, é imprescindível que se aumente o investi-

<sup>73</sup> O dado está no artigo “Dispendios do Governo Federal em C&T e P&D: esforços e perspectivas recentes”, que faz parte da 48ª edição do Boletim Radar, publicado pelo Ipea. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/radar/temas/ciencia-tecnologia-e-inovacao/627-dispendios-do-governo-federal-em-c-t-e-p-d-esforcos-e-perspectivas-recentes>> Acesso em: 25 set. de 2018.

<sup>74</sup> SOLSONA, Gonçal Mayos. Empoderamiento Y desarrollo humano: actuar local y pensar postdisciplinarmente. In: DÍAZ, Yanko Moyano et al. *Postdisciplinariedad y desarrollo humano: entre pensamiento y política*. Barcelona: Linkgua, 2014. p. 193.

mento em Ciência e Tecnologia, por meio de investimentos diretos e de políticas públicas indutivas.

Em última análise, o aumento da interação entre universidade e empresa contribui, significativamente, para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento, tendo em vista que os NITs nasceram como políticas públicas cuja finalidade é justamente desempenhar competências voltadas para esse fim.

## Referências

- ALEXYS, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ARAÚJO, Nizete Lacerda et al. *Marco legal da inovação: breves comentários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- ARAÚJO, Nizete Lacerda et al. *Marco Legal da Inovação: breves comentários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- ARAÚJO, Nizete Lacerda; GUERRA, Bráulio Madureira. *Dicionário de propriedade intelectual*. Curitiba: Juruá, 2010.
- BARBOSA, Cynthia Mendonça; ARAÚJO, Elza Fernandes de. O novo marco legal da ciência, tecnologia e inovação e os seus principais enfoques. In: ESPINDOLA, Foued Salmen; PALUMA, Thiago. *Boas práticas em gestão da inovação*. Curitiba: Íthala, 2017.
- BARBOSA, Denis Borges et al. *Direito da inovação: comentários à Lei nº 10.973/2004, lei federal da inovação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BARBOSA, Denis Borges. TRIPS e a experiência brasileira. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2005.
- BARBOSA, Pedro Marques Nunes. *Ano eleitoral e políticas públicas de propriedade intelectual*. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI273534,41046-Ano+eleitoral+e+politicas+publicas+d+e+propriedade+intelectual>> Acesso em: 25 set. 2018.
- BENETTI, Daniela Vanila Nakalski. Proteção às patentes de medicamentos e comércio internacional. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007.
- BRASIL. Câmara do Deputados. *Projeto de Lei no 2.177/2011*. Institui o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/xyeJaA>> Acesso em: 17 jul. 2018.
- BRASIL. Decreto nº 5.563, de 11 de outubro de 2005. Regulamenta a Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/9ci03>>. Acesso em: 21 jul. 2018.
- BRASIL. Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, dentre outras. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm)>. Acesso em: 21 de jul. 2018.
- BRASIL. Instituto Nacional De Propriedade Industrial. *Relatório de Atividades INPI 2017*. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/sobre/estatisticas>>. Acesso em: 22 jun. 2018.
- BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*,

- Brasília, DF, 3 dez. 2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2018.
- BRASIL. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, dentre outras. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 jan. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm)> Acesso em: 22 jun. 2018.
- BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Política de propriedade intelectual das instituições científicas e tecnológicas do Brasil. *Relatório Formict 2016*. Brasília, 2017.
- BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Portaria no 251, de 12 de março de 2014*. Brasília: MCTI, 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/SKHKdb>>. Acesso em: 21 jul. 2018.
- BRASIL. Palácio do Planalto. Mensagem Presidencial nº 8, de 11 de janeiro de 2016. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília: Palácio do Planalto, 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/bDLeXz>>.
- BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. *Produtivismo incluyente: empreendedorismo vanguardista*. Brasília: SAE/PR, 2015.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara no 77/2015*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/EnXv0w>>. Acesso em: 21 jul. 2018.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 135, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, n. 737, mar. 1997.
- CRUZ, Hélio Nogueira da; SOUZA, Ricardo Fasti de. Sistema nacional de inovação e a lei da inovação: análise comparativa entre o bayh-dole act e a lei da inovação tecnológica. *Revista de Administração e Inovação*, São Paulo, v. 11, n.4, p. 329-354, out/dez. 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- KANNEBLEY JÚNIOR, Sérgio; PORTO, Geciane Silveira. *Incentivos fiscais à pesquisa, desenvolvimento e inovação no Brasil: uma avaliação das políticas recentes*. Disponível em: <<https://www.innovationpolicyplatform.org/system/files/Incentivos%20Fiscais.pdf>> Acesso em: 24 set. 2018.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO. *Relatórios Econômicos OCDE: Brasil 2018*. fev. 2018. Disponível em: < <https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 21 de jul. 2018.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO. *Relatórios econômicos OCDE: Brasil 2018*. Paris: Éditions OCDE, 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264290716-pt>>. Acesso em: 17 jul. 2018.
- PALUMA, Thiago. *Propriedade intelectual e direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Pillares, 2017.
- PÓVOA, L.M.C. *Patentes de universidades e institutos públicos de pesquisa e a transferência de tecnologia para empresas no Brasil*. 2008. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.
- PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.
- RAUEN, C. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa? *Radar 43*, p.26, fev. 2016.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Relicitação das concessões de geração de energia elétrica e a reversão de bens**

The issue of assets' reversal when the federal government launches new public procurement processes for power generation

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Sergio Guerra

# Relicitação das concessões de geração de energia elétrica e a reversão de bens\*

## The issue of assets' reversal when the federal government launches new public procurement processes for power generation

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio\*\*

Sergio Guerra\*\*\*

### Resumo

Este artigo aborda questões que circundam a disciplina jurídica dos bens reversíveis para a geração de energia elétrica, tendo em vista a autorização legal de que possa haver relicitação de concessões sem prévia reversão de bens. A metodologia baseia-se na revisão de textos legais e na bibliografia aplicável, apresentando a evolução do tema ao longo do tempo. Inicialmente, analisa-se o conceito de bens reversíveis e a classificação dos bens das concessionárias de serviços públicos à luz da reversibilidade. Na sequência, discutem-se os efeitos da mudança legislativa que autorizou a renovação antecipada de concessões ou a sua relicitação sem prévia reversão de bens. Conclui-se que a inclusão da possibilidade de relicitação de concessões sem prévia reversão de bens traz desafios ao setor decorrentes da ausência de clara disciplina jurídica do tema, propondo-se sugestões práticas para solucioná-lo. A inovação do artigo consiste em realizar propostas de endereçamento do problema, atualmente sem clara solução legislativa.

**Palavras-chave:** Concessão. Energia elétrica. Serviço público. Bens reversíveis. Relicitação.

### Abstract

This paper addresses issues regarding reversible assets of power generation units, in view of the fact that amendment to legislation allowed new bidding processes to take place without the need of prior reversal of assets. The methodology of the research includes review of legislation and jurisprudence in order to make an assessment of its evolution over time. Firstly, we discuss the concept of reversible assets and the classification of concessionaires' assets in light of the legal duty of reversibility. We discuss the practical consequences of amendments made in the legal framework by Provisional Measure 579, of 2012. PM 579/2012 not only authorizes the anticipated renewal of concession contracts, but it also allows the government to launch new bidding processes regarding concessions not being renewed without the need of prior reversal of concessions' assets. We conclude that these changes pose huge challenges to the sector due to lack of clear legal guidance on the subject and we suggest practical measures to deal with the

\* Recebido em 17/08/2018  
Aprovado em 01/11/2018

\*\* Patrícia Regina Pinheiro Sampaio é professora da FGV Direito Rio, doutora e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: patricia.pinheiro@fgv.br

\*\*\* Sergio Guerra é Professor Titular de direito administrativo da FGV Direito Rio, pós-doutor em Administração Pública, doutor e Mestre em Direito. E-mail: sergio.guerra@fgv.br

problem. The innovative aspect of the paper lies on the lack of clear guidance on how to deal with new power generation concessions that receive certain assets that were not preceded by assets' reversal to the Public Administration upon termination of the previous concession.

**Keywords:** Concession. Electricity. Public service. Reversible assets. Bidding processes.

## 1 Introdução

O setor elétrico brasileiro foi objeto de profunda reforma advinda da Medida Provisória nº 579/2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Referida norma legal autorizou a antecipação da prorrogação dos prazos de concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.<sup>1</sup> Em realidade, não se tratou de mera prorrogação de contratos, mas de verdadeira renovação contratual, uma vez que as concessionárias deveriam aceitar novas cláusulas e condições contratuais para fazer jus à postergação do término dos prazos das concessões.

Dentre as medidas legalmente estabelecidas para a prorrogação do prazo contratual, previu-se a indenização antecipada, pelo poder concedente, dos investimentos não amortizados e dos bens não depreciados como mecanismo de redução das tarifas, visando à modicidade tarifária. Uma vez indenizados, esses ativos poderiam ser retirados da base de remuneração das concessionárias, que passariam a receber, a título de receita decorrente da prestação do serviço, apenas os custos de operação e manutenção acrescidos de certa taxa de retorno, que veio a ser fixada em 10%. A MP nº 579/2012 estabeleceu, ainda, uma mudança na forma de cálculo do montante devido a título de indenização dos bens reversíveis: esses seriam indenizados por meio de seu Valor Novo de Reposição (VNR), e não do efetivo investimento realizado pelas concessionárias, do que adveio grande controvérsia jurídica.

Apesar da faculdade legalmente estabelecida, uma parcela expressiva de concessionárias considerou a proposta governamental não suficientemente atrativa e optou por não renovar seus contratos. Esses agentes preferiram seguir explorando suas concessões até o final do termo contratual, momento em que o serviço seria retomado pelo poder concedente visando à sua relicitação. O montante de geração não renovada correspondeu a 32% do total elegível, pois estatais estaduais como CESP, CEMIG, COPEL e CELESC optaram por não renovar suas concessões.<sup>2</sup>

Assim, vários empreendimentos vieram a ser relicitados em razão do advento do termo final dos contratos. Com relação às concessões relicitadas, a Lei nº 12.873/2013 previu que poderia não haver reversão de bens a serem transferidos à nova concessionária após o devido processo licitatório.

Todavia, essa dinâmica legalmente estabelecida gerou fundadas dúvidas acerca da gestão dos bens reversíveis das geradoras de energia elétrica, pois a supracitada Lei nº 12.873/2013 permite que bens reversíveis possam ser transferidos entre concessionárias sem a intermediação do poder público, enquanto a disciplina tradicional dos bens afetados aos serviços públicos pressupõe que esses são transferidos ao poder concedente ao término das concessões. Ao se optar pela relicitação sem prévia reversão de bens, a nova conces-

<sup>1</sup> Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. “Art. 1º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de geração de energia hidrelétrica alcançadas pelo art. 19 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária. [...] § 7º O disposto neste artigo aplica-se às concessões de geração de energia hidrelétrica que, nos termos do art. 19 da Lei nº 9.074, de 1995, foram ou não prorrogadas, ou que estejam com pedido de prorrogação em tramitação”. BRASIL. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm)>.

<sup>2</sup> Questões jurídicas e econômicas relacionadas à renovação das concessões do setor elétrico são discutidas em: DUTRA, Joísa; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Diagnóstico, desafios e propostas para o desenvolvimento do setor elétrico brasileiro. In: GIAMBIAGI, Fabio; ALMEIDA JUNIOR, Mansueto Facundo de. (Org.). Retomada do crescimento: diagnóstico e propostas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. v. 1, p. 189.



sionária não recebe bens previamente titulados pelo poder público, mas sim um conjunto de ativos que estava sendo gerido — e muitos eram de propriedade — da antiga concessionária. Todavia, a legislação não disciplinou até o momento os detalhes de como se dará a transferência desses bens da antiga para a nova concessionária.

Visando discutir essa questão, este artigo encontra-se dividido da seguinte forma. Inicialmente, procede-se a uma breve contextualização jurídica dos serviços públicos e da disciplina normativa dos bens reversíveis. Em seguida, comenta-se a disciplina normativa da indenização dos bens reversíveis e, na sequência, as normas específicas sobre o tema relacionadas aos ativos afetados à geração de energia elétrica. Na sequência, é discutida a possibilidade prevista na Lei nº 12.783/2013, consistente na relicitação de concessões de serviço público sem prévia reversão dos bens ao poder concedente. Ao final, são apresentadas as conclusões da análise realizada.

## 2 A disciplina jurídica da geração de energia elétrica e a reversão de bens

Nesta seção procede-se a uma breve contextualização do instituto da reversão de bens, comumente associado à disciplina jurídica dos serviços públicos.

Em breve síntese, a reversão pode ser definida como a entrega dos bens vinculados à concessão pelo concessionário ao poder concedente, por ocasião do fim do contrato, em virtude de sua destinação ao serviço público.<sup>3</sup> Essa devolução constitui um corolário do contrato, em que a concessionária se coloca transitoriamente no lugar do poder público concedente para a prestação de um serviço que é titulado por esse último, que tem, assim, o dever de assegurar a sua continuidade. Por conseguinte, ao final de um contrato de concessão, esses bens devem integrar-se ao patrimônio do poder concedente.<sup>4</sup>

Portanto, a reversibilidade de bens encontra-se, classicamente, associada ao conceito de serviço público, o qual, todavia, constitui um dos temas mais controvertidos em direito administrativo. Se, classicamente, este era prestado quase sempre em regime de exclusividade estatal, atualmente devem, sempre que possível, sofrer concorrência<sup>5</sup>. A competição poderá estar presente entre diversos prestadores do próprio serviço público ou entre o serviço público e atividades econômicas reguladas, estas geralmente objeto de autorização.

Um exemplo dessa nova fase encontra-se na geração de energia elétrica. Se anteriormente esse serviço era prestado, exclusivamente, sob a natureza de serviço público, sendo prevista a possibilidade de participação privada apenas como concessionária, hoje a sua disciplina legislativa é receptiva a outras categorias jurídicas: a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, instituiu a figura do produtor independente de energia elétrica,<sup>6</sup> podendo a atividade de geração ser prestada por particulares a partir de diferentes títulos habilitantes, envolvendo concessões de serviços públicos, concessões de uso de bens públicos, autorizações e meros registros. No entanto, conforme se esclarecerá adiante, obras e equipamentos afetados à geração de energia hidrelétrica serão reversíveis, ainda que a modelagem jurídica adotada não seja a de concessão de serviços públicos.

<sup>3</sup> Art. 35, §1º, Lei nº 8.987/1995. BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm)>.

<sup>4</sup> Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a reversão é a passagem ao poder concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão. Portanto, por meio da chamada reversão, os bens do concessionário necessários ao exercício do serviço público integram-se ao patrimônio do concedente ao se findar aquele contrato de natureza especial. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de serviços públicos e administração indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 53.

<sup>5</sup> Ver art. 16 da Lei nº 8.987/1995. BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm)>.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 9.074/1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm)>. Art. 11 Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.



Como regra geral, seria desejado que os investimentos realizados para a prestação do serviço fossem integralmente amortizados na vigência da concessão, evitando-se, assim, a necessidade de aporte de recursos públicos para indenização ao término da vigência do contrato. Nesse sentido, o Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934) já trazia, em seu artigo 157, a consideração de que as concessões para geração, transmissão e distribuição de energia elétrica deveriam ter prazo de 30 anos, abrindo-se, todavia, exceção, em seu parágrafo único, aos casos em que os investimentos não pudessem ser integralmente amortizados nesse prazo.<sup>7</sup>

Verifica-se, portanto, que a norma estabelecia um espaço de discricionariedade ao gestor público para fixação do prazo da concessão, em atenção à modicidade tarifária e visando evitar a necessidade de desembolso de recursos pelo poder público ao seu término. Empreendimentos de grande vulto poderiam requerer investimentos de tal monta que a exigência de sua amortização em prazo de até 30 anos terminaria por onerar demasiadamente o usuário do serviço, violando-se, por conseguinte, valores intrínsecos ao serviço público, como universalidade e modicidade tarifária. Observe-se, todavia, que a discricionariedade não era plena, mas dependia de motivação técnica que demonstrasse a conveniência e a oportunidade da fixação de prazo superior ao geral.

A Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/1995) possui regra bastante genérica sobre o tema. Seu art. 36 dispõe que

a reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Observa-se, dessa forma, que a lei não traz normas específicas que limitem o prazo de duração das concessões nem diretriz sobre se buscarem prazos que permitam a amortização integral dos investimentos na vigência do contrato. A norma opta por um comando genérico alusivo ao dever de o poder concedente indenizar ativos não depreciados e investimentos não amortizados, possivelmente para deixar às normas setoriais o papel de adaptar o seu comando geral às especificidades de cada indústria.<sup>8</sup> Em todo caso, a Lei nº 8.987/1995 endereça duas questões. A primeira consiste no fato de que poderá haver bens atrelados a concessão que são necessários para assegurar a continuidade do serviço público, mas cuja vida útil ultrapassa o prazo da concessão. A segunda alude aos investimentos realizados pelos acionistas da concessionária na concessão, que poderão não ter tido tempo suficiente de serem amortizados.

## 2.1 A classificação dos bens das concessionárias quanto à sua reversibilidade

Uma vez contextualizado o tema da reversão de bens no âmbito do direito administrativo das concessões, procede-se nesse tópico à apresentação das possíveis classificações dos bens detidos por uma concessionária, buscando-se evidenciar que a efetiva afetação à prestação do serviço é o que torna determinado conjunto de ativos sujeito à reversão e seus respectivos efeitos. Para esse fim, é relevante atentar para a sua origem, que pode ser pública ou privada, a depender de quem fez o investimento em sua aquisição: se o poder público ou a concessionária.

Além disso, dentre os bens geridos pela concessionária distinguem-se duas espécies: os que estão diretamente afetados à execução do serviço público e os que não são relevantes para esse fim. Se os bens estão afetados a um serviço público, eles seguem o mesmo regime jurídico a que se submetem os bens pertencen-

<sup>7</sup> BRASIL. Decreto nº 24.643/1934. Código de Águas. Art. 157. [...] Parágrafo único. “Excepcionalmente, se as obras e instalações, pelo seu vulto, não comportarem amortização do capital no prazo estipulado neste artigo, com o fornecimento de energia por preço razoável, ao consumidor, a juízo do Governo, ouvidos os órgãos técnicos e administrativos competentes, a concessão poderá ser outorgada por prazo superior, não excedente, porém, em hipótese alguma, de 50 anos”.

<sup>8</sup> Atualmente, o art. 18 da Lei nº 9.427/96 determina que “A ANEEL somente aceitará como bens reversíveis da concessionária ou permissionária do serviço público de energia elétrica aqueles utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica”.

centes à União, Estados e Municípios afetados à realização de serviços públicos. Se fosse possível às concessionárias e permissionárias alienar, livremente, esses bens, se pudessem ser penhorados ou hipotecados, haveria risco de interrupção do serviço. E o serviço é considerado público, precisamente, porque atende a necessidades relevantes da coletividade, o que leva à impossibilidade de sua paralisação e, por consequência, à submissão dos respectivos bens a um regime jurídico publicístico. No caso do serviço público, é a pessoa pública política (União, Estado ou Município) quem detém a titularidade da atividade: a concessionária, apenas, o executa e não tem disponibilidade sobre ele, como também não tem a livre disponibilidade sobre os bens que lhe são afetados.<sup>9</sup>

Lembra Luiz Alberto Blanchet que a opinião predominante aponta no sentido de que somente os bens necessários à prestação do serviço concedido, e para esse fim efetivamente utilizados, devem ser revertidos ao poder concedente. Este é o posicionamento mais condizente com o Princípio da Permanência ou continuidade do serviço, pois, se os bens efetivamente utilizados para a prestação adequada do serviço já são suficientes para preservar a continuidade de sua prestação, a reversão dos demais bens seria supérflua.<sup>10</sup> Iguamente, no entender de Hely Lopes Meirelles, somente devem ser revertidos os bens vinculados à prestação do serviço público, podendo a empresa dispor livremente dos demais. Assim, sustenta o autor que a reversão só abrange os bens que asseguram sua adequada prestação. Se o concessionário, durante a vigência do contrato, formou um acervo à parte, embora provindo da empresa, mas desvinculado do serviço e sem emprego na sua execução, tais bens não o seguem, necessariamente, na reversão.<sup>11</sup>

Examinada a doutrina, permite-se distinguir em três as categorias de bens pertencentes às concessionárias de serviços públicos:

(i) bens públicos afetados à concessão: são aqueles bens recebidos pela concessionária quando do início da execução do contrato de concessão de serviço público, de propriedade do poder concedente. Permanecem na posse da concessionária até o encerramento da concessão, que, por sua vez, tem a responsabilidade de promover sua manutenção e conservação. Esses bens, com a extinção do pacto, retornam ao ente concedente, em regra sem indenização, uma vez que o investimento foi feito pelo poder público em momento anterior ao da concessão.<sup>12</sup>

Nas palavras de Cretella Júnior, “a reversão dos bens do domínio público é indiscutível, operando-se de maneira automática; pertenciam e continuam a pertencer ao Estado; foram cedidos a título precário, condicionados ao funcionamento do serviço público e, extinto o prazo deste, revertem aqueles bens ao seu único dono”.<sup>13</sup> Floriano de Azevedo Marques também informa que esses bens não passam à propriedade da concessionária, mas, em sentido diverso, defende que a situação se assemelharia a do usufruto, sendo transferido à concessionária o “domínio útil do bem”.<sup>14</sup> A nosso ver, esta segunda

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Natureza jurídica dos bens das empresas estatais. Revista PGE de São Paulo, São Paulo, p. 173-185, dez. 1988. p. 182 e ss.

<sup>10</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão de serviços públicos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000. p. 102.

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 379.

<sup>12</sup> Conforme observa Diógenes Gasparini, “Assim, ocorrida a extinção, cabe ao então concessionário promover todas as medidas para que a Administração Pública concedente, sem qualquer ônus e procrastinação, reassuma a execução do serviço e o uso dos bens e equipamentos aplicados na sua prestação. Tecnicamente, não cabe falar em retorno do serviço e dos bens públicos à Administração Pública concedente, pois aquele nunca fora transferido, apenas a sua execução o fora, e estes somente tiveram seu uso trespassado”. GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 406.

<sup>13</sup> CRETELLA JUNIOR, José. Dicionário de direito administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978 apud METZKER, Marcília. Fundamentos da não-incidência de impostos territoriais sobre bens afetados às concessões de energia elétrica. Disponível em: <<https://marciliametzker.jusbrasil.com.br/artigos/233419933/fundamentos-da-nao-incidencia-de-impostos-territoriais-sobre-bens-afetados-as-concessoes-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

<sup>14</sup> “No caso dos primeiros, bens públicos que são tanto pelo critério originário da ‘dominialidade’ quanto da sua ‘funcionalidade’, a relação jurídica que sobre eles se estabelece, a nosso ver, é assemelhada à do usufruto. A concessionária de rodovias, por certo, não passa a ser titular do domínio dos bens imóveis sobre os quais estão implantadas as rodovias por ela operadas, mesmo que estas tenham sido construídas no curso da concessão, mediante pagamento das verbas expropriatórias pela concessionária. O imóvel rodovia não é registrado em nome da concessionária, nem o valor do bem imóvel é inscrito no seu ativo patrimonial. Porém, a delegatária possui sobre este bem mais do que a simples posse, exercendo prerrogativas de verdadeira detentora do domínio útil deste bem, legitimada pelo instrumento de delegação”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração

posição se revela acertada, uma vez que o contrato de concessão, que embasa a transferência de direitos reais referentes a esses imóveis, retira a precariedade da posse detida pela concessionária;

(ii) bens privados afetados e reversíveis: conforme leciona Marçal Justen Filho,<sup>15</sup> “há bens privados do concessionário, aplicados à prestação do serviço público. São bens integrantes do patrimônio do próprio concessionário (em princípio). Esses bens se sujeitam a um regime jurídico especial. Não são bens públicos porque não integram o domínio do poder concedente. No entanto, sua afetação à prestação do serviço produz a aplicação do regime jurídico dos bens públicos. Logo, esses bens não são penhoráveis nem podem ser objeto de desapossamento compulsório por dívidas do concessionário. Esses bens não se confundem com a receita auferida pelo concessionário”.

Segundo Diógenes Gasparini, a partir de lição de Sérgio de Andréa Ferreira, esses bens são adquiridos pelo poder público ao término da concessão na modalidade de aquisição originária.<sup>16</sup>

Floriano de Azevedo Marques, por sua vez, de uma perspectiva que dissocia o aspecto dominial do funcional, entende que a reversão implicará a assunção de propriedade apenas nos casos em que a concessionária a tenha adquirido (como, por exemplo, por compra e venda). A reversão não presume necessariamente a transferência de propriedade, mas pode se traduzir na assunção, pelo poder concedente, de posse ou direitos em relação a terceiros (como servidões instituídas para instalações relacionadas ao serviço);<sup>17</sup>

(iii) bens privados não afetados: a concessionária de serviços públicos pode adquirir, durante a execução do contrato, bens privados, não afetados e, portanto, não reversíveis.

Especificamente sobre os bens passíveis de reversão, Floriano de Azevedo Marques adota uma classificação tripartite. Segundo o autor, incluem-se nesse rol (i) os bens originalmente públicos ou aplicados ao serviço por instrumentos de direito público (p.ex., expropriação), que se confundem com sua afetação; (ii) os bens reversíveis que venham a ser adquiridos pela concessionária para ampliação ou melhoria do serviço ou, ainda, para substituir bens transferidos pelo poder concedente que cheguem ao fim de sua vida útil; e (iii) os direitos reais e pessoais sobre bens de terceiros, públicos ou privados, como ocorre com as servidões de passagem para equipamentos de infraestrutura. O autor lembra que

estas três espécies de bens afetados ao serviço delegado referem-se, respectivamente, a bens de propriedade do poder concedente, de propriedade do delegatário e bens de propriedade de terceiros, empregados ao serviço por algum vínculo jurídico real ou pessoal.<sup>18</sup>

Conforme esclarece José dos Santos Carvalho Filho, o objeto da reversão consiste, apenas, nos bens empregados pela concessionária para a execução do serviço, e isso porque apenas esses foram alcançados pela projeção das tarifas. Os bens adquiridos com sua própria parcela de lucros, todavia, permanecem em seu poder, até mesmo porque situação contrária vulneraria o direito de propriedade, assegurado no art. 5º, XXII, da CF.<sup>19</sup> Conclui, então, que somente os bens efetivamente atrelados ao contrato de concessão são passíveis de reversão. Em igual sentido, Hely Lopes Meirelles distingue os “bens da concessão”, que são por

econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 173.

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 732.

<sup>16</sup> GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 407.

<sup>17</sup> “O que temos daí é que o instituto da reversão não implica a conclusão de um negócio de aquisição de bens pelo poder público, mas meramente uma transferência compulsória de posse, o que implicará (i) a devolução do domínio útil para os bens que permaneceram no domínio público ou nele ingressaram por meio da concessão (no caso dos bens expropriados por intermédio da concessionária como acima visto); (ii) a assunção do domínio dos bens adrede adquiridos pela concessionária por compra e venda ou arrendamento mercantil que estejam empregados na prestação dos serviços e (iii) a sub-rogação ou cessão automática de direitos sobre bens de terceiros quando estes bens forem também indispensáveis ao serviço concedido. São colhidos pela reversão, portanto, todos os bens necessários à continuidade do serviço público, porém, apenas no quanto necessário a esta prestação, o que afasta de pronto o entendimento de que reverteriam dominialmente todos os bens da concessionária ou de suas subsidiárias, coligadas ou controladoras como se fosse a reversão um mecanismo”. GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 183.

<sup>18</sup> MARQUES NETO, Florian de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 172.

<sup>19</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 330.

ele definidos como “materiais técnicos, móveis ou imóveis, necessários ao exercício do serviço concedido”, dos “bens do domínio privado do concessionário”, conceituados como “materiais não técnicos, móveis ou imóveis, não necessários à execução do serviço; estes são irreversíveis, deles o concessionário pode dispor livremente durante ou depois de finda a concessão”.<sup>20</sup>

A respeito desse último conjunto de ativos — bens privados não afetados à prestação do serviço — merece ser lembrada decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferida no setor de telecomunicações.<sup>21</sup> No caso, uma ação popular foi proposta com vistas a classificar como bem reversível um imóvel que já havia sido desativado pela concessionária. O STJ decidiu que, se o imóvel não era indispensável para a continuidade do serviço público, tanto que já estava desativado, não podia receber o tratamento inerente à disciplina dos bens reversíveis. Como consequência, foi negada a pretensão.<sup>22</sup>

No que concerne às concessionárias de serviços públicos, impõe-se, segundo o art. 31 da Lei nº 8.987/1995, manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão, e zelar pela integridade dos mesmos. Esse regramento tem a finalidade de dar real cumprimento aos objetivos da concessão de serviços públicos, traçando comportamentos a serem adotados por ambos os contratantes, notadamente para que o serviço público concedido seja prestado de modo a alcançar os interesses da coletividade.

## 2.2 Reversão de bens no setor elétrico

Tendo sido categorizadas as diferentes espécies de bens que podem estar na posse de uma concessionária de serviço público, apresentam-se neste tópico as normas setoriais específicas que trazem a disciplina jurídica dos bens reversíveis relacionados aos serviços de eletricidade.<sup>23</sup> Merece ser lembrado, desde logo, que o fornecimento de energia elétrica é atividade de competência da União Federal (art. 21, XII, ‘b’, CF/88),

<sup>20</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Concessão de serviço público: reversão: propriedade de bens (parecer). Revista de Direito Administrativo, v. 102, 1970.

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 971.851/SC, Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma, j. em 10 jun. 2008.

<sup>22</sup> ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA. ESCRITÓRIO ADMINISTRATIVO JÁ DESATIVADO. ALIENAÇÃO. BEM REVERSÍVEL. CONCEITO. 1. Segundo o art. 3º da Resolução da Anatel nº 447, de 19 de outubro de 2006, que fixa o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis e disciplina os arts. 100 a 102 da Lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), bens reversíveis são todos os “equipamentos, infraestrutura, logiciários ou qualquer outro bem, móvel ou imóvel, ou direito, que não integram o patrimônio da Prestadora, de sua controladora, controlada ou coligada, indispensáveis à continuidade e atualidade da prestação do serviço no regime público” (grifo nosso). 2. A tese de que o bem alienado continua como bem reversível, ainda que fora de uso, não se harmoniza com o conceito de bens reversíveis. O que está desativado e fora de uso não é essencial à prestação de qualquer serviço. 3. O contrato de concessão de serviços públicos deve conter, sob pena de nulidade, a relação dos bens reversíveis, tal como fixado no art. 23, X, da Lei 8.987/95. 4. No caso, como se afere do acórdão recorrido, o contrato de concessão originalmente firmado não previa o imóvel objeto da ação popular como bem reversível. 5. Nos termos do art. 5º da Resolução nº 447/2006, os bens reversíveis que forem adquiridos pela concessionária no curso do contrato de concessão deverão ser informados anualmente à Anatel por meio da Relação de Bens Reversíveis – RBR, sujeita à aprovação da Agência, que poderá incluir nesse rol outros bens não informados pela Prestadora. 6. Na espécie, ainda que tenha sido adquirido após o início da vigência do contrato de concessão, o imóvel alienado continuou à margem do rol dos bens reversíveis, já que a Anatel, como bem reconhece o aresto recorrido, em fiscalização realizada nos bens da Brasil Telecom, expressamente afastou a reversibilidade do imóvel controvertido nesta ação popular. 7. Agravo regimental não provido.

<sup>23</sup> BRASIL. Lei nº 9.074/1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm)>. Art. 4º [...] § 2º As concessões de geração de energia elétrica anteriores a 11 de dezembro de 2003 terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado por até 20 (vinte) anos, a critério do Poder Concedente, observadas as condições estabelecidas nos contratos. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004). § 3º As concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado no máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato. § 4º As prorrogações referidas neste artigo deverão ser requeridas pelo concessionário ou permissionário, no prazo de até trinta e seis meses anteriores à data final do respectivo contrato, devendo o poder concedente manifestar-se sobre o requerimento até dezoito meses antes dessa data. [...] § 9º As concessões de geração de energia elétrica, contratadas a partir da Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato.



que tem a atribuição de explorá-la diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. É, ainda, exclusiva a atribuição federal para legislar sobre energia, conforme art. 22, IV, da Constituição Federal.

Acerca dos investimentos na prestação dos serviços de energia elétrica, o art. 14, III, da Lei nº 9.427/1996 esclarece ser responsabilidade da concessionária

realizar investimentos em obras e instalações que reverterão à União na extinção do contrato, garantida a indenização nos casos e condições previstos na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nessa Lei, de modo a assegurar a qualidade do serviço de energia elétrica.

Trata-se, em última instância, de norma voltada a atender à concepção de atualidade na prestação de serviço público, definida no art. 6º, § 2º, da Lei 8.987/1995 como “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

Em artigo escrito na década de 1950 Afrânio de Carvalho, na qualidade de consultor da Companhia Hidroelétrica do Vale do São Francisco (CHESF), sugeria que as concessionárias de energia elétrica deveriam constituir dois tipos distintos de reservas para atender às consequências econômicas decorrentes do processo da reversão de bens no setor elétrico. Nas palavras do autor:

Diante da variedade de terminologia referente a essas reservas, convém fixar bem o sentido em que, seguindo a tendência predominante, são agora empregadas as expressões reserva de depreciação e reserva de amortização. A reserva de depreciação visa à reposição dos bens; a de amortização visa à devolução do capital ao concessionário, vale dizer, em regra, aos seus acionistas. A reserva de depreciação serve para manter os bens da concessão; a de amortização serve para criar um novo capital em lugar do que foi empregado nos bens. Enfim, a reserva de depreciação interessa diretamente ao concedente e à empresa que o substitui; a de amortização interessa diretamente aos acionistas desta.<sup>24</sup>

Afrânio de Carvalho observa que, por mais cuidadosos que sejam poder concedente e concessionária, não há como se garantir que ao final da concessão todos os ativos estarão devidamente depreciados e os investimentos amortizados. O longo prazo desses contratos, necessário a uma amortização suave dos investimentos em atendimento à modicidade tarifária, faz com que questões surjam ao longo da sua execução, tais como necessidades de mudanças de equipamentos e outros investimentos não antecipados quando da sua celebração.<sup>25</sup>

Nesses casos, o pagamento de indenização no momento em que os bens reverterem ao poder público revela-se solução jurídica adequada para se evitar o enriquecimento sem causa do Estado. Como visto, a sugestão do autor é que, para garantir uma passagem suave dos bens adquiridos pela concessionária ao poder concedente no encerramento da concessão, bem como garantir o retorno do investimento dos acionistas da concessionária, seria adequado prever a constituição de dois fundos separados para atender aos dois distintos objetivos.

Nesse sentido, o Decreto nº 41.019/1957 instituiu o Fundo de Reversão, atualmente encargo denominado Reserva Geral de Reversão (RGR). A Lei nº 5655/1971 determinou que as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), sociedade de economia mista federal, tornassem-se a gestora do fundo ao qual são recolhidos os valores relativos à RGR.

No entanto, ao longo das décadas, o saldo desse fundo foi sendo afetado crescentemente a finalidades diversas, tais como

<sup>24</sup> CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. Revista de Direito Administrativo, v. 44, p. 24, 1956.

<sup>25</sup> “[...], a concessão requer sempre obras e instalações novas e, por conseguinte, várias e seguidas inversões de capital. Se o capital se conservasse invariável durante todo o prazo da concessão, seria fácil reconstituí-lo mediante anuidades constantes. Mas o problema se complica com o fluxo intermitente de recursos adicionais, sobretudo quando ocorre um de grande vulto ao aproximar-se o termo da concessão. Por um lado, o acréscimo da anuidade da amortização pode tornar-se tão pesado que não permita descarregá-lo sobre os consumidores através das tarifas. Por outro lado, embora suportável pelos consumidores do serviço, pode sobrevir em ocasião em que não seja mais possível computá-lo em revisão de tarifas. Num e noutro caso, não restará outra saída senão deixar um resíduo não amortizado de capital para ser indenizado pelo concedente na expiração do contrato”. CARVALHO, Afrânio de. Propriedade dos bens da concessão. Revista de Direito Administrativo, v. 44, p. 28, 1956.

investimentos em projetos de geração, transmissão, distribuição, eficiência energética, iluminação pública e universalização do acesso à energia elétrica, em todo o Brasil — sendo pelo menos metade dos recursos voltada para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, conforme determinado por lei.<sup>26</sup>

Não é objeto deste artigo a discussão de eventual trestinação dos recursos da RGR, mesmo porque a ampliação de sua utilização veio precedida de mudanças legislativas, ou seja, receberam o aval dos representantes da sociedade. Pode-se indagar, em todo caso, se a junção de diversas finalidades a serem cumpridas por esse encargo pode não somente dificultar a sua gestão, como deixar em segundo plano a finalidade essencial que esteve na base da sua criação. Em 2016, a Lei nº 13.360 revogou vários dispositivos da Lei nº 5655/1971 e incluiu novas previsões. A aplicação dos recursos da RGR ficou destinada a (i) custeio dos estudos e pesquisas de planejamento da expansão do sistema energético, bem como os de inventário e de viabilidade necessários ao aproveitamento dos potenciais hidroelétricos; (ii) empréstimos destinados a custeio ou investimento a serem realizados por empresa controlada direta ou indiretamente pela União que tenha sido designada à prestação de serviço nos termos da Lei nº 12.783/2013<sup>27</sup>; e (iii) provimento de recursos para os dispêndios da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE).

Também por força da Lei nº 13.360/2016, a gestão da RGR passou à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) a partir de 2017. Essa mudança pode ser reputada à alegação de que de um player do mercado, que compete com agentes privados, não deveria ser responsável pela gestão de fundos setoriais. Essa solução poderia, talvez, ser adequada quando o setor era basicamente estatal, mas parece ter se tornado imprópria em um cenário de ampla competição entre agentes estatais e privados. Nesse sentido, cabe mencionar que o Tribunal de Contas da União (TCU) encontrou indícios de possíveis irregularidades no uso dos recursos da RGR pela Eletrobras, tendo expedido uma série de recomendações a esse respeito.<sup>28</sup>

### **2.2.1 Bens reversíveis na geração hidrelétrica**

Neste item serão comentadas as peculiaridades da aplicação da disciplina dos bens reversíveis à atividade de geração de energia elétrica.

Como visto, em regra a reversão é instituto típico das concessões de serviço público, sendo certo que os bens das concessionárias de geração de energia elétrica, ressalvada a hipótese da Lei nº 12.783/2013, revertem ao final da concessão. Todavia, a Lei nº 9.074/1995 criou a figura do Produtor Independente de Energia Elétrica (PIE), permitindo que a geração brasileira seja formalizada, não apenas em clássicas concessões de serviços públicos, mas utilize diferentes instrumentos jurídicos, desde meros registros, passando por autorizações e concessões de uso de bem público.

No entanto, mesmo para os PIEs, o art. 19 do Decreto nº 2003/1996 estabelece que “os bens e instalações utilizados na produção de energia elétrica a partir do aproveitamento de potencial hidráulico e as linhas de transmissão associadas, desde o início da operação da usina, não poderão ser removidos ou alienados sem prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador do poder concedente”. Em sentido semelhante, no art. 20 lê-se que “no final do prazo da concessão ou autorização, os bens e instalações realizados para a geração independente e para a autoprodução de energia elétrica em aproveitamento hidráulico pas-

<sup>26</sup> ELETROBRAS. Reserva Global de Reversão (RGR). Disponível em: <<http://www.eletrobras.gov.br/ELB/data/Pages/LU-MISA14E9AB4PTBRIE.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm)>.

<sup>28</sup> TCU. Acórdão nº 684/2015-Plenário: “Relatório de auditoria. Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras). Avaliação dos processos de concessão de financiamento ao setor elétrico, pela estatal, com recursos da Reserva Global de Reversão (RGR). Determinações. Recomendações. Ciência. Arquivamento”. Sobre a extensão e limites da supervisão do Tribunal de Contas da União sobre o setor elétrico, ver: DUTRA, Joísa; SAMPAIO, Patrícia; CAIRO, Myller. A jurisprudência do TCU sobre o setor elétrico: uma análise da jurisprudência do Tribunal sobre as políticas públicas setoriais nos últimos cinco anos (2012-2016). In: ROCHA, Fábio Amorim da (Org.). Temas relevantes no direito de energia elétrica. Rio de Janeiro: Synergia, 2016. v. 5. p. 405-432.

sarão a integrar o patrimônio da União, mediante indenização dos investimentos ainda não amortizados”.

Observa-se, portanto, que, mesmo sem ser caracterizada como serviço público, a geração hidrelétrica por PIES encontra-se sujeita à reversão de bens no termo final do título habilitante da atividade, seja concessão de uso de bem público, seja autorização.<sup>29</sup> Em consonância com a Teoria dos Bens Reversíveis, a norma dispõe que “para determinação do montante da indenização a ser paga, serão considerados os valores dos investimentos posteriores, aprovados e realizados, não previstos no projeto original, e a depreciação apurada por auditoria do poder concedente” (art. 20, §1º, Decreto nº 2003/1996). A reversão de bens das instalações afetadas aos serviços de eletricidade, aliás, tem previsão bastante antiga, sendo marco o Código de Águas, que expressamente estabeleceu, em seu artigo 165, que “findo o prazo das concessões reverterem para a União, para os Estados ou para os Municípios, [...] os condutos forçados e canais de descarga e de fuga, bem como, a maquinaria para a produção e transformação da energia e linhas de transmissão e distribuição”.

Portanto, em relação à geração hidrelétrica, a ocorrência da reversão de bens pode estar dissociada da noção de serviço público em sentido estrito<sup>30</sup>, mas se relaciona com a finalidade, isto é, com a afetação dos bens à geração, cuja finalidade consiste em propiciar o fornecimento de um serviço público à sociedade (o fornecimento de energia elétrica). Aliás, a questão mostra-se ainda mais complexa, na medida em que a geração, em si, pode ser destinada tanto ao ambiente de contratação regulada (ACR) quanto ao ambiente de contratação livre (ACL), que, tecnicamente, não se enquadra na clássica definição de serviço público. No ACL são de livre escolha as partes contratantes, o preço e as demais condições comerciais. Esse mercado, no momento, encontra-se elegível, apenas, aos usuários com carga igual ou superior a 3000 kw, ou a 500 kw se proveniente de fontes incentivadas.<sup>31</sup>

Assim, verifica-se que, na geração hidráulica, o instituto da reversão de bens adquire aplicação mais ampla do que apenas às concessões de serviço público.

### **3 A renovação das concessões disciplinada pela Lei nº 12.783/2013 e seus efeitos sobre os bens reversíveis das geradoras**

O tema da reversão de bens para a geração de energia elétrica adquiriu, ainda, maior complexidade com o advento da Lei nº 12.783/2013, o que será objeto de detalhamento nesta seção. A noção de vinculação dos bens à prestação dos serviços relacionados ao setor de energia elétrica sofreu impacto do novo regime tarifário estabelecido pela renovação das concessões autorizada pela referida lei, decorrente da conversão da MP nº 579/2012.

O objetivo declarado do governo federal com a reforma de 2012 consistia em desonerar as tarifas pagas

<sup>29</sup> Existiu discordância de entendimentos acerca de se, no caso dos PIES caracterizados como concessões de uso de bem público, a indenização por investimentos não amortizados incluiria apenas os bens adquiridos após a assinatura do contrato de concessão, ou se poderia haver indenização de bens adquiridos para cumprir o projeto básico. Sobre a controvérsia, ver LUSTOSA, Isabel. Abrangência da indenização em caso de extinção pelo advento do termo contratual de concessões de uso de bem público para geração de energia elétrica na modalidade de produção independente. In: LANDAU, Elena. Regulação jurídica do setor elétrico. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. t. 2.

<sup>30</sup> A respeito do setor de transporte de gás natural, também há hipótese de que bens vinculados à atividade serão apropriados pelo poder concedente. No entanto, a lei opta por não utilizar, explicitamente, o termo “reversão”, mas alude à possibilidade de uma desapropriação dos bens afetados. Nesse sentido, o art. 14 da Lei nº 11.909/2009 estabelece que “extinta a concessão, os bens destinados à exploração da atividade de transporte e considerados vinculados serão incorporados ao patrimônio da União, mediante declaração de utilidade pública e justa e prévia indenização em dinheiro, ficando sob a administração do poder concedente, nos termos da específica regulamentação a ser editada”. A previsão de que, nesses casos, a indenização deve ser prévia pode ser vista como uma diferença comparativamente ao clássico instituto da reversão dos bens afetados ao serviço público, pois, nesse último caso, o STJ, ao assegurar o direito à indenização com relação aos investimentos não amortizados, entende que a assunção desses bens pelo poder concedente seria imediata ao término da concessão, independentemente do momento da indenização (que poderia ser ulterior).

<sup>31</sup> Art. 15 da Lei nº 9074/1995 e art. 26, §5º, da Lei nº 9.427/1996.

pelos usuários do serviço de energia elétrica, a partir de um conjunto de medidas que incluíam (i) a renovação antecipada do prazo de concessões cujo vencimento se aproximava, (ii) a desoneração de encargos e (iii) o fim da remuneração dos investimentos das concessionárias em bens reversíveis, cuja indenização seria antecipada.

Isto significa que, naquele momento, o governo abdicou de receitas advindas de encargos e modificou a forma de remuneração dos contratos que já se aproximavam do seu termo final, com o intuito de reduzir o preço final da conta de energia paga pelos consumidores. A lógica dessa segunda medida era que a renovação antecipada das concessões de hidrelétricas em operação, cujas obras de construção já estavam totalmente concluídas, envolveria, em sua maior parte, bens já depreciados e investimentos amortizados em sua totalidade. Sendo assim, o poder público estaria eximido da responsabilidade de remunerar a concessionária por tais ativos: a redução tarifária seria um reflexo da indenização antecipada dos ativos eventualmente não amortizados no momento da repactuação e, no que se refere aos já amortizados, da desnecessidade de a concessionária remunerar-se pelos respectivos investimentos. A prorrogação de tais concessões, a critério do poder concedente, tinha como objetivos declarados a eficiência e a modicidade tarifária.

Dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviços públicos, encontram-se aquelas relativas aos bens reversíveis e aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária. Esse tema foi disciplinado de forma específica nos contratos de concessão do setor elétrico que passaram a poder ser prorrogados por força da Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013.<sup>32</sup> No caso das prorrogações dos contratos do setor elétrico, a Lei nº 12.783/2013 trouxe detalhes específicos quanto aos critérios indenizatórios, alterando sua forma de cálculo, conforme será detalhado no próximo tópico.<sup>33</sup>

### **3.1 Mudança da regra no meio do jogo: a nova forma de cálculo do montante indenizatório por bem reversível**

Neste item será comentado como a reforma setorial, ocorrida em 2012, teve efeitos profundos sobre a sistemática de cálculo do valor da indenização que seria aplicada aos ativos de concessionárias que pactuassem com o governo federal a prorrogação de seus contratos.

Para essa análise, mostra-se relevante constatar que a ideia de reversão se encontra alinhada ao postulado jurídico fundamental, do qual o poder concedente não pode afastar-se, segundo o qual ninguém deve enriquecer-se às expensas de outro. Com base nesse princípio, a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), em seu art. 36, preocupou-se em prever o direito à indenização para o caso de investimentos feitos pelo concessionário referentes a bens reversíveis que não tenham sido amortizados, uma vez que estes seriam, em última instância, de interesse do poder concedente.

Em princípio, por ocasião do término do prazo contratual em concessões de serviços públicos, todos os investimentos já devem ter sido amortizados, não havendo montante a indenizar. Todavia, se a amortização não tiver sido total, por qualquer razão, ou se a extinção se der antes do prazo estipulado, caberá ao poder concedente indenizar o concessionário pelo valor restante, ainda não amortizado.<sup>34</sup> Assim, ao termo final

<sup>32</sup> Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, Art. 9º Não havendo a prorrogação do prazo de concessão e com vistas a garantir a continuidade da prestação do serviço, o titular poderá, após o vencimento do prazo, permanecer responsável por sua prestação até a assunção do novo concessionário, observadas as condições estabelecidas por essa Lei. BRASIL. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm)>.

<sup>33</sup> Atualmente, a Resolução Normativa ANEEL nº 596, de 19 de dezembro de 2013, estabelece os critérios e procedimentos para cálculo da parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, de aproveitamentos hidrelétricos de que trata o art. 2º do Decreto nº 7.850, de 30 de novembro de 2012. A agência fez o esforço de delinear o conceito de “bens reversíveis”, vinculando os investimentos a eles atrelados à continuidade e atualidade do serviço concedido Art. 3º Os bens reversíveis de que trata essa Resolução são aqueles utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção de energia elétrica, cujos investimentos prudentes foram realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

<sup>34</sup> DI PETRO. Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 3. ed. Atlas, 1999. p. 86.



do contrato de concessão, o poder concedente pode recolher o acervo vinculado ao contrato em condições regulares, de modo a assegurar a continuidade do serviço, e o concessionário pode recobrar o que fora investido durante o contrato na manutenção dos bens reversíveis.

Tendo em vista a primazia do dever de continuidade da provisão do serviço público, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) assevera que o pagamento da indenização devida pelo poder público não é condição para a reversibilidade dos bens quando do advento do termo contratual. O STJ entende que não há, no ordenamento jurídico pátrio, exigência de que a indenização ocorra, previamente, à devolução dos bens reversíveis ao poder concedente.<sup>35</sup>

Pode-se questionar, todavia, o acerto desse entendimento, por analogia ao instituto da desapropriação, segundo o qual a perda de bens privados para a Administração, quando não decorrentes de ato ilícito do particular, far-se-á mediante prévia e justa indenização em dinheiro. A reversão de bens sem prévia indenização pode caracterizar verdadeira expropriação por parte do poder público, especialmente em se considerando a via crucis que o administrado poderá ter que percorrer até o trânsito em julgado de ação judicial em que requeira a respectiva indenização e o recebimento do correspondente precatório.<sup>36</sup>

A esse respeito, manifestou-se Eros Roberto Grau no sentido de que o contrato de concessão somente se extingiria com o efetivo pagamento da indenização devida: “até o momento em que essa indenização seja consumada, o contrato, embora extinta a concessão, estará a produzir efeitos, não cabendo cogitar-se, até então, do seu encerramento”<sup>37</sup>. O autor defende que, em respeito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, “o poder concedente (rectius a administração) não apenas, pode, porém deve, sempre que necessário, prorrogar o contrato pelo tempo necessário à recomposição daquele equilíbrio; assim em situações de desequilíbrio incumbe ao poder concedente indenizar o concessionário ou prorrogar o contrato, desde que sua recomposição não seja possível no prazo original de vigência contratual; até que isso venha a ocorrer, a relação contratual perdurará, não se operando seu encerramento ainda que a concessão seja extinta”.<sup>38</sup>

A partir dessa conclusão, o autor sustenta o direito de retenção dos bens: “a retenção dos bens nos quais o concessionário tenha feito investimentos com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido previne o enriquecimento sem causa, enriquecimento a que o encerramento do contrato daria lugar”.<sup>39</sup> Nesse sentido, aliás, merece ser lembrado que, quando a indenização ocorre no contexto de encampação — e não de encerramento do termo contratual, a lei é expressa em determinar que o encerramento do contrato sujeita-se à prévia indenização da concessionária (o que inclui, logicamente, os bens reversíveis).<sup>40</sup>

Como mencionado, via de regra, o prazo contratual é dimensionado em função de uma previsão ini-

<sup>35</sup> ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. ART. 35, § 4º, DA LEI 8.987/95. I - O termo final do contrato de concessão de serviço público não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados. II - Com o advento do termo contratual tem-se de rigor a reversão da concessão e a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, incluindo a ocupação e a utilização das instalações e dos bens reversíveis. A Lei nº 8.987/95 não faz qualquer ressalva acerca da necessidade de indenização prévia de tais bens. III - Recurso especial improvido (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1059137 SC 2008/0110088-5, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 14/10/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/10/2008).

<sup>36</sup> No mesmo sentido, veja-se JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 570.

<sup>37</sup> GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. Revista de direito administrativo, v. 261, p. 42.

<sup>38</sup> GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. Revista de direito administrativo, v. 261, p. 43.

<sup>39</sup> GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. Revista de direito administrativo, v. 261, p. 43.

<sup>40</sup> Lei 8.987/95. Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior. BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm)>.

cial dos investimentos necessários. Porém, em contratos de longa duração, como o são os dos serviços de energia elétrica, há quase sempre a necessidade de se fazer novos e até mesmo imprevistos investimentos, inclusive em período próximo ao final da concessão, com o objetivo, como dispõe a lei<sup>41</sup>, de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. Destarte, os investimentos adicionais feitos pela concessionária podem ser insuscetíveis de amortização no prazo estabelecido inicialmente. Desse modo, somente se for garantido à concessionária o retorno da totalidade dos investimentos efetuados ela os fará, atendendo com isso aos interesses dos usuários.

Em que pese a Lei nº 8.987/95 dispor sobre o pagamento de indenização, no seu art. 36, “dos investimentos vinculados a bens reversíveis”, esta não esclareceu como e quando esse pagamento deverá ser efetuado. Nesse sentido, lembra Diógenes Gasparini que “a indenização, quando a reversão é onerosa, é calculada, nos termos do contrato, pelo custo histórico (custo de aquisição), pelo custo de reprodução (preço atual do bem) ou pelo custo histórico atualizado (custo de aquisição corrigido)”<sup>42</sup>.

Até a edição da Lei nº 12.783/2013, o cálculo da indenização de bens reversíveis era realizado pelo custo histórico atualizado. Com a nova lei, as concessões que viessem a ser prorrogadas deveriam concordar na mudança da metodologia, que passaria a ser o custo de reprodução — referido na lei como Valor Novo de Reposição. Nesse sentido, previu-se que, tanto para os novos contratos decorrentes da relicitação quanto para os antigos objetos de renovação, o cálculo do valor da indenização correspondente às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados, utilizaria como base a metodologia de Valor Novo de Reposição, conforme critérios estabelecidos em regulamento a ser expedido pelo poder concedente.

O cálculo pelo Valor Novo de Reposição<sup>43</sup> utiliza-se de uma metodologia que consiste no cálculo do investimento como se este fosse realizado no momento presente. A precificação dos bens reversíveis das concessões vincendas funda-se nos valores que atualmente são praticados no mercado, e não mais no valor original, pelo qual o ativo fora efetivamente adquirido.

Tal mudança regulatória pode fazer o concessionário incorrer no risco de ser indenizado em um montante aquém daquele pactuado no momento da celebração do contrato, contribuindo para um cenário de insegurança jurídica.

## 4 Relicitação sem reversão

Apesar de a reversão ser a regra — e considerada uma cláusula geral das concessões de serviços públicos —, a Lei nº 12.783/2013 introduziu uma inovação ao tema, que será objeto desta seção: a previsão de que, encerrada a concessão, o governo poderá proceder à sua relicitação sem ter que receber os bens novamente em seu acervo em decorrência do fenômeno da reversão. Nesse sentido, o art. 8º da Lei nº 12.783/2013 estabeleceu que “as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica que não forem prorrogadas, nos termos dessa Lei, serão licitadas, na modalidade leilão ou concorrência, por até 30 (trinta) anos”, e que “a licitação de que trata o caput poderá ser realizada sem a reversão prévia dos bens vinculados à prestação do serviço”<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Art. 36, Lei nº 8.987/1995. BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivIL\\_03/Leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivIL_03/Leis/L8987compilada.htm)>.

<sup>42</sup> GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 408.

<sup>43</sup> Decreto nº 7.805, de 14 de setembro de 2012. Art. 9º A indenização do valor dos investimentos dos bens reversíveis ainda não amortizados ou não depreciados será calculada com base no Valor Novo de Reposição - VNR, e considerará a depreciação e a amortização acumuladas a partir da data de entrada em operação da instalação, até 31 de dezembro de 2012, em conformidade com os critérios do Manual de Contabilidade do Setor Elétrico – MCSE.

<sup>44</sup> Previsão semelhante é encontrada no art. 28 da Lei nº 9.074/1995: Art. 28. Nos casos de privatização, nos termos do artigo

Essa previsão legal parece ter tido o objetivo de liberar o poder concedente do dever de indenizar a antiga concessionária pelos investimentos não amortizados. Se não há reversão, não há indenização pelo poder público, ficando a cargo do vencedor da nova licitação o pagamento aos antigos titulares da concessão. No entanto, essa questão está gerando algumas dúvidas no setor, especialmente no que tange aos imóveis, o que será objeto de aprofundamento neste tópico.

A primeira se refere aos imóveis adquiridos pela antiga concessionária e afetados à geração hidrelétrica. Como visto, independentemente do regime jurídico (se autorização, concessão de uso de bem público ou concessão de serviço público), esses ativos não se incorporam, definitivamente, ao patrimônio da antiga concessionária do serviço de geração, mas seguem o prestador: se muda o prestador, eles devem ser encaminhados ao novel responsável pela geração, pois são afetados ao serviço.

De acordo com a regra geral da reversão de bens, esses ativos seriam revertidos à União Federal (poder concedente) ao final da concessão, que indenizaria a antiga concessionária pelos investimentos não amortizados, tornando-se proprietária desses ativos. Trata-se, segundo balizada doutrina, de aquisição originária pelo poder público.<sup>45</sup> Uma vez incorporado ao patrimônio público federal, a posse (ou domínio útil, a depender da corrente doutrinária) do bem seria, então, transferida à nova concessionária, que não teria direito à indenização relativa a esse bem ao final da nova concessão, pois o investimento a ele relativo já se encontraria integralmente amortizado.

Todavia, no caso em que tal reversão não ocorreu, por decisão do poder concedente embasada no permissivo da Lei nº 12.783/2013, resta a questão: a que título a nova concessionária recebe esses imóveis? Torna-se titular de uma propriedade resolúvel, já que essa será revertida à União Federal ao término da nova concessão? Receberia mera posse ou domínio útil, pois a nua propriedade ou posse indireta, mesmo sem reversão, seria da União, por força da afetação do bem à atividade de geração hidrelétrica? Seria o contrato de concessão título hábil à transferência desses direitos reais sobre imóveis entre concessionárias, e conseqüente registro no Registro Geral de Imóveis? Conforme sugerem as questões acima, há fundadas dúvidas ao se realizar uma transferência de bens entre concessionárias sem a intermediação do poder concedente por meio do instituto da reversão.

Questões semelhantes incidirão, também, na hipótese em que o imóvel, inicialmente público, seria retornado sem indenização ao poder concedente e, na seqüência, transferido à nova concessionária. Também teríamos nesse caso duas operações típicas do direito administrativo, tendo a União Federal na ponta de cada uma: primeiramente, haveria a consolidação, novamente, da propriedade plena nas mãos do poder concedente e, na seqüência, a transferência da posse ou do domínio útil à nova concessionária.

Ocorre que, sem a intermediação da União, novamente coloca-se a questão: o que e a que título os bens originalmente públicos, que estavam sob a responsabilidade da antiga concessionária, são transferidos para a nova concessionária? A transferência em questão — a partir da autorização legal dada pela Lei nº 12.783/2013 e pelo próprio contrato de concessão firmado com a nova concessionária, vencedora do processo de relicitação — dar-se-ia a título de propriedade resolúvel, posse ou mera detenção?<sup>46</sup> Essas questões, de elevada complexidade, não são, todavia, integralmente novas.

Refletindo sobre o tema da propriedade imobiliária em concessões do setor elétrico nos anos 1950, Afrânio de Carvalho defendeu que os contratos de concessão seriam instrumentos aptos a registrar direitos reais nos Registros Gerais de Imóveis. Preocupado com a proteção do terceiro adquirente desses imóveis que fossem de propriedade da concessionária, o autor escreveu que

---

anterior, é facultado ao poder concedente outorgar novas concessões sem efetuar a reversão prévia dos bens vinculados ao respectivo serviço público. BRASIL. Lei nº 9.074/1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm)>.

<sup>45</sup> Ver, nesse sentido: GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 407.

<sup>46</sup> Defendendo que a concessionária não tem posse, mas mera detenção dos bens afetados à concessão, ver METZKER, Marcília. Fundamentos da não-incidência de impostos territoriais sobre bens afetados às concessões de energia elétrica. Disponível em: <<https://marciliametzker.jusbrasil.com.br/artigos/233419933/fundamentos-da-nao-incidencia-de-impostos-territoriais-sobre-bens-afetados-as-concessoes-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

os bens componentes das concessões não ficam necessariamente imobilizados nestas, mas, ao contrário, costumam ser movimentados pelo concessionário mediante transferências ora translativas ora constitutivas, de que terceiros são destinatários. Quer nessas transferências se transmita o direito de propriedade, com seu conteúdo pleno, quer um dos direitos nele compreendidos, importa que o adquirente ou credor tenha conhecimento da natureza resolúvel da propriedade do concessionário, a fim de não ser surpreendido pela retroatividade do seu efeito.<sup>47</sup>

A afirmação foi realizada pelo autor em um contexto um pouco diverso, pois a preocupação ali residia no tema da desafetação de bens reversíveis. O autor sugere que, como regra geral, mesmo com aprovação do poder concedente, a compra e venda de um bem inicialmente reversível que viesse a ser desafetado deveria ser tratada como aquisição de propriedade resolúvel; para não haver reversão, seria necessária prévia manifestação específica do poder concedente quanto à não reversibilidade do bem. Ou seja, desafetação e ausência de reversão não andariam necessariamente juntas<sup>48</sup> — visão essa que se afasta da funcional, que parece ser hoje predominante.

Serve, no entanto, a referida manifestação como orientação doutrinária no sentido de que o legislador poderia autorizar inscrições no RGI com base em contratos de concessão, desde que esses tragam a lista dos imóveis afetados à concessão e, portanto, caracterizados como bens reversíveis. O autor faz analogia a outros institutos de direito administrativo que justificariam o registro, como termos de demarcação, cartas de discriminação e termos de aforamento lavrados pela Secretaria do Patrimônio da União. E conclui:

daí se infere que a certidão do contrato administrativo da concessão, quando translativo, é tão apta a entrar no Registro de Imóveis quanto qualquer escritura pública de transmissão de imóveis ao concessionário.<sup>49</sup>

No entanto, no presente momento, a realização de registros, pelos cartórios de Registro Geral de Imóveis, com base em contratos de concessão pode suscitar dúvidas quanto a sua legalidade, por ausência de claro permissivo normativo, sendo questionável se tais registros poderiam ser efetivados com base apenas na previsão genérica da possibilidade de relicitação sem prévia reversão de bens constante da Lei nº 12.783/2013.

Em todo caso, constata-se que a previsão legislativa de que haverá relicitação sem reversão exige novo esforço hermenêutico para compatibilizar a disciplina jurídica dos bens afetados a essas concessões com o direito registral, especialmente no que tange aos imóveis.

## 5 Considerações finais

Este artigo teve o objetivo de circunscrever o regime jurídico aplicável aos bens afetados à geração de energia elétrica no que tange à sua reversão.

A indenização dos investimentos não amortizados constitui garantia legalmente assegurada às conces-

<sup>47</sup> METZKER, Marcília. Fundamentos da não-incidência de impostos territoriais sobre bens afetados às concessões de energia elétrica. Disponível em: <<https://marciliametzker.jusbrasil.com.br/artigos/233419933/fundamentos-da-nao-incidencia-de-impostos-territoriais-sobre-bens-afetados-as-concessoes-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 16 mar. 2018. p. 38-39.

<sup>48</sup> Nesse sentido: “A concordância pura e simples do concedente não basta para atingir aquela finalidade, pois é neutra ou indiferente em relação a mesma. Quando o concedente apenas concorda com as vendas de imóveis da concessão, deve-se entender que reconhece ao concessionário o direito de efetua-las, e nada mais. Assim, só a concordância qualificada pela declaração expressa da reversibilidade produzirá aquele efeito, visto como só assim se configura inequivocamente o ato dispositivo do direito cujo exercício fora diferido para o advento do termo resolutivo apostado ao direito do concessionário”. METZKER, Marcília. Fundamentos da não-incidência de impostos territoriais sobre bens afetados às concessões de energia elétrica. Disponível em: <<https://marciliametzker.jusbrasil.com.br/artigos/233419933/fundamentos-da-nao-incidencia-de-impostos-territoriais-sobre-bens-afetados-as-concessoes-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 16 mar. 2018. p.33

<sup>49</sup> METZKER, Marcília. Fundamentos da não-incidência de impostos territoriais sobre bens afetados às concessões de energia elétrica. Disponível em: <<https://marciliametzker.jusbrasil.com.br/artigos/233419933/fundamentos-da-nao-incidencia-de-impostos-territoriais-sobre-bens-afetados-as-concessoes-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 16 mar. 2018. p. 41.



sionárias, e visa evitar o enriquecimento sem causa do poder público em razão de investimentos feitos pelas concessionárias em atividade tipicamente estatal.

Após a apresentação da Teoria Geral da Reversão dos bens aplicados à prestação de serviços públicos, mostrou-se que, na geração hidrelétrica, haverá reversibilidade de bens ainda que a exploração da atividade se dê a partir de outros títulos habilitantes, como autorizações e concessões de uso de bem público. No caso do setor elétrico, o tema da reversão tem despertado controvérsias profundas, especialmente em razão das reformas perpetradas na regulação do setor a partir de 2012, com a Medida Provisória nº 579/2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.783/2013.

Em primeiro lugar, o governo federal mudou a forma de cálculo da indenização dos bens reversíveis para Valor Novo de Reposição, no contexto da negociação da renovação antecipada das concessões que venceriam a partir de 2015. Embora o governo tenha apresentado essa medida como um elemento novo em um contexto de negociação e repactuação contratual — pois as concessionárias não estavam compelidas a renovar suas concessões — a mudança de entendimento quanto à fórmula de cálculo foi interpretada pelo mercado como incremento da insegurança jurídica.

Tendo em vista que nem todas as concessões elegíveis à disciplina da MP nº 579/2012 foram renovadas, houve a relicitação de alguns empreendimentos. Nesse contexto, novas dúvidas jurídicas surgiram com relação à transmissão dos bens da antiga para a nova concessionária (vencedora do processo de relicitação), visto que, nos termos da lei, essa pode operar-se sem prévia reversão, ou seja, sem a intermediação e prévia indenização do poder concedente.

Todavia, sem a prévia reversão, não ocorre a aquisição originária dos bens pelo poder público, no caso de ativos adquiridos pela concessionária, nem a transferência intermediada da posse ou usufruto dos bens originalmente já públicos, mas que estavam no acervo da antiga concessionária, como forma de viabilizar a prestação do serviço. Nesse contexto, sugere-se considerar a oportunidade de alteração legislativa que permita averbar o contrato de concessão nos Registros Gerais de Imóveis, como forma, por exemplo, de permitir à concessionária o exercício de direitos possessórios relacionados a imóveis afetados à concessão.

Em todo caso, conclui-se que o Princípio da Vedação ao enriquecimento sem causa impede qualquer tentativa de, por meio de lei, reduzir-se o direito da concessionária à justa indenização pelos investimentos realizados em bens reversíveis. Qualquer medida em contrário tende a caracterizar expropriação ou confisco, práticas vedadas pela Constituição Federal, além de sinalizar um contexto de insegurança regulatória, com potencial de trazer efeitos adversos à atração de investimentos.

## Referências

BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão de serviços públicos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

BRASIL. Decreto nº 24.643/1934. Decreta o Código de Águas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D24643.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm)>.

BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm)>.

BRASIL. Lei nº 9.074/1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm)>.

BRASIL. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 971.851/SC, Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma, j. em 10 jun. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

CARVALHO, Afranio de. Propriedade dos bens da concessão. *Revista de Direito Administrativo*, v. 44, 1956.

DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Natureza jurídica dos bens das empresas estatais. *Revista PGE de São Paulo*, São Paulo, p. 173-185, dez. 1988.

DUTRA, Joísa; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Diagnóstico, desafios e propostas para o desenvolvimento do setor elétrico brasileiro. In: GIAMBIAGI, Fabio; ALMEIDA JUNIOR, Mansueto Facundo de. (Org.). *Retomada do crescimento: diagnóstico e propostas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. v. 1, p. 189.

DUTRA, Joísa; SAMPAIO, Patrícia; CAIRO, Myller. A jurisprudência do TCU sobre o setor elétrico: uma análise da jurisprudência do Tribunal sobre as políticas públicas setoriais nos últimos cinco anos (2012-2016). In: ROCHA, Fábio Amorim da (Org.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2016. v. 5. p. 405-432.

ELETROBRAS. Reserva Global de Reversão (RGR). Disponível em: <<http://www.eletrobras.gov.br/ELB/data/Pages/LUMISA14E9AB4PTBRIE.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil. *Revista de direito administrativo*, v. 261.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LUSTOSA, Isabel. Abrangência da indenização em caso de extinção pelo advento do termo contratual de concessões de uso de bem público para geração de energia elétrica na modalidade de produção independente. In: LANDAU, Elena. *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. t. 2.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Concessão de serviço público: reversão: propriedade de bens (parecer). *Revista de Direito Administrativo*, v. 102, 1970.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

METZKER, Marcilia. Fundamentos da não-incidência de impostos territoriais sobre bens afetados às concessões de energia elétrica. Disponível em: <<https://marciliametzker.jusbrasil.com.br/artigos/233419933/fundamentos-da-nao-incidencia-de-impostos-territoriais-sobre-bens-afetados-as-concessoes-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Financiamento transgeracional da infraestrutura verde florestal:**

o sistema de pagamento por serviços ambientais como instrumento de gestão de riscos na sociedade contemporânea

**Transgenerational financing of green forest infrastructure:** the environmental services payment system as a risk management instrument in contemporary society

**Financiamiento transgeracional de la infraestructura verde florestal:** el sistema de pago por servicios ambientales como instrumento de gestión de riesgos en la sociedad contemporánea

Délton Winter de Carvalho

Kelly de Souza Barbosa



## **Financiamento transgeracional da infraestrutura verde florestal: o sistema de pagamento por serviços ambientais como instrumento de gestão de riscos na sociedade contemporânea\***

**Transgenerational financing of green forest infrastructure: the environmental services payment system as a risk management instrument in contemporary society**

**Financiamiento transgeracional de la infraestructura verde florestal: el sistema de pago por servicios ambientales como instrumento de gestión de riesgos en la sociedad contemporánea**

\* Recebido em 19/06/2018  
Aprovado em 11/09/2018

\*\* Graduado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1999). Mestre (2001) e Doutor (2006) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós-Doutor em Direito Ambiental e Direito dos Desastres pela University of California, Berkeley, CA, USA (2013), sob a orientação de Daniel A. Farber. Atualmente é Professor Adjunto I no Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Membro da Associação Brasileira dos Professores de Direito Ambiental - APRODAB e do Instituto o Direito por um Planeta Verde. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental e da Revista Direito Ambiental e Sociedade. Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Risco e Ecocomplexidade. Advogado. E-mail: delton@deltoncarvalho.com.br.

\*\*\* Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, com bolsa CAPES/PROEX, na modalidade taxa. Mestra em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, com bolsa CAPES/PROSUP, na modalidade mensalidade (2018). Especialista em Direito Processual Civil e Processo Cautelar pela Universidade Cândido Mendes - UCAM / Instituto Prominas (2017). Bacharela em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG, Unidade Passos (2015). Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Risco e Ecocomplexidade. Advogada. E-mail: kelly\_sbarbosa@hotmail.com.

Délton Winter de Carvalho\*\*

Kelly de Souza Barbosa\*\*\*

### **Resumo**

Incontestemente a exuberância da natureza brasileira, sobretudo quanto às florestas e áreas de vegetação nativa. No entanto, tais áreas verdes estão sob constante perigo e risco, influenciando (in)diretamente na perpetuação digna da espécie humana e dos demais seres vivos, sendo urgente a harmonização entre as agendas de proteção ambiental e crescimento econômico, a qual pode ser alcançada via valoração dos serviços ecossistêmicos. Destarte, utilizando os métodos dedutivo e descritivo, alicerçados na pesquisa bibliográfica, e com base na perspectiva da Teoria do Direito dos Desastres, analisou-se como o Pagamento por Serviços Ambientais deve ser utilizado como alternativa juseconômica para o financiamento da infraestrutura verde florestal no Brasil. Haja vista que congrega os imperativos ecológicos intergeracionais, de sustentabilidade e socioeconômicos, no contexto da gestão de riscos, sendo respaldado pelo Direito pátrio, o qual ainda precisa de aperfeiçoamento, bem como apresenta promissores resultados para se alcançar os objetivos do Estado socioambiental.

**Palavras-chaves:** Florestas e vegetações nativas. Degradação ambiental. Gestão de riscos. Pagamento por serviços ambientais. Infraestrutura verde.



## Abstract

Undoubtedly the exuberance of Brazilian nature, especially as the forests and areas of native vegetation. However, such green areas are under constant danger and risk, influencing (un)directly the worthy perpetuation of the human species and other living beings, and the harmonization between environmental protection agendas and economic growth is urgent, which can be achieved by the valuation of ecosystem services. Therefore, using the deductive and descriptive methods based on bibliographical research, and from a systemic perspective, it was analyzed how the Payment System for Environmental Services should be used as a law-economic alternative for the financing of the green forest infrastructure in Brazil. This view brings together intergenerational, sustainability and socioeconomic ecological imperatives in the context of risk management, supported by national legislation, which still needs improvement, as well as promising results to achieve the objectives of the socio-environmental state.

**Keywords:** Forests and native vegetation; degradation; Risk management; Payment for Environmental Services; Green infrastructure.

## Resumen

Inconteste la exuberancia de la naturaleza brasileña, sobre todo en cuanto a los bosques y áreas de vegetación nativa. Sin embargo, estas áreas verdes están en constante peligro y riesgo, influyendo directamente en la perpetuación digna de la especie humana y de los demás seres vivos, siendo urgente la armonización entre las agendas de protección ambiental y crecimiento económico, la cual puede ser alcanzada vía valoración de los servicios ecosistémicos. De este modo, utilizando los métodos deductivos y descriptivos, basados en la investigación bibliográfica, y con base en la perspectiva de la Teoría del Derecho de los Desastres, se analizó cómo el Pago por Servicios Ambientales debe ser utilizado como alternativa justificativa para el financiamiento de la infraestructura verde forestal en Brasil. En el contexto de la gestión de riesgos, está respaldado por el Derecho patrio, el cual todavía necesita perfeccionamiento, así como presenta prometedores resultados para alcanzar los objetivos del Estado socioambiental.

**Palabras claves:** Bosques y vegetaciones nativas. Degradación ambiental. Gestión de riesgos. Pago por servicios ambientales. Infraestructura verde.

## 1 Introdução

As catástrofes naturais (situação anormal) causadas por interferências (in)diretas humanas ou não, assolam o mundo com resultados devastadores ecológicos, sociais e econômicos, como furacões, maremotos e terremotos.

No Brasil, embora tais eventos ambientais não sejam a regra, o mesmo não se pode dizer das queimadas, deslizamentos de terras, enchentes, rompimento de barragens, grandes períodos de estiagem ou chuvas intensas, os quais possuem umbilical relação com as funções e serviços ecossistêmicos provenientes das florestas e vegetações nativas.

São inúmeros os intentos exploratórios que geram impactos às áreas verdes brasileiras, com a constante utilização de queimadas (v. g. para aumentar as áreas produtivas ao agronegócio), desmatamentos (v. g. comercialização de madeira), poluição de nascentes e rios (v. g. despejo de rejeitos tóxicos industriais), entre outras ações que estão conduzindo ao colapso ambiental.

A preocupação com a preservação ambiental das florestas brasileiras não se restringe ao bem-estar da sociedade nacional, pois os resultados extrapolam os limites geográficos, de tal modo que a extinção ou a preservação da natureza-verde impactará todo o ecossistema global.

O objetivo geral consistiu, portanto, em verificar se o Pagamento por Serviços Ambientais realmente pode ser utilizado pela Sociedade de Risco como alternativa juseconômica para o financiamento da infraestrutura verde florestal no Brasil, em atenção aos imperativos ecológicos de proteção e ampliação das áreas verdes, para as presentes e futuras gerações.

Com base na pesquisa bibliográfica e documental e nos métodos dedutivo e descritivo, tendo como matriz teórica a Teoria do Direito dos Desastres<sup>1</sup>, foi conduzida a análise crítica da dogmática jurídica aplicada a atual e prognóstica situação da proteção e ampliação da natureza-verde e da gestão dos riscos ambientais no Brasil.

No primeiro capítulo, foi contextualizada a configuração da sociedade contemporânea como de Risco, voltando-se ao cenário normativo brasileiro sobre a proteção do meio ambiente e os desastres naturais. Evoluiu o segundo capítulo para a concepção jurídica, ecológica e econômica de proteção e promoção das florestas e demais vegetações nativas — ou simplesmente, natureza verde.

O terceiro capítulo defrontou a questão acerca da valoração dos serviços ecossistêmicos florestais para, então, corroborar a análise realizada no quarto e último capítulo quanto à gestão de riscos valendo-se do Pagamento por Serviços Ambientais para financiar a infraestrutura verde florestal.

É urgente a mudança de paradigma quanto à concepção e tratamento da natureza pelas pessoas, organismos nacionais e internacionais e Estados-nação, sobretudo quanto à gestão dos riscos ambientais, para que o meio ambiente ecologicamente equilibrado seja usufruído pelas presentes e futuras gerações.

Logo, impõe-se a internalização das premissas ideológicas e práticas de sustentabilidade, em franco desenvolvimento socioeconômico<sup>2</sup>, como uma das estratégias de otimização da adaptação do Direito e da (re) construção de políticas públicas de gestão ambiental, no contexto da Sociedade de Risco, interconectada com seus múltiplos sistemas.

## 2 A concepção jusecológica na sociedade globalizada e de risco

O homem assumiu, sobretudo na modernidade, o título de soberano da natureza, explorando-a sem se importar com as consequências mediatas e imediatas que essa ação abusiva e egoísta poderia resultar. Há o império da cosmovisão antropocentrista na complexa relação entre o homem e a natureza, em que o primeiro imerso da concepção racionalista que lhe é ímpar, coloca-se em posição superior ao segundo. Por conseguinte, este deveria gravitar ao redor do eixo central do Universo, *in casu*, o próprio homem.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> A Teoria do Direito dos Desastres busca pelo Direito a estabilização e a normatividade ante a dinâmica destrutiva dos desastres, tanto na fase pré quanto pós-ocorrência do evento catastrófico. A racionalidade extraída dessa teoria jurídica é construída considerando a resiliência e a vulnerabilidade da sociedade e do meio ambiente (in)diretamente atingidos ou que potencialmente poderão suportar os efeitos primários e/ou secundários do desastre, sendo a gestão do risco estrategicamente articulada conforme o ciclo dos desastres, que é composto pelos seguintes estágios (que também são as funções estruturantes desse novo ramo jurídico): prevenção e mitigação; evento catastrófico; resposta de emergência; compensação; reconstrução. CARVALHO, Délton Winter de. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 255-261.

<sup>2</sup> Sem olvidar das características ímpares de sustentabilidade, o próprio Sachs altera o seu pensamento apartado sobre sustentabilidade (ou ecodesenvolvimento) e desenvolvimento sustentável, de tal modo que se passa a considerar ambos como ideais e práticas vanguardistas e necessárias para a atual e futura geração, que tem como objetivo harmonizar os pilares ou dimensões social, ambiental e econômica. SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 1927. In: STROCH, Paula Yone (Org.). Tradução: José Lima Albuquerque Filho. Rio de Janeiro: Garamond, 2002. p. 54 e 71.

<sup>3</sup> MILARÉ, Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo X ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 9. n. 36, p. 9 - 41, out./dez. 2004. p. 10-13.

Outro fenômeno impulsionador do antropocentrismo é a globalização<sup>4</sup>, a qual causou uma maior confluência de interesses culturais, políticos, sociais, tecnológicos e econômicos entre as sociedades pós-industriais. Destaca-se a dimensão econômica da globalização, que, nas palavras de Gonçalves,

... pode ser entendida como a ocorrência simultânea de três processos: crescimento extraordinário dos fluxos internacionais de produtos e capital, acirramento da concorrência internacional e maior interdependência entre empresas e economias nacionais.<sup>5</sup>

A configuração da sociedade (pós-)moderna como de consumo — seduzida pela sociedade instantânea de pertença de um produto/serviço, e aviltando o aprendizado do uso consciente e que prioriza a durabilidade da coisa —, implica o permanente status de sempre querer e consumir mais. De tal modo que o indivíduo está em constante movimento (finda as barreiras físicas para adquirir algo) para a renovação do desejo de consumir. Esses fatores conduziram ao dilema preconizado por Bauman de que “se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir”<sup>6</sup>, refletindo diretamente no uso dos recursos naturais.

Antes vigia a crença de que os impactos e degradações ambientais pelo uso irracional dos recursos naturais para atender à demanda humana limitava-se a uma determinada região, mas atualmente a mesma não prospera.

Notável que a incursão do homem moderno na natureza é em grau muito maior em comparação a de seus antepassados e há o sobrelevado valor social ao consumismo. Outro ponto extremamente relevante deriva do fato de que alguns (novos) processos e elementos (químicos, biológicos ou naturais) causam ainda mais impactos à natureza e com proporções transfronteiriças (e até mesmo atemporais), exurgindo uma outra adjetivação à sociedade contemporânea, qual seja, a de Sociedade de Risco.

O “risco é o enfoque moderno da previsão e controle das consequências futuras da ação humana, as diversas consequências indesejadas da modernização radicalizada”<sup>7</sup> (tradução nossa). Logo, não se está a tratar o risco ambiental como uma situação nova, mas sim a gestão desse risco em uma ordem nacional e global, considerando “os sistemas de infraestrutura críticas interconectadas”<sup>8</sup>, para que, posteriormente, haja a restauração da normalidade, ou mesmo para que os desastres sejam evitados ou antecipados.

Outrossim, se o desejo na Sociedade de Classes (principalmente daqueles que se encontravam em situação de miséria) era a repartição igualitária da produção social da riqueza, na atual Sociedade de Risco, ele foi alterado para o coro comum pela segurança em resposta ao medo (dos desastres naturais) — produto da modernidade.<sup>9</sup>

Por isso mostra-se tão singular na atualidade a compreensão do “ciclo dos desastres”. Segundo Farber,

[o] ciclo de desastres consiste em mitigação, resposta de emergência, compensação e reconstrução, com

<sup>4</sup> A globalização é um processo histórico, complexo e dinâmico de âmbito mundial em que há a crescente interligação e interdependência entre os Estados-Nação, organizações e indivíduos nas relações e interações econômicas, políticas e sociais, apresentando como característica a desterritorialização. Ademais, ele está relacionado com os desenvolvimentos tecnológicos cada vez mais rápidos e avançados, principalmente no setor comunicativo, que, inclusive, facilita o diálogo entre as pessoas e as instituições, o tráfego de pessoas e a comercialização de bens e serviços. CAMPOS, Luís; CANAVES, Sara. *Introdução à globalização*. Lisboa: Instituto Bento Jesus Caraça: Departamento de Formação da CGTP-IN, 2007. p. 11.

<sup>5</sup> GONÇALVES, Reinaldo. Globalização econômica. In: *O nó econômico*. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 1-28. p. 3.

<sup>6</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas* (1925). Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 77, 78, 79-82.

<sup>7</sup> Versão original: “*Riesgo es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada.*” BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global* (1999). Tradução: Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002. p. 5.

<sup>8</sup> As fases temporalmente estabelecidas para o gerenciamento dos riscos são: “i) normalidade que antecede o desastre; ii) interrupção operacional; iii) falha sistêmica; iv) resposta de emergência; v) recuperação dos efeitos do evento; vi) nova normalidade.” CARVALHO, Délton Winter de. Instrumentos de prevenção a desastres: as medidas não estruturais e a construção de cidades resilientes. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 1, p. 34-57, jan./abr. 2015. p. 39.

<sup>9</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad* (1986). Tradução: Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona (Espanha): Paidós, 1998. p. 55.

o último completando o círculo ao incluir (ou não incluir) medidas de mitigação. A mudança climática coloca novos desafios em todas as fases do ciclo<sup>10</sup> (tradução nossa).

E, para romper a cíclica dos desastres na Sociedade de Risco, há de se enfatizar na gestão do risco o entrelaçamento entre o elemento da reconstrução e o da mitigação, alicerçado na prevenção *lato sensu*<sup>11</sup>, a fim de impedir a ocorrência e, sobretudo, a reincidência do desastre ambiental.

Portanto, projetar e/ou aprimorar mecanismos, processos e instrumentos que congreguem os intentos desenvolvimentistas econômicos do homem moderno com os de proteção ambiental intergeracional mostra-se ser um caminho para o equilíbrio entre essas demandas globais.

No Brasil, além dos estudos e avaliações ambientais para a prevenção aos desastres (vide a Lei nº 12.608/2012 – Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil), a gestão dos riscos de desastres, também, se perfaz por medidas não estruturais relacionadas a estudos, avaliações e autorizações administrativas de diagnóstico ambiental. Bem como, por medidas estruturais, que são as construções feitas pelo homem provenientes da engenharia civil (infraestrutura cinza).<sup>12</sup>

De forma inovadora, o Direito dos Desastres também inclui nas medidas estruturais os serviços ecossistêmicos<sup>13</sup>, denominados como infraestrutura verde ou natural, que é “uma rede interconectada de espaços ambientais que conservam valores e funções ecossistêmicas, provendo benefícios associados às populações humanas.”<sup>14</sup> Ou seja, ela auxiliará a proteção, prevenção e mitigação dos desastres naturais.

De imediato vislumbram-se benefícios com a utilização da infraestrutura verde. Na fase pós-desastres, os serviços ecossistêmicos auxiliariam na celeridade da construção da resiliência do local afetado e, consequentemente, a redução das vulnerabilidades socioeconômicas. Na fase pré-desastre, pelo potencial protetivo, preservacionista, de absorção, amortecimento e barreira de possíveis impactos ambientais. E é adicionada a importância já consolidada dos ecossistemas como bens ambientais, a valoração dos serviços ecossistêmicos para alcançar o pilar da prevenção *lato sensu* dos desastres naturais. Ressalta-se que as funções ecossistêmicas não são passíveis de atribuição econômica e mercadológica, mas o mesmo não se aplica aos serviços ecossistêmicos, que, inclusive, são utilizados como parâmetros para avaliação de prejuízos.<sup>15</sup>

Assim, se é incalculável monetariamente, por exemplo, a função ecossistêmica de *habitat* aos animais que estão nas florestas e matas ciliares, o serviço ecossistêmico de purificação da água ao ser humano, possibilitado por tais áreas verdes, pode ser estimado, o que contribui para avaliação dos investimentos necessários para melhor protegê-lo.

<sup>10</sup> Versão original: “The disaster cycle consists of mitigation, emergency response, compensation, and rebuilding, with the latter completing the circle by including (or failing to include) mitigation measures. Climate change poses new challenges at every stage of the cycle.” FARBER, Daniel A. Catastrophic risk, climate change, and disaster. *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, Austrália, v. 16, p. 37-54, 2013. p. 40.

<sup>11</sup> “A prevenção geral [ou *lato sensu*] consiste na racionalização que intermedeia a decisão e o risco.” “Essa ênfase preventiva [inclusive presente no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988] peculiar ao direito ambiental atua como condição de possibilidade operacional do direito para a formação de uma comunicação jurídica acerca do risco. A comunicação acerca do risco no direito ambiental é instrumentalizada pela distinção entre prevenção e precaução. Enquanto os riscos concretos são geridos pela máxima da prevenção, os abstratos o são pela precaução.” CARVALHO, Délton Winter de. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 169-170.

<sup>12</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Instrumentos de prevenção a desastres: as medidas não estruturais e a construção de cidades resilientes. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 1, p. 34-57, jan./abr. 2015. p. 40-41.

<sup>13</sup> Os serviços ecossistêmicos são processos complexos dinâmicos de populações de microrganismos, plantas e animais que interagem de forma funcional entre si e entre o meio ambiente não vivo, os quais garantem a sobrevivência das espécies no planeta e promovem produtos e serviços que satisfazem as necessidades e o bem-estar da sociedade humana. GODECKE, Marcos Vinicius; HUPFFER, Haide Maria; CHAVES, Iara Regina. O futuro dos pagamentos por serviços ambientais no Brasil a partir do novo Código Florestal. *Revista de Desenvolvimento e Meio Ambiente*, Paraná, v. 31, p. 31-42, ago. 2014. p. 32.

<sup>14</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Os serviços ecossistêmicos como medidas estruturais para a prevenção dos desastres. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, ano 52, n. 206, p. 53-65, abr./jun. 2015. p. 58.

<sup>15</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Os serviços ecossistêmicos como medidas estruturais para a prevenção dos desastres. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, ano 52, n. 206, p. 53-65, abr./jun. 2015. p. 57-59.



No entanto, o custo para a proteção e ampliação de áreas verdes no Brasil é alto (seja ao particular ou ao Estado) e, via de regra, depreciado sócio e economicamente, sendo comum a proteção (quando realizada), apenas, nos limites (mínimos) legais. Portanto, é necessária a reformulação da estratégia juspolítica ambiental expansionista, até mesmo para a prevenção aos desastres via valoração da utilização da infraestrutura verde florestal.

É possível desenvolver um plano de ação para a redução do medo social quanto aos desastres ambientais e miséria generalizada, elaborado com base nas construções práticas e ideológicas de sustentabilidade e de desenvolvimento econômico sustentável; ainda mais com a tendência da superação da Economia Marrom<sup>16</sup> para a Economia Verde<sup>17</sup>.

Considerando a estratégia derivada da Economia Verde e que uma efetiva proteção ambiental prescinde do trinômio fiscalização, incentivos econômicos/financeiros e reconhecimento pelas boas condutas, tal cenário pode ser visualizado pelo Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), institucionalizado no Código Florestal (artigo 41 e incisos da Lei nº 12.651/2012).

Para Wunder, a definição sobre Pagamento por Serviços Ambientais é construída com base nos seguintes elementos: a) existência de uma transação voluntária; b) com um serviço ambiental bem definido ou de uso da terra suscetível de garantir a sua provisão; c) com pelo menos um comprador e d) um provedor, em que este controle a prestação do serviço efetivamente e) e garanta (condicionalmente) a prestação desse serviço.<sup>18</sup>

Em outras palavras, o Pagamento por Serviços Ambientais é um instrumento econômico-ambiental que visa recompensar àqueles que, efetivamente, investiram para que um determinado serviço ecossistêmico se faça e/ou se mantenha — até mesmo em quantidade superior ao estabelecido em lei —, no bojo de uma negociação voluntária. É a exteriorização do próprio princípio protetor-recebedor.

Tal raciocínio justifica-se dado que os produtos e serviços ambientais são bens difusos e coletivos utilizados, inclusive, por aqueles que não contribuem para a melhora e manutenção da natureza. Logo, mostra-se razoável que aqueles que o fazem sejam recompensados, via retribuição monetária, compensação mediante incentivos financeiros e tributários, ou incentivos para a comercialização, inovação e aceleração das ações de recuperação, conservação e uso sustentável das florestas e vegetações nativas.<sup>19</sup> Aliás, a própria Política Nacional do Meio Ambiente já apresentava como um dos seus instrumentos, os instrumentos econômicos (artigo 9º, inciso XIII da Lei nº 6.938/81).

Desse modo, o Sistema de Pagamento por Serviços Ambientais poderá contribuir de sobremaneira para

<sup>16</sup> O paradigma econômico atual apelidado por ele como “Economia Marrom”, alicerçado em uma má alocação do capital, investimentos em recursos escassos e poluidores (por exemplo: uso maciço de combustíveis fósseis na matriz energética), entre outros, denotam a crise desse modelo que não se sustentará em longo prazo. PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. Desenvolvimento sustentável e economia verde: uma proposta de análise conceitual. In: COSTA, Francisco de Assis *et al.* (Coord.). *Desenvolvimento sustentável, economia verde e a Rio+20*: relatório de pesquisa. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2012. p. 15-26. p. 18.

<sup>17</sup> A Economia Verde é uma abordagem derivada da visão neoclássica (teoria do bem-estar e economia ambiental) do uso alternativo do capital. Nela se projetam maiores ganhos de eficiência no uso do capital natural, com estabelecimento de novos critérios para a conversão de uma forma de capital natural em outra e/ou em outras formas de capital e do avanço tecnológico para ampliar essas mudanças. PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. Desenvolvimento sustentável e economia verde: uma proposta de análise conceitual. In: COSTA, Francisco de Assis *et al.* (Coord.). *Desenvolvimento sustentável, economia verde e a Rio+20*: relatório de pesquisa. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2012. p. 15-26. p. 18-20.

Ademais, considerando-se o arcabouço teórico deste trabalho, urge ressaltar que Economia Verde e desenvolvimento sustentável não são sinônimos, mas sim conceitos que se complementam para alterar o paradigma econômico vigente, visando introduzir no mercado opções verdes a serem exploradas com o objetivo de diminuir as crises ambientais e se tornar um modelo econômico que estima a sustentabilidade local e mundial.

<sup>18</sup> WUNDER, Sven. Necessary conditions for ecosystem service payments. In: *CONFERENCE PAPAER*. Moore Foundation/CSF/ RFE, São Francisco, jan./fev. 2008. p. 1.

<sup>19</sup> LEHFELD, Lucas de Souza; CARVALHO, Nathan Castelo Branco de; BALBIM, Leonardo Nassif. *Código Florestal comentado e anotado*: artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 244.

o financiamento da infraestrutura verde florestal, tão significativa à gestão de riscos aos desastres ambientais no Brasil e, conseqüentemente, para a consubstanciação do mandamento constitucional estatal e societal<sup>20</sup> ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As incursões transfronteiriças ambientais danosas e de proporções onipresentes corroboradas pela globalização despertaram e despertam a preocupação não apenas dos Estados-nação (sob a égide da Constituição), mas também de entidades internacionais, grupos e corporações transnacionais, que estão de forma cada vez mais ativa e expressiva pleiteando melhorias e estabelecendo regulamentações globais específicas, envolvendo as funções sociais. Esse contexto elucida o que Teubner denomina de fragmentação constitucional e o novo fenômeno da autoconstitucionalização dos sistemas sociais parciais (autônomos) da sociedade mundial, em resposta aos déficits da Teoria do Constitucionalismo Nacional (político-legal) ao atual contexto de sociedade global capitalista, complexa e plural.<sup>21</sup>

E, diferentemente do que se verifica no constitucionalismo nacional, na emersão dos regimes transnacionais privados (que são a gênese do constitucionalismo societal), a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (como o do meio ambiente ecologicamente equilibrado) não está pacificada, dada as colisões interconstitucional e intercultural, e tensões quanto ao princípio da justiça e da sustentabilidade<sup>22</sup>. Destarte, a questão ambiental prescinde de uma análise, concomitantemente, circunscrita e diacrônica, bem como global e atemporal.

### 3 Natureza verde transgeracional

Notadamente, a Conferência de Estocolmo (1972), realizada pela Organização das Nações Unidas, foi o marco internacional da discussão sobre a proteção ao meio ambiente global e a degradação ambiental, da necessidade de reconhecimento jurídico e, posteriormente, constitucional<sup>23</sup>, do meio ambiente como bem jurídico *per se*.

No Brasil, o constituinte de 1988 inseriu o meio ambiente como assunto *res máximae momenti* da realidade natural e social<sup>24</sup>, e acrescentou ao Estado Democrático de Direito o *plus* da função ecológica.<sup>25</sup>

A eminência normativa antropocêntrica e utilitarista do meio ambiente passou por um processo (ainda em andamento) de ampliação da visão biocêntrica ou ecocêntrica. Já na Constituinte de 1988, conforme Benjamin, vislumbrou-se um antropocentrismo alargado, “porque considerou o ambiente como bem de uso

<sup>20</sup> Teubner adverte pelo robustecimento da sociologia constitucional (em contraponto a proeminência dos sistemas político e jurídico) para a elaboração de uma constituição civil global (ou societal), em que se agregará os vários sistemas subsistemas autônomos da sociedade mundial. ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 11-43, abr./ago. 2016. p.15.

<sup>21</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentsos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Série IDP: Linha Direito Comparado. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 71-74.

<sup>22</sup> Conforme a doutrina de Teubner, Elmauer sintetiza que “com o auxílio da atuação do constitucionalismo societal, a nova sustentabilidade seria capaz de agir em favor da prevenção às tendências destrutivas provocadas pelos sistemas sociais globais.” ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 11-43, abr./ago. 2016. p. 29.

<sup>23</sup> “Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão dos poderes, o poder político.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993. p. 13.

<sup>24</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 162; 170.

<sup>25</sup> “O Estado Democrático Ambiental e o próprio direito ambiental consistem em alterações estruturais havidas no Estado e no direito para reagir aos riscos ecológicos produzidos e distribuídos pela sociedade pós-industrial. Na verdade, pode-se concluir que o Estado Democrático Ambiental consiste num processo de ecologização das estruturas do sistema político, em ‘acoplamento’ com a dinâmica de sensibilização do direito às irritações ecológicas (na ecologização do direito).” CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. O Estado democrático de direito ambiental e as catástrofes ambientais: evolução histórica e desafios. *Pensar: Revista de Ciências jurídicas*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 470-494, mai./ago. 2013. p. 478.

comum do povo, atribuindo-lhe inegável caráter de *macrobem*.<sup>26</sup> Acrescenta Carvalho que:

No antropocentrismo alargado (intermediária entre antropocentrismo clássico e ecocentrismo), a tutela jus-ambiental não se limita à valoração dos bens ambientais apenas em sua capacidade de aproveitamento humano (utilidade direta do bem ambiental), abrangendo a tutela da capacidade funcional ecológica do patrimônio natural independentemente da sua utilidade direta. [...] O alargamento do antropocentrismo se dá a partir de três vias possíveis de expansão frente ao antropocentrismo clássico (economicocêntrico). São elas: (i) a equidade intergeracional, (ii) o direito dos animais; e (iii) a constatação evidente que o homem é elemento integrante de uma comunidade biótica (*extended stewardship ideology*).<sup>27</sup>

Pela organização textual, normativa e principiológica que se encontra o meio ambiente na atual Constituinte brasileira, verifica-se que ele foi elevado à categoria de valores ideais para a ordem social e como diretriz para a ordem econômica.

Na verdade, saltou-se do estágio da miserabilidade ecológico-constitucional, própria das Constituições liberais anteriores, para um outro que, de modo adequado, pode ser apelidado de opulência ecológico-constitucional.<sup>28</sup>

O eixo constitucional da dimensão ambiental como bem jurídico autônomo se extrai do *caput* do artigo 225, que consagra o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum e essencial a sadia qualidade de vida (individual e coletiva), que demanda a corresponsabilidade pela sua defesa e manutenção (obrigação de fazer) pelo Poder Público e pela sociedade, para as presentes e futuras gerações.

Considerando a configuração de Estado de direito e social evidenciado na Constituinte de 1988, refletido no *modus operandi* de proteção ao meio ambiente em observância à ordem econômica por meio de políticas públicas, oportuno explicitar a definição dessa última. Segundo Derani, políticas públicas são

um conjunto de ações coordenadas pelos entes estatais, em grande parte por eles realizadas, destinadas a alterar as relações sociais existentes. Como prática estatal, surge e se cristaliza por norma jurídica. A política pública é composta de ações estatais e decisões administrativas competentes.<sup>29</sup>

Inspirados em Sérgio Magulis, Santos; Porto e Sampaio explicam que:

Inicialmente, foram instituídos instrumentos de comando e controle que, até hoje, conformam a base das políticas ambientais de muitos países industrializados, inclusive o Brasil. Basicamente, esses instrumentos constituem um conjunto de normas, regras, procedimentos e padrões a serem obedecidos pelos agentes econômicos de modo a adequar-se a certas metas ambientais, acompanhado de um conjunto de penalidades previstas para os recalcitrantes.<sup>30</sup>

Desse modo, como “[a] política pública surge a partir de uma construção normativa. Assim, estruturalmente a base da política é o direito”<sup>31</sup>, ao longo do texto, o direito e as políticas públicas (de gestão ambiental) serão trabalhados de forma conjunta e complementar (juspolítico).

Seguindo, não obstante a institucionalização singular do meio ambiente, a práxis denota situação adversa acerca da proteção e manutenção dos recursos e processos naturais. Mesmo com a percepção (e constatação) na contemporaneidade de que a crise ecológica e as novas tecnologias de manuseio de produtos físico, químico, radioativo e biológico, poderão impactar não apenas uma região, mas toda a existência de vida no Planeta Terra.

<sup>26</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83-164. p. 162.

<sup>27</sup> CARVALHO, Délon Winter de. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 127.

<sup>28</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83-164. p. 112.

<sup>29</sup> DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 41, p. 19-28, 2004. p. 22.

<sup>30</sup> SANTOS, Laura Meneghel dos; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Direitos de propriedade e instrumentos econômicos de regulação ambiental: uma análise das atribuições implícitas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 97-120, 2017. p. 101.

<sup>31</sup> DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 41, p. 19-28, 2004. p. 22.

Há uma configuração de medo universalizado resultado, principalmente, das interferências humanas (globais) negativas no meio ambiente e que, por consequência, estabelece a tensão de que a qualquer momento poderá acontecer um desastre.<sup>32</sup> Assim, é caracterizada a atual Sociedade de Risco, em que o caráter pessoal do risco é substituído pela invisibilidade e transtemporalidade.<sup>33</sup>

No contexto da Sociedade de Risco no meio ambiente, preponderantemente, considera-se o resultado negativo, partindo da acepção de ameaça ou perigo de degradação à natureza causada pela interferência (in) direta ou não do homem. Sendo o risco ao dano ambiental futuro concatenado, exclusivamente, com a possibilidade de o dano ser contingente, ou seja, evitável pela decisão do observador no presente.<sup>34</sup>

A gestão dos riscos (rememorando-se sua particular multidisciplinariedade) é impropelável na contemporaneidade (de risco e de consumo), tanto para a prevenção dos desastres quanto para instruir um desenvolvimento econômico responsável socioambientalmente, balizado na sustentabilidade. Isso porque o quadro cataclísmico (de desastres ambientais) das áreas verdes brasileiras decorrente do tratamento negligente, imprudente, imperito e/ou individualista das florestas e vegetações, corroborado transversalmente pela vulnerabilidade e resiliência das comunidades afetadas<sup>35</sup>, torna-se cada vez mais corriqueiro e devastador socioecologicamente.

Uma mudança juspolítica (e, paralelamente, social) em relação à proteção e uso dos recursos naturais pode ser instruída pela gestão do risco, a qual “deve circular e, sistematicamente, permear todas as fases estratégicas de um desastre”<sup>36</sup>, sendo claramente mais relevante àquelas que visem prevenir a ocorrência de colapso no sistema.<sup>37</sup> Como se verifica nas medidas de infraestrutura verde.

Qualquer medida de proteção ao meio ambiente envolve custos e investimentos (via de regra, altos) de um terceiro. Esse terceiro, que é compelido por políticas públicas comando e controle, muitas vezes avalia ser mais rentável a exploração da cobertura florestal do que a preservação. E essa lógica precisa ser invertida, e pelo caminho juseconômico<sup>38</sup> sustentável.

<sup>32</sup> “Os desastres consistem, conceitualmente, em *cataclismo sistêmico* de causas que, combinadas, adquirem consequências catastróficas. [...] Em outras tintas, trata-se de fenômenos compreendidos a partir de causas naturais, humanas ou mistas sucedidas por eventos de grande magnitude, irradiando danos e perdas significativas ambiental e socialmente. CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 27.

<sup>33</sup> CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2013. p. 27.

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. In: *Sociología del riesgo* (1991). Tradução: Silva Peppe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 45-78. p. 61-62.

<sup>35</sup> Em síntese, a vulnerabilidade corresponde a suscetibilidade de uma comunidade ou pessoa aos riscos e perigos ambientais, por causa de elementos ou processos físicos, biológicos, econômicos, políticos, ambientais e sociais no seu entorno; por sua vez, a resiliência é “a capacidade que um sistema apresenta de tolerar perturbações se alterar suas estruturas e identidades básicas.” CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 56-59.

<sup>36</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Instrumentos de prevenção a desastres: as medidas não estruturais e a construção de cidades resilientes. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 1, p. 34-57, jan./abr. 2015. p. 38.

<sup>37</sup> “Um desastre ambiental gera uma falência sistêmica da sociedade atingida, que além de provocar diversos danos humanos e ambientais incorre em uma incapacidade sistêmica de produzir diferenciações fundamentais, tornando a comunidade atingida, ainda mais vulnerabilizada, bem como dificultando as ações de socorro (tomadas de decisão imediata).” BERWIG, Juliane Altmann. Os serviços ecossistêmicos na gestão dos desastres ambientais ocorridos no setor energético. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 10, n. 1, edição especial, 2015. p. 142.

<sup>38</sup> Expressão utilizada por Gico Jr. para se referir à metodologia que utiliza teorias econômicas para analisar (de forma objetiva) o comportamento humano com implicações jurídicas que normalmente não se relacionam com a seara econômica. Por exemplo, usar o ferramental econômico para auxiliar na redução da quantidade de crimes praticados em uma determinada região. GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. p. 13-17.



A sustentabilidade ou ecodesenvolvimento<sup>39</sup> — princípio aberto<sup>40</sup> — congrega aspectos econômicos com as questões socioambientais atemporais. Ou seja, a satisfação da geração presente (que já está muito sacrificada pela desigualdade social) deve ser alcançada considerando a solidariedade sincrônica, seguindo as necessidades fundamentais da maioria da população (e não de produção). E isso sem comprometer a solidariedade diacrônica, ou seja, as satisfações econômicas e ecológicas das gerações vindouras a serem igualmente garantidas.<sup>41</sup>

O desenvolvimento econômico sustentável, difundido globalmente pelo Relatório Brudtland (1987)<sup>42</sup>, difere da sustentabilidade pela sua ambição em alcançar os desejos da humanidade e da ecologia, otimizando a tecnologia, bem como os processos e elementos químico, físico e biológico, para tornar os insumos energéticos mais econômicos e eficientes, prelecionando pela mínima redução das interferências contrárias ao crescimento econômico.<sup>43</sup>

Oportuno explicar que a Economia Convencional se vale do gráfico comparativo de linhas retilíneas representativas do fornecimento e demanda, para compreender o relacionamento complexo na produção e troca de bens. Ao contrário, a Economia Verde visa uma compreensão holística da questão (homem, ecologia, economia) — “Do ponto de vista verde, precisamos ver toda a imagem antes de podermos resolver qualquer um desses problemas.”<sup>44</sup> (tradução nossa) —, para buscar a melhor solução e elaboração de políticas modernas.

Nota-se que

a Teoria Geral do Direito foi fortemente influenciada pelos postulados do positivismo jurídico, o que conduziu à primazia da função repressivo-protetora do Direito, alçando a coatividade, o ilícito e a sanção negativa como suas categorias centrais.<sup>45</sup>

Já na contemporaneidade é revigorizada a função promocional do Direito, a qual permite

ampliar a noção de sanção jurídica também para seu aspecto positivo (sanção positiva ou premial), servindo de técnica para estimular o cumprimento de condutas juridicamente desejadas, para além

<sup>39</sup> Montibeller Filho e Layrargues esclarecem que a expressão ecodesenvolvimento (ou sustentabilidade) foi cunhada por Maurice Strong (1973), Secretário da Conferência de Estocolmo e, posteriormente, difundida pelo economista polonês Ignacy Sachs (a partir da década de 80).

<sup>40</sup> Para Canotilho a sustentabilidade como um imperativo principiológico fundamental é um princípio aberto — não apresenta respostas prontas, e sim ponderações e decisões casuísticas, tendo a tríplice dimensão jurídico-política da sustentabilidade interestatal, geracional e intergeracional. “(1) a sustentabilidade interestatal, impondo a equidade entre países pobres e países ricos; (2) a sustentabilidade geracional que aponta para a equidade entre diferentes grupos etários da mesma geração (exemplo: jovem e velho); (3) a sustentabilidade intergeracional impositiva da equidade entre pessoas vivas no presente e pessoas que nascerão no futuro.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Têkhnê: Revista de Estudos Politécnicos*, Barcelos (Portugal), v. 7, n. 13, p. 7-18, jun. 2010. p. 7-8.

<sup>41</sup> LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? *Proposta*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, p. 1-5, fev. 1997. p. 3. MONTIBELLER FILHO, Gilberto. Ecodesenvolvimento e desenvolvimento sustentável: conceitos e princípios. *Textos de Economia*, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. v. 4, n. 1, p. 131-142. 1993. p. 133.

<sup>42</sup> Também conhecido como Relatório *Our common future*, organizado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD).

<sup>43</sup> Não obstante a advertência de Layrardes de que “o desenvolvimento sustentável assume claramente a postura de um projeto ecológico neoliberal, que sob o signo da reforma, produz a ilusão de vivermos um tempo de mudanças, na aparente certeza de se tratar de um processo gradual que desembocará na sustentabilidade socioambiental.” E que, “por mais que as tecnologias modernas se adequem a esta premissa, permanece a dúvida da possibilidade em ocorrer mudanças sociais e culturais que acompanhem voluntariamente estas transformações, uma vez que uma das características da sociedade industrial de consumo é justamente o desperdício”, acredita-se sim na mudança de paradigmática promovida por essa novel premissa de desenvolvimento econômico sustentável como reforço ao ideal protetivo ambiental. LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? *Proposta*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, p. 1-5, fev. 1997. p. 5; 7.

<sup>44</sup> Versão original: “From a green perspective we need to see the whole picture before we can solve any of these problems.” CATO, Molly Scott. *Green economics: an introduction to theory, policy and practice*. Earthscan: London, 2009. p. 9.

<sup>45</sup> PAPP, Leonardo. Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) como instrumento de concretização do princípio do protetor-recebedor (PRP): apontamentos iniciais a partir da função promocional do Direito Ambiental. In: *CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFF*, 21., 2012, Niterói. *Anais... Niterói: UFF*, 2012. p. 446-448.

daquela calçada no binômio proibição/punição.<sup>46</sup>

Em atenção à função promocional do Direito apresentada por Bobbio<sup>47</sup>, o Princípio do Protetor-recebedor ou Protetor-beneficiário surge objetivando incentivar a bonificação/premiação econômica justa e equânime, daqueles que efetivamente empregam medidas e ações protetivas e conservacionistas ao meio ambiente, ou se abstiveram das vantagens de explorar os recursos naturais. Nesse contexto, Nusdeo aduz:

A proposta de pagamento ao protetor, assim, trata de retirar da esfera daquele que preserva, total ou parcialmente, os custos de preservação, podendo chegar mesmo a permitir que aufera algum ganho com a proteção. Coloca-se então como oposto do poluidor-pagador e do usuário-pagador. Essa relação de oposição pode até resultar na contraposição do protetor-recebedor ao poluidor-pagador ou usuário-pagador na relação de pagamento.<sup>48</sup>

O raciocínio principiológico acima encontra amparo (e adesão prática) na sociedade contemporânea, mormente pela caracterização dos perfis do *good men* e *bad men* (e do *homo economicus*) justapostos a Teoria da Escolha Racional e a Teoria dos Jogos.

Ao analisar a proposição de Oliver Wendell Holmes Junior de que o Direito deve ser compreendido sob a perspectiva do *bad men* e não do *good men*, Silva assevera que o primeiro não deve ser interpretado consoante a tradução literal da expressão, mas sim como aquele que direciona suas condutas para evitar as consequências legais e sanções positivadas, por questões egoísticas (satisfação de interesses pessoais), desconsiderando as regras morais. E, por isso, o *bad men* possui estreita relação com o *homo economicus* de Jack Balkin, que, alheio aos ditames morais e às necessidades sociais, realiza suas ações para maximizar as próprias vantagens pessoais. Ao contrário, o *good men* prioriza normas éticas e morais nas suas condutas, em atenção ao bom convívio social e independentemente de imposição legal.<sup>49</sup>

Tendo como enfoque a abordagem do comportamento autointeressado do *bad men* — isso porque, o *good men* não oferece resistência à obrigação jurídica, social e/ou moral —, o Poder Público terá melhores padrões práticos para decidir e estabelecer estratégias normativas aos legislados insurgentes. Desse modo tornará as normas mais eficazes e efetivas, possibilitando, por exemplo, o uso de técnicas de incentivação, quando as repressoras se mostrarem insuficientes para alcançar o fim colimado na norma.<sup>50</sup> É o que se tenciona com o princípio do protetor-recebedor.

Não obstante o ordenamento jurídico brasileiro ser heterogêneo (função corretiva e promocional), quando se analisa a questão ambiental, há o predomínio do caráter coercitivo, que se mostra cada vez mais insuficiente para conter o atual *bad man* brasileiro. Haja vista que pelas experiências (individuais e coletivas) o *bad men* brasileiro possui a consciência da remota sanção (civil, penal e/ou administrativa) pelos danos causados ao meio ambiente; que provavelmente não abarcará todos os ilícitos praticados (dada a possibilidade de transacionamento); e, principalmente, porque os ganhos econômicos com as medidas ilegais, muitas vezes mostram-se mais vantajosos economicamente do que os prejuízos decorrentes do descumprimento da lei.

O *good men* ocidental, em regra, não foi socialmente condicionado a encarar a tutela ambiental como uma

<sup>46</sup> PAPP, Leonardo. Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) como instrumento de concretização do princípio do protetor-recebedor (PRP): apontamentos iniciais a partir da função promocional do direito ambiental. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFF, 21., 2012, Niterói. *Anais... Niterói: UFF*, 2012. p. 464-465.

<sup>47</sup> “Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípuo impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo o seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes.” BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 15.

<sup>48</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Pagamento por serviços ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 138.

<sup>49</sup> SILVA, Raissa Pimentel. Princípio do protetor-beneficiário: por uma justificativa de efetivação à luz da análise comportamental do legislado. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 284-303, jun/dez. 2015. p. 286-287.

<sup>50</sup> SILVA, Raissa Pimentel. Princípio do protetor-beneficiário: por uma justificativa de efetivação à luz da análise comportamental do legislado. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 284-303, jun/dez. 2015. p. 288.

necessidade de matriz ético-princípiosológica, de forma que não lhe parece um erro a adoção de certas atitudes potencialmente lesivas ao meio ambiente<sup>51</sup>.

A preservação acima dos limites legais não resulta qualquer vantagem pessoal ao *good men*, nem mesmo de satisfação pela escolha de uma abordagem ética e moral, pois tais premissas não estão incorporadas no seu íntimo.

Esse tipo de avaliação da tendência humana (*good men/bad men*) para decidir sobre a proteção ou não da natureza é relevante para a elaboração de normas e políticas públicas ambientais que realmente sejam efetivas e eficazes.

Outro método de análise é pela Teoria da Escolha Racional<sup>52</sup>, que explora a economia comportamental não mercadológica, enfocando as circunstâncias que condicionam o comportamento humano. Dentre uma gama de opções, o indivíduo convencido da concepção do que lhe pareça mais razoável e lógico, contrabalanceando custos e benefícios, e desconsiderando terceiros e valores éticos e morais, elegerá aquela que maximize seu próprio interesse. Mesmo raciocínio ao se considerar o interesse de um indivíduo somado a de outros integrantes da sociedade, originando a maximização da riqueza social (economia de bem-estar).<sup>53</sup>

Ademais, para a Teoria dos Jogos<sup>54</sup>, igual responsabilidade o Direito (Ambiental) possui para regulamentar as regras e estabelecer as vantagens (prêmios) e desvantagens (sanções) aplicáveis às estratégias que poderão ser escolhidas pelos agentes sociais no *jogo*. Isso porque os jogadores mensuram não apenas a satisfação própria, mas também o que se espera ou deseja que os outros jogadores façam.<sup>55</sup> Desse modo é viável que o Direito crie estratégias preservacionistas do meio ambiente, inclusive valendo-se de incentivos econômicos, para que, realmente, estas sejam as escolhas dos “jogadores”.

Ou seja, consoante a Teoria da Escolha Racional, o agente (e a sociedade como um todo) escolhe a opção de maior utilidade para a satisfação própria, impondo-se ao Direito arquitetar normas e instruir políticas públicas que criem mecanismos que tornem a proteção ao meio ambiente intergeracional à opção mais vantajosa.

Enfim, considerando a tendência deliberativa interessada do ser humano, são essenciais instrumentos que exteriorizem o enunciado princípiosológico do protetor-recebido, como se depreende do Pagamento por Serviços Ambientais (ainda tímido no Brasil), dado que “paga-se para aqueles que ajudam a natureza a voltar ao seu estado de equilíbrio, exatamente como Albert Appleton fez em Nova York”<sup>56</sup>; ou melhor para que ela nem mesmo seja desequilibrada.

<sup>51</sup> SILVA, Raissa Pimentel. Princípio do protetor-beneficiário: por uma justificativa de efetivação à luz da análise comportamental do legislado. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 284-303, jun/dez. 2015. p. 296.

<sup>52</sup> Essa teoria é composta pelos seguintes elementos: “(a) a percepção do mundo pelo agente social, interpretando e valorando as diferentes circunstâncias; (b) a emergência de opções, as quais são sempre mensuráveis e estáveis, possibilitando a sua classificação; (c) a escolha racional feita pelos agentes (indivíduos) com base nas suas intenções, mesmo que variáveis, aumentando a sua utilidade.” SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. *Análise econômica do direito ambiental: perspectivas internas e internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 127-128.

<sup>53</sup> SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. *Análise econômica do direito ambiental: perspectivas internas e internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 127-128.

<sup>54</sup> Tal interpretação é conduzida pela metodologia econômica da Teoria dos Jogos, composta pelos seguintes elementos: (a) definição dos jogadores e das regras, (b) as estratégias disponíveis e (c) os incentivos provenientes de cada combinação estratégica possível SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. *Análise econômica do direito ambiental: perspectivas internas e internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 140.

<sup>55</sup> SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. *Análise econômica do direito ambiental: perspectivas internas e internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 138-143.

<sup>56</sup> Conforme Chiaravalloti, foi Albert Appleton na década de 90 que criou o atual mecanismo de Pagamento por Serviços Ambientais. Na época, Appleton pioneiramente realizou acordos com fazendeiros de Catskills para que eles preservassem áreas florestais nas montanhas em troca de recompensas financeiras, a fim de resolver a poluição e crise hídrica na cidade de Nova York, o que foi alcançado com êxito e de forma muito econômica. CHIARAVALLITI, Rafael Moraes. *O homem que salvou Nova York da falta de água*. São Paulo: Matrix, 2015. p. 24.

## 4 Valoração dos serviços ecossistêmicos florestais

O que é comum não pode ser considerado normal. Essa assertiva se amolda com perfeição no cenário de desflorestamento brasileiro, que muito embora seja comum e corriqueiro na atualidade, não significa que deva ser tratado como uma situação normal a ser transmitida para as futuras gerações — que herdaram apenas registros e lembranças da abundância florestal sacrificada por seus anciãos. Silogismo, também, aplicado às reiterações e potencialidades catastróficas ambientais decorrentes de interferências negativas humanas nas áreas verdes e do fracasso da legislação para lidar, planejar, controlar, precaver, responder e recuperar dos desastres<sup>57</sup>.

Todavia, impensável que os padrões de vida dos cidadãos cosmopolitas sejam substancialmente reduzidos para a promoção do meio ambiente saudável. O *status quo* de uso e exploração comedida da natureza — como era realizado pelos antepassados, máxime indígenas — jamais será possível por mera deliberalidade da sociedade contemporânea.

Desse modo, o que se deve considerar é o atual quadro socioeconômico e desse ponto refletir em medidas e sistemas que melhorem e viabilizem um futuro melhor, e em atenção aos elementos que motivam o homem moderno a respeitar e a transmitir as normas e os preceitos éticos e morais ambientais para a geração presente e vindoura.

Dado que um dos grandes motivadores da sociedade do século XXI está relacionado com o capital, mostra-se interessante articular instrumentos econômico-ambientais que reconhecem, motivem e premiem aqueles que favorecem áreas de florestas em pé. Raciocínio este encontrado no Pagamento por Serviços Ambientais, que acaba por demandar a valoração dos serviços ecossistêmicos.

Nos dizeres de Altmann, considerando que as externalidades econômicas são os efeitos que a produção de bens ou serviços causam a terceiros alheios a situação gênese, o conceito de serviços ecossistêmicos, consoante à economia ambiental,

remete ao conceito econômico de *externalidades positivas*, assim como o conceito de *poluição* foi vinculado à ideia de *externalidades negativas*. O reconhecimento da importância dos serviços ecossistêmicos por meio da valoração, portanto, possibilitaria a internalização *das externalidades positivas*<sup>58</sup>,

corroborando o surgimento de políticas públicas que premiem (e, por consequência incentivem) a preservação do meio ambiente sadio.

Não obstante a crítica de Ost quanto ao reducionismo da natureza nos contratos de ambiente e a descon sideração das intempéries econômico-individualistas em torno dessas negociações<sup>59</sup>, não merece prosperar a ideia de *sacrilégio* à Ecologia transgeracional, com a valoração dos serviços ecossistêmicos. Na verdade, a valoração dos bens ambientais/serviços ecossistêmicos auxilia o Estado Socioambiental intervencionista na elaboração de normas, projetos e medidas menos utópicas e mais efetivas<sup>60</sup>, principalmente mirando a

<sup>57</sup> “Disasters are dramatic events, but we need to look past the events themselves to learn more about the sources of risk and their mitigation. Doing so reveals that disasters are not simply accidents or Acts of God—they also involve the failure of the legal system to effectively address risks.” FARBER, Daniel A. Disaster law and emerging issues in Brazil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 2-15, jan./jun. 2012. p. 7. “Os desastres são eventos dramáticos, mas precisamos examinar os próprios eventos para saber mais sobre as fontes de risco e sua mitigação. Isso revela que os desastres não são simplesmente acidentes ou Atos de Deus — eles também envolvem o fracasso do sistema legal em enfrentar efetivamente os riscos.” (Tradução nossa).

<sup>58</sup> ALTMANN, Alexandre. Princípio do preservador-recebedor: contribuições para a consolidação de um novo princípio de direito ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. In: SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da (Org.). *Princípios do direito ambiental: atualidades*. Caxias do Sul: EDUCS, 2012. p. 125 - 161. p. 131.

<sup>59</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito* (1995). Tradução: Joana Chaves. Instituto Piaget: Lisboa, 1997. p. 162.

<sup>60</sup> “[A] valoração ambiental de custos e benefícios de projetos públicos se constitui como cerne para a formulação desses programas de intervenção, uma vez que sinaliza, para o gestor público, os caminhos possíveis de uso passivo ou não, de reserva para uso futuro ou de preservação do recurso como valor de existência.” MOTA, José Aroudo; BURSZTYN, Marcel. O valor da natureza



prevenção.

Assevera Carvalho que, na gestão dos riscos ambientais, a prevenção *lato sensu* (precaução e prevenção) é a palavra de ordem, pois “enquanto os riscos concretos são geridos pela máxima da prevenção, os abstratos o são pela precaução.”<sup>61</sup>

Em outras palavras, Aragão explica que o princípio da precaução atua em situações de riscos graves e de incertezas significativas, ou seja, riscos hipotéticos ou potenciais inquantificáveis pela Ciência. Ao passo que o princípio da prevenção intervém nos riscos comprovados<sup>62</sup> — devidamente mensurados cientificamente.

Sem embargo quanto à dificuldade do gerenciamento de riscos não medidos para a implantação e implementação de medidas preventivas *lato sensu*, a valoração dos serviços ecossistêmicos favorece essa repaginada estratégia. Ainda mais quando se opesa a infraestrutura verde.

A infraestrutura verde é uma abordagem diferente das práticas convencionais de conservação do meio ambiente, pois visa demonstrar a necessidade de uma nova percepção da população quanto à gestão e proteção de áreas verdes. O termo implica a ideia de que (a) o espaço verde é uma área boa de se ter e que o homem precisa ter, de tal modo que a proteção e restauração dos sistemas naturais não é uma banalidade, mas sim uma necessidade. Ademais, é preciso (b) enfatizar a interligação entre os sistemas de proteção de áreas verdes naturais e outros espaços verdes (v.g. parques ecológicos), que geram benefícios às pessoas e ao meio ambiente e (c) que o espaço verde seja mantido e até restaurado, desmistificando a concepção de autossustentabilidade.<sup>63</sup>

A proteção da natureza via infraestrutura verde não deve ser arquetizada de forma isolada, mas sim conectada com os demais sistemas (seja ambiental ou social) e com a infraestrutura construída pelo homem. Ela auxilia a identificação pelas comunidades das oportunidades de conservação e de planejamento do desenvolvimento (ou seja, não o desconsidera ou mesmo se opõe a ele), buscando otimizar o uso da terra para atender as demandas do meio ambiente e das pessoas.<sup>64</sup>

Benedict e Macmahon apresentam uma definição ampla sobre infraestrutura verde, uma vez que a consideram uma estrutura ecológica para a saúde do meio ambiente, da sociedade e da economia, que forma

uma rede interconectada de áreas naturais e outros espaços abertos que conserva os valores e funções do ecossistema natural, sustenta limpos o ar e a água e fornece uma ampla gama de benefícios para as pessoas e a vida selvagem.<sup>65</sup>

Exemplos de infraestrutura verde: Parques Ecológicos, Reserva Particular do Patrimônio Natural, Área de Preservação Permanente, Área de Reserva Legal, Corredores Ecológicos, Unidades de Conservação, projetos de iniciativa privada para a proteção de áreas verdes.

No contexto de catástrofes ambientais, a infraestrutura verde tem um relevante papel, pois atua “como um bloqueio natural aos impactos de um desastre, diminuindo ou desviando as forças da natureza da direção das comunidades humanas”<sup>66</sup>, bem como auxilia na recuperação socioambiental das áreas e pessoas atingidas.

---

como apoio à decisão política. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, Curitiba, v. 34, n. 125, p. 39-56, jul./dez. 2013. p. 56.

<sup>61</sup> CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 61.

<sup>62</sup> ARAGÃO, Alexandra. Aplicação nacional do princípio da precaução. In: *Colóquios 2011-2012, Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal*, Portugal, p. 159-185, 2013. p. 5-6.

<sup>63</sup> BENEDICT, Mark A.; McMAHON, Edward T. *Green infrastructure: smart conservation for the 21st Century*. Monography. Washington: Sprawl Watch Clearinghouse, 2001. p. 7.

<sup>64</sup> BENEDICT, Mark A.; McMAHON, Edward T. Why green infrastructure? In: *Green infrastructure: Linking Landscapes and communities*. Washington; Covelo; London: Islandpress, 2006. p. 1-22. p. 2.

<sup>65</sup> Versão original: “[...] an interconnected network of natural areas and other open spaces that conserves natural ecosystem values and functions, sustains clean air and water, and provides a wide array of benefits to people and wildlife.” BENEDICT, Mark A.; McMAHON, Edward T. Why green infrastructure? In: *Green infrastructure: linking landscapes and communities*. Washington; Covelo; London: Islandpress, 2006. p. 1-22. p. 2.

<sup>66</sup> CARVALHO, Délton Winter de. Os serviços ecossistêmicos como medidas estruturais para a prevenção dos desastres. *Revista*

O Estado e a sociedade, ao investirem em infraestrutura verde, otimizam a proteção ambiental, bem como a adaptação aos atuais e novos cenários ambientais<sup>67</sup>, pois, sabidamente, empreenderem em medidas de prevenção e, principalmente, de mitigação (que são complexas e lentas) contra os eventos desastrosos. Farber frisa “[s]e começarmos a situação antes do desastre, os êxitos e as falhas na mitigação de riscos podem ser a diferença entre a ruptura de rotina e uma grande catástrofe.”<sup>68</sup> (Tradução nossa).

Afunilando para a infraestrutura verde proveniente dos serviços ecossistêmicos florestais, constantemente ameaçados pela sociedade e pelo próprio Estado, conjugar mecanismos de investimento e valoração das áreas verdes torna factível o ideal de prevenção ao invés do de remediação ambiental (em outras tintas: utilização de medidas para mitigar o dano já causado).

## 5 Articulação da gestão de riscos florestais com o pagamento por serviços ambientais

A aflição exteriorizada por Beck<sup>69</sup> na Sociedade de Risco relaciona-se com o novo paradigma de divisão social dos riscos “civilizatórios” causados pelo desenvolvimento técnico-científico e técnico-econômico (re) incentivado na (pós-) modernidade, a qual deve contemplar a harmonização do processo de modernização com os limites socioambientais em nível global, por meio de uma gestão juspolítica e científica dos riscos.

Sintetiza Giorgi que “risco é um tipo de realidade da ameaça ou um tipo de ameaça da realidade conservada silenciosamente”<sup>70</sup>, que liga, temporalmente, a geração presente com a futura. Em outras palavras, os riscos são possíveis eventos futuros que implicarão resultados positivos ou negativos. O cálculo dos riscos se trata “de um programa de minimização do arrependimento; em qualquer caso, de uma posição inconsistente ao longo do tempo”<sup>71</sup> (LUHMANN, 1991, p. 55, tradução nossa), ou seja, de um “valor temporal.”

Conquanto não se olvide que os riscos sempre existiram e existirão na humanidade, e que estão diretamente relacionados à produção de riquezas, é incomparável os resultados que eles poderão causar na sociedade globalizada em relação aos riscos suportados pelos aventureiros do século XIX, por exemplo. Seguindo a lógica de Beck,

primeiro, que os riscos da modernização são apresentados de maneira universal, que é ao mesmo tempo específica e não específica localmente; e segundo, quão incalculáveis e inexplicáveis são os intrincados caminhos de seu efeito nocivo.<sup>72</sup> (Tradução nossa).

---

*de Informação Legislativa*: Brasília, ano 52, n. 206, p. 53-65, abr./jun. 2015. p. 61.

<sup>67</sup> Considerando as mudanças climáticas, decorrentes do aquecimento global, os eventos extremos ambientais tendem a ser mais frequentes e devastadores. Nesse sentido, explica Carvalho que: “As mudanças climáticas impõem um novo grau de dificuldade e complexidade à sociedade global no que diz respeito à adoção de medidas devidas para a mitigação do aquecimento do planeta e suas consequências. A crescente importância atribuída ao sentido de adaptação vem um tanto da consciência de já não ser possível prevenir plenamente as mudanças climáticas, uma vez já estar em curso.” CARVALHO, Délon Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica*: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015. p. 55.

<sup>68</sup> Versão original: “If we begin with the situation before the disaster, successes and failures in risk mitigation can be the difference between a routine disruption and a major catastrophe.” FARBER, Daniel A. Catastrophic risk, climate change, and disaster. *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, Austrália, v. 16, p. 37-54, 2013. p. 41.

<sup>69</sup> “¿Cómo se pueden evitar, minimizar, dramatizar, canalizar los riesgos y peligros que se han producido sistemáticamente en el proceso avanzado de modernización y limitarlos y repartirlos allí donde hayan visto la luz del mundo en la figura de «efectos secundarios latentes» de tal modo que ni obstaculicen el proceso de modernización ni sobrepasen los límites de lo «soportable» (ecológica, médica, psicológica, socialmente)?” BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad (1986). Tradução: Jorge Navarro, Daniel Jiménez, María Rosa Borrás. Barcelona (Espanha): Paidós, 1998. p. 26. “Como podemos evitar, minimizar, dramatizar, canalizar os riscos e os perigos que foram produzidos sistematicamente no processo avançado de modernização e limitar e distribuí-los onde viram a luz do mundo sob a forma de” efeitos colaterais latentes “de tais de modo que nem impedem o processo de modernização nem excedam os limites do “suportável” (ecológico, médico, psicológico, social)?” (Tradução nossa).

<sup>70</sup> GIORGI, Raffaele de. O risco na sociedade contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 37-49, mar./jun. 2008. p. 39.

<sup>71</sup> Versão original: “de un programa de reducción al mínimo del arrepentimiento; en todo caso, de una posición inconsistente en el curso del tiempo.”

<sup>72</sup> Versão original: “primero, que los riesgos de la modernización se presentan de una manera universal que es al mismo tiempo específica e inespecífica localmente; y segundo, cuán incalculables e impredecibles son los intrincados caminos de su efecto nocivo” BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia

Outrossim, os atuais riscos possuem o efeito bumerangue, no sentido de que os mesmos atores que hoje produzem os riscos, em algum momento pósteros, também suportarão seus impactos.<sup>73</sup>

Rememora-se, na Sociedade de Risco, a categorização econômico-social em classes tornou-se nula diante dos efeitos primários e/ou secundários do manuseio de produtos químicos, nucleares e tóxicos, e/ou processos e medidas que interferem, significativamente, no equilíbrio ambiental, uma vez que todas as pessoas do mundo suportarão o risco e os resultados. Ninguém estará a salvo!

Na (pós-)modernidade

o nível mais crítico até agora atingido no transcorrer desse percurso [construção do conceito de segurança em contraponto com o risco] foi a certeza que a duração do tempo que falta não mais depende da vontade de Deus, mas da capacidade que a sociedade contemporânea dispõe para controlar o potencial de autodestruição que ela mesma produz<sup>74</sup> — dano ambiental futuro.

Nesse ponto insta realizar o paralelo entre o cenário de risco e proteção intergeracional do meio ambiente e a Teoria Sistêmica de Luhmann. Consoante essa teoria, os sistemas sociais são autorreferenciais<sup>75</sup>, distinguindo-se sistema/entorno para entender o todo da unidade dinâmica (logo, não se limitando a análise das partes da unidade), e que a comunicação<sup>76</sup> (compreendida em sua acepção interpretativa e axiológica) é o mecanismo que torna a sociedade um sistema autopoietico<sup>77</sup> e os seres humanos o seu entorno.

Especificamente, considerando o pensamento sistêmico, passa a se refletir quanto à possibilidade da gestão de riscos ambientais na Sociedade contemporânea brasileira, via instrumentos econômicos-ambientais, balizados no Princípio do Protetor-recebedor, para conter o dano ambiental futuro<sup>78</sup>, bem como para pro-

---

uma nueva modernidad (1986). Tradução: Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona (Espanha): Paidós, 1998. p. 34

<sup>73</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad* (1986). Tradução: Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona (Espanha): Paidós, 1998. p. 43-44.

<sup>74</sup> GIORGI, Raffaele de. O risco na sociedade contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 37-49, mar./jun. 2008. p. 42.

<sup>75</sup> “O conceito de autorreferência é retomado em diferentes momentos na obra de Niklas Luhmann. Explica que autorreferência de um sistema constituiu-se no fato de que aquilo que pode ser compreendido como elemento, parte, aspecto, processo, interação de (ou em) um sistema está voltado, envolvido, inexoravelmente, consigo mesmo. [...] Disto decorre o entendimento quase obrigatório, como mecanismos, de que a noção de sistema impõe a ideia de que ele não pode operar fora dos limites que o constitui como tal, que o designa como unidade”; frisando-se que os sistemas sociais são objetos autorreferentes. RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann: a sociedade como sistema*. EdUPUCRS: Porto Alegre, 2012. p. 29.

<sup>76</sup> “*Luego por comunicación se entiende (así como por operación) un acontecimiento que en todo caso sucede de manera histórico-concreta, un acontecimiento que depende por tanto de contextos – no se trata, pues, únicamente de aplicación de reglas del hablar correcto. Para que la comunicación se efectúe es fundamental que todos los participantes intervengan con un no-saber. [...] Precisamente por esto la comunicación es una operación autopoética ya que ella es la que produce – al modificarla – la distribución del saber y el no-saber.*” LUHMANN, Niklas. *La sociedad como sistema social*. In: *La sociedad de la sociedad* (1997). Tradução: Javier Torres Nafarate. Universidad Iberoamericana: México, 2007. p. 5-145. p. 48-49.

“Então, pela comunicação, entende-se (assim como por operação) um evento que, de qualquer forma, ocorra de maneira histórica-concreta, um evento que depende de contextos - não é, portanto, apenas uma questão de aplicação de regras de fala correta. Para a comunicação ter lugar, é essencial que todos os participantes intervenham com um não-conhecimento. [...] Precisamente por isso, a comunicação é uma operação autopoética, pois é a que produz - modificando - a distribuição do conhecimento e do não conhecimento.” (Tradução nossa).

<sup>77</sup> “*Los sistemas autopoéticos son aquellos que por sí mismos producen no sólo sus estructuras, sino también los elementos de los que están constituidos en el entramado de estos mismos elementos.*” LUHMANN, Niklas. *La sociedad como sistema social*. In: *La sociedad de la sociedad* (1997). Tradução: Javier Torres Nafarate. Universidad Iberoamericana: México, 2007. p. 5-145. p. 44-45.

“Os sistemas autopoieticos são aqueles que, por si só, produzem não apenas suas estruturas, mas também os elementos de que são constituídos - no âmbito desses mesmos elementos.” (Tradução nossa).

Assim “nesse processo de *autoprodução*, a capacidade que tais sistemas têm em se *autorrepararem*, se *autoreestruturarem*, se *autoadaptarem* (sem, contudo, perderem suas identidades) é o que *caracterizam* e os *definem* como autopoieticos.” RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann: a sociedade como sistema*. EdUPUCRS: Porto Alegre, 2012. p. 32.

<sup>78</sup> Dano ambiental futuro “consiste em operacionalização pragmática-sistêmica *princípio da equidade intergeracional* e dos *princípios da precaução e da preservação*, avaliando-se não apenas as dimensões temporais do passado ou presente, mas inserindo na estrutura sistêmica e nos processos de tomada de decisão jurídica condições semânticas para a observação e formação de vínculos com o horizonte futuro.” CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2. ed. Porto

toger e aumentar as áreas verdes naturais, em prol da coletividade.

Isso porque se deve compreender que os resultados da liberdade individual de uso dos bens comuns, de forma maximizada e particularizada por um pequeno grupo, não encontram sinonímia ao se analisar um grupo maior e em longo prazo. A constatação de que a ausência de regras viabiliza a concepção de que se pode “sujar o próprio ninho”, sem se importar com os impactos coletivos que isso pode gerar, tornou a Tragédia dos Bens Comuns de Hardin (1968) o espelho da concepção e uso dos serviços ecossistêmicos florestais no Brasil (e no mundo).

Sem olvidar da importância das regras para a proteção da natureza, a ausência de valoração econômica desse bem de uso comum, de algum modo, também, contribuiu para a perspectiva humana de exploração depreciativa, banalizada e ilimitada dos recursos naturais. Logo

proteger o meio ambiente de forma efetiva requer mais da própria economia em considerar o meio ambiente não só como insumo, mas como ativos (ambientais) essenciais para a maximização da riqueza e para a sociedade.<sup>79</sup>

Ao contestar a indagação, *será legítimo valorar e atribuir um preço a natureza?* Aragão, analogicamente, utiliza-se da indenização civil paga pela morte de uma vida humana, com as perdas dos recursos naturais. Embora a vida seja um bem jurídico de valor incalculável, mostra-se injusto não compensar a perda por conta da incalculabilidade. No caso da perda da biodiversidade, ainda que o valor de mercado seja irrisório, por desconsiderar o valor real supremo dos serviços ecossistêmicos, ele é importante. O pudor de se atribuir valor monetário aos recursos naturais torna a exploração deles a custo zero ou próximo de zero, o que, para a preservação do meio ambiente, é pior do que conferir um diminuto valor a ser pago pela interferência. Outrossim, os argumentos de risco da mercantilização da natureza ou legitimação da livre destruição com a atribuição de valor são rechaçados ao considerar, analogicamente, a sistemática do Princípio do Poluidor-pagador.<sup>80</sup>

Articular sobre a valoração dos serviços ecossistêmicos é compreender que houve (há) o “reconhecimento de que os elementos naturais desempenham funções sociais e ecológicas importantes, além das tradicionais funções *produtiva* e de *sustentáculo* da fauna e da flora”<sup>81</sup>, sendo importante atribuir valores monetários a esses serviços, tanto para o uso quanto conservação.

Embora os serviços ecossistêmicos sejam ínsitos a manutenção de vida (máxime, humana) no Planeta Terra, eles não são devidamente reconhecidos e protegidos pelo homem. Salzman enumera 3 (três) motivos determinantes para essa situação.

O primeiro é a ignorância: a sociedade contemporânea desfruta dos benefícios ecossistêmicos desconsiderando a origem deles.

A dissociação feita na sociedade moderna entre computadores, carros e roupas, de um lado, e biodiversidade, ciclo de nutrientes e polinização, de outro, é muito real e difícil de superar para uma população crescentemente urbanizada.<sup>82</sup>

Ademais, a falta de conhecimento e dados fidedignos (céleres) que quantifiquem e avaliem as alterações humanas na natureza, dificultam a criação de políticas de gestão (inclusive de risco) e proteção ambiental.

---

Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 187-188.

<sup>79</sup> SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. *Análise econômica do direito ambiental: perspectivas internas e internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 120.

<sup>80</sup> ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço...mas devia: O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. Portugal: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011. p. 7-9.

<sup>81</sup> ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço...mas devia: O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. Portugal: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011. p. 5-6.

<sup>82</sup> SALSMAN, James. Um campo de verde?: o passado e o futuro de serviços ecossistêmicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Tradução: Luís Marcos Sander. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 137-154. p. 138-139.



O segundo é o econômico: como a maioria dos serviços ecossistêmicos basilares são públicos, beneficiários difusos os utilizam gratuitamente. Por conseguinte, tais serviços não possuem valor de mercado pela ausência de mercado de serviços ecossistêmicos (outro ponto conflitante), o que implica o uso desmedido, sendo a mensuração percebida apenas quando os recursos naturais estão se tornando escassos.

E o terceiro é o institucional: comumente as políticas não estão alinhadas com as áreas ecologicamente significativas, configurando uma gestão pública dos serviços ecossistêmicos tormentosa e deficiente. E, em relação a esse ponto, as leis podem auxiliar a proteção dos serviços ecossistêmicos valendo-se de um conjunto estratégico básico denominado por Salzman como os “Cinco Ps” — prescrição, penalidade, persuasão, direitos de propriedade e pagamento.<sup>83</sup>

Portanto, mostra-se importante a criação de políticas públicas que

tem como foco de preocupação os “efeitos externos”, procurando empregar a valoração para responder à questão do uso de recursos renováveis e não renováveis. O ideal estaria em que cada fração de recurso natural utilizado obtivesse um preço no mercado.<sup>84</sup>

E isso não significa que se estará reduzindo o meio ambiente a um objeto com valor de mercado, até mesmo porque a natureza possui uma gama de variáveis que a diferencia abruptamente do dinheiro, por exemplo.<sup>85</sup>

A internalização das externalidades positivas dos serviços ecossistêmicos, além de ser um imperativo de justiça (socioambiental), também é uma forma operativa e eficiente de direcionar as atividades econômicas aos valores ecológicos. E, ao mesmo tempo em que desincentiva as atividades que são lesivas aos ecossistemas (externalidades negativas), incentiva as que não o são e que visem à proteção ambiental (externalidades positivas).<sup>86</sup>

Há de se ressaltar as ponderações de Santos; Porto e Sampaio, de que

ao tentar estabelecer um sistema econômico mais eficiente e sustentável via internalização de externalidades ambientais, os instrumentos econômicos de gestão ambiental [como o Pagamento por Serviços Ambientais] engendram uma variedade de formas de atribuição tácitas de direitos de propriedade relativos ao meio ambiente.<sup>87</sup>

Portanto, a segurança do direito de propriedade é um ponto crucial para o sucesso desses instrumentos de gestão ambiental econômicos.

Seguindo, os beneficiários dos serviços ecossistêmicos serão compelidos a pagar pelo benefício (princípio do usuário-pagador) ao preservador do serviço (e não ao ecossistema por óbvia impossibilidade), configurando uma relação análoga ao do benfeitor do Direito Civil que realiza benfeitorias úteis, necessárias ou voluptuárias em um bem (i)móvel de outrem<sup>88</sup>. Situação que se amolda a proposta do Pagamento por

<sup>83</sup> SALSAMAN, James. Um campo de verde?: o passado e o futuro de serviços ecossistêmicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Tradução: Luís Marcos Sander. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 137-154. p. 139-141.

<sup>84</sup> DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90.

<sup>85</sup> SQUEFF em atenção ao princípio XIC da Política Nacional da Biodiversidade e da doutrina de Krishna Rao sintetiza que o valor econômico do meio ambiente é calculado pela somatória conjunta do valor de uso, valor de opção, valor de existência mais o valor de não uso. SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. *Análise econômica do direito ambiental: perspectivas internas e internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 123.

<sup>86</sup> ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço...mas devia: O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. Portugal: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, out. 2011. p. 19. ALTMANN, Alexandre. Princípio do preservador-recebedor: contribuições para a consolidação de um novo princípio de direito ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. In: SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da (Org.). *Princípios do direito ambiental: atualidades*. Caxias do Sul: EDUCS, 2012. p. 125 - 161. p. 135-138.

<sup>87</sup> SANTOS, Laura Meneghel dos; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Direitos de propriedade e instrumentos econômicos de regulação ambiental: uma análise das atribuições implícitas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 97-120, 2017. p.118.

<sup>88</sup> ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço...mas devia: O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: *Estu-*

Serviços Ambientais, respaldado no princípio do protetor-recebedor.

A título de exemplo, destaca-se o Programa Produtor de Águas, desenvolvido pela Agência Nacional de Águas (ANA), que em 2005, pela Lei municipal nº 2.100, foi implantado pioneiramente no município de Extrema-MG, com o nome de Conservador das Águas. Partindo da ideia de que

o mecanismo de comando e controle não pode ser o único instrumento de gestão ambiental das propriedades rurais. Sozinho, ele não garante o aumento da cobertura florestal ou a preservação dos mananciais<sup>89</sup>,

o projeto estimula a política de Pagamento por Serviços Ambientais para a proteção hídrica e florestal regional. Abaixo estão listados os principais objetivos do projeto.

- Aumentar a cobertura florestal nas sub-bacias hidrográficas e implantar microcorredores ecológicos;
- Reduzir os níveis de poluição difusa rural, decorrentes dos processos de sedimentação e eutrofização e de falta de saneamento ambiental;
- Difundir o conceito de manejo integrado de vegetação, solo e da água na bacia hidrográfica do rio Jaguari;
- Garantir a sustentabilidade socioeconômica e ambiental dos manejos e práticas implantadas, por meio de incentivos financeiros (PSA) aos proprietários rurais.<sup>90</sup>

Em síntese, os produtores rurais que adotarem em suas propriedades medidas contra o assoreamento de mananciais e para redução de erosão do solo, entre outras medidas de proteção do solo e da água, serão proporcionalmente remunerados pelo serviço ambiental prestado.

O contato com o proprietário é realizado através de uma visita à propriedade pelos técnicos da Secretaria de Meio Ambiente. O Projeto é apresentado e, havendo adesão, marca-se outra visita para a demarcação das áreas a serem isoladas/reflorestadas. É realizado o registro fotográfico e a análise ecológica das áreas de preservação permanente e o proprietário passa a receber 100 UFEX (Unidade Fiscal de Extrema) equivalente a R\$ 279,00 por hectare ano em 2017.<sup>91</sup>

Em 2017, o Projeto Conservador das Águas no município de Extrema-MG completou 12 anos e foram constatados os seguintes resultados, no período de 2007 a 2016: 1.300 milhão de árvores nativas plantadas; 6.378 hectares protegidos, em um total de 7.300 hectares; 224 contratos firmados com proprietários rurais beneficiados com o Pagamento por Serviços Ambientais, que movimentou o valor total de R\$ 4.464.953,80; construção de 264.335 mil metros de cercas construídas; implantação de 1000 bacias de contenção de águas pluviais; 40.000 metros de terraços em 100 hectares.<sup>92</sup> Dada as repercussões positivas<sup>93</sup> com a implantação do projeto, ele está sendo expandido para outros municípios brasileiros.

Enfim, considerando o arcabouço teórico, a realidade fática, a magnitude ecossistêmica das florestas e vegetações nativas brasileiras e as constantes violações para a manutenção e ampliação das áreas verdes

*dos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda.* Portugal: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011. p. 23.

<sup>89</sup> SECRETÁRIA DE MEIO AMBIENTE DE EXTREMA. *Projeto Conservador das Águas 12 anos.* Extrema: Prefeitura Municipal de Extrema, 2017. p. 10.

<sup>90</sup> SECRETÁRIA DE MEIO AMBIENTE DE EXTREMA. *Projeto Conservador das Águas 12 anos.* Extrema: Prefeitura Municipal de Extrema, 2017. p. 10.

<sup>91</sup> SECRETÁRIA DE MEIO AMBIENTE DE EXTREMA. *Projeto Conservador das Águas 12 anos.* Extrema: Prefeitura Municipal de Extrema, 2017. p. 13.

<sup>92</sup> SECRETÁRIA DE MEIO AMBIENTE DE EXTREMA. *Projeto Conservador das Águas 12 anos.* Extrema: Prefeitura Municipal de Extrema, 2017. p. 18-21.

<sup>93</sup> Dentre os prêmios recebidos pelo Projeto Conservador das Águas, destacam-se: Bom Exemplo 2011; 10º e 12º Prêmio Furnas Ouro Azul; Prêmio CAIXA Melhores Práticas em Gestão Local 2011/2012; Prêmio Greenvana Greenbest 2012 na categoria Iniciativas Governamentais; Prêmio Internacional de Dubai 2012 de Melhores Práticas para Melhoria das Condições de Vida; Prêmio Muriqui do Conselho Nacional da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica - Programa MABUNESCO; Prêmio von Martius de Sustentabilidade em 2014 e Prêmio Hugo Verneck em 2015.

— fatores determinantes para o dano ambiental futuro —, e que a natureza prescinde de preservação *lato sensu*, impõe-se ao Direito um aperfeiçoamento estratégico das normas e das políticas públicas de gestão ambiental.

O Direito (Ambiental) deve primar pela função promocional<sup>94</sup>, tendo em vista o aspecto interesseiro de seus receptores/interlocutores (Estado, sociedade e indivíduo), operacionalizando instrumentos que exteriorizem a incentivação e financiamento da natureza-verde e gestão dos riscos ambientais. O que pode ser alcançado com a difusão do Pagamento por Serviços Ambientais.

## 5 Considerações finais

A biodiversidade e a vastidão da natureza no Brasil surpreendem a todos, inclusive, em virtude de estar nesse território uma das maiores florestas tropicais do Planeta Terra. A Floresta Amazônica contribui para a produção de gás oxigênio, filtragem do gás carbônico, fornecimento de matéria prima para a fabricação de medicamentos, dentre outros inúmeros serviços e funções ecossistêmicas ínsitas à manutenção e perpetuação dos seres vivos — destacando-se o ser humano.

Os impactos negativos com os desmatamentos de florestas e vegetações nativas para a manutenção da existência de vida humana digna e dos demais seres vivos no Brasil (e, inclusive no mundo) são incontestes. E, embora exista uma pauta nacional (e internacional) de preservação e ampliação das áreas verdes, para que ela seja factível são necessárias intervenções e concepções pontuais e condizentes com a realidade e com os interesses do próprio ser humano. Isso sem se olvidar da questão social e do desenvolvimento tecnológico e econômico inerente à sociedade do século XXI (de Risco).

Não obstante as ideologias diferentes (e até mesmo antagônicas) da globalização e crescimento econômico quanto à exploração da natureza e, do outro lado, a preservação ambiental suprema, é afirmativa a conformação de que essas agendas serão sempre antinomias irrefutáveis. Principalmente com o surgimento da concepção teórico-prática da sustentabilidade ambiental, desenvolvimento econômico sustentável e Economia Verde.

Via de regra, a mudança ideológica, juspolítica, econômica e/ou cultural não ocorre por uma ruptura imediata, mas sim por uma construção histórica evolutiva dinâmica que aos poucos vai (re)incorporando no cotidiano valores éticos e morais ambientais comuns. É o que se verifica no processo de reconhecimento pelo próprio ser humano de pertença paritária ao grupo de seres vivos, de sua empatia para com a “casa comum” intergeracional e incorporação dos ideais de sustentabilidade.

Considerando os dispêndios (públicos e privados) para a proteção, manutenção e ampliação das áreas verdes especialmente tuteladas, mostra-se importante o uso de instrumentos econômicos nesta atividade, sobretudo aqueles que tenham finalidade premial. Isso porque, esta é uma estratégia (normativa e política) que busca a justiça ambiental, dada a sua potencialidade de (re)distribuição mais equânime dos custos para a proteção da natureza e, inclusive, para a gestão dos riscos ambientais.

Neste contexto, o Pagamento por Serviços Ambientais, edificado no princípio do protetor-recebedor, além de ser uma estratégia de justiça ambiental (pois visa recompensar aqueles que protegem a natureza em quantidade e/ou qualidade acima do legalmente esperado), também se apresenta como instrumento socioambiental-econômico tangível para financiar a infraestrutura verde florestal no âmbito da gestão de riscos ambientais.

<sup>94</sup> Conforme Bobbio, na função promocional do Direito “agora o Estado não mais resigna-se a mero coadjuvante, apenas punindo e protegendo, torna-se protagonista, incentivando e promovendo as condutas socialmente desejáveis.” BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 17.

E, sincronicamente, o Pagamento por Serviços Ambientais protegerá e ampliará as áreas verdes no país, mostrando-se ser o caminho que harmoniza as ambições (e necessidades) da sociedade contemporânea (e da que está por vir) com as do meio ambiente ecologicamente equilibrado, na ascendência da globalização.

## Referências

- ALTMANN, Alexandre. Princípio do preservador-recebedor: contribuições para a consolidação de um novo princípio de direito ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. In: SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da (Org.). *Princípios do direito ambiental: atualidades*. Caxias do Sul: EDUCS, 2012. p. 125 - 161.
- ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço...mas devia: O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. Portugal: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011.
- ARAGÃO, Alexandra. Aplicação nacional do principio da precaução. In: *Colóquios 2011-2012, Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal*, Portugal, p. 159-185, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas (1925)*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global (1999)*. Tradução: Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad (1986)*. Tradução: Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona (Espanha): Paidós, 1998.
- BENEDICT, Mark A.; McMAHON, Edward T. *Green Infrastructure: Smart Conservation for the 21st Century*. Monography. Washington: Sprawl Watch Clearinghouse, 2001.
- BENEDICT, Mark A.; McMAHON, Edward T. Why Green Infrastructure? In: *Green infraestrutura: Linking Landscapes and communities*. Washington: Covelo; London: Islandpress, 2006. p. 1-22.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BERWIG, Juliane Altmann. Os serviços ecossistêmicos na gestão dos desastres ambientais ocorridos no setor energético. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 10, n. 1, edição especial, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- CAMPOS, Luís; CANAVES, Sara. *Introdução à globalização*. Lisboa: Instituto Bento Jesus Caraça: Departamento de Formação da CGTP-IN, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. *Tékhné: Revista de Estudos Politécnicos*, Barcelos (Portugal), v. 7, n. 13, p. 7-18, jun. 2010.
- CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



- CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.
- CARVALHO, Délton Winter de. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CARVALHO, Délton Winter de. Instrumentos de prevenção a desastres: as medidas não estruturais e a construção de cidades resilientes. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 1, p. 34-57, jan./abr. 2015.
- CARVALHO, Délton Winter de. Os serviços ecossistêmicos como medidas estruturais para a prevenção dos desastres. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, ano 52, n. 206, p. 53-65, abr./jun. 2015.
- CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas e o papel do Direito Ambiental. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, ano 49, n. 193, p. 83-97, jan./mar. 2012.
- CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. O Estado democrático de direito ambiental e as catástrofes ambientais: evolução histórica e desafios. Pensar: *Revista de Ciências jurídicas*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 470-494, maio/ago. 2013.
- CATO, Molly Scott. *Green Economics: An introduction to theory, policy and practice*. Earthscan: London, 2009.
- CHIARAVALLOTI, Rafael Morais. *O homem que salvou Nova York da falta de água*. São Paulo: Matrix, 2015.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2009. p.
- DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 41, p. 19-28, 2004.
- DINIZ, Marcelo Bentes; DINIZ, Márcia Jucá Teixeira; RIVAS, Alexandre Almir Ferreira. Economia brasileira: transição para uma economia verde? *Ensaio FEE*, Porto Alegre, v. 36, n. 4, p. 945-978, mar. 2016.
- ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 11-43, abr./ago. 2016.
- FARBER, Daniel A. Catastrophic risk, climate change, and disaster. *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, Austrália, v. 16, p. 37-54, 2013.
- FARBER, Daniel A. Disaster law and emerging issues in Brazil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 2-15, jan./jun. 2012.
- GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.
- GIORGI, Raffaele de. O risco na sociedade contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 37-49, mar./jun. 2008.
- GODECKE, Marcos Vinicius; HUPFFER, Haide Maria; CHAVES, Iara Regina. O futuro dos pagamentos por serviços ambientais no Brasil a partir do novo Código Florestal. *Revista de Desenvolvimento e Meio Ambiente*, Paraná, v. 31, p. 31-42, ago. 2014.
- GONÇALVES, Reinaldo. Globalização econômica. In: *O nó econômico*. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- HARDIN, Garrett. The Tragedy of the commons. *Science*, United States, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 13 dec. 1968.

- LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? *Proposta*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, p. 1-5, fev. 1997.
- LEHFELD, Lucas de Souza; CARVALHO, Nathan Castelo Branco de; BALBIM, Leonardo Nassif. *Código Florestal comentado e anotado*: artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.
- LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. In: *Sociología del riesgo* (1991). Tradução: Silva Peppe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 45-78.
- LUHMANN, Niklas. La sociedad como sistema social. In: *La sociedad de la sociedad* (1997). Tradução: Javier Torres Nafarate. Universidad Iberoamericana: México, 2007. p. 5-145.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MILARÉ, Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo X ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 9. n. 36, p. 9 - 41, out./dez. 2004.
- MONTIBELLER FILHO, Gilberto. Ecodesenvolvimento e desenvolvimento sustentável: conceitos e princípios. *Textos de Economia*, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. v. 4, n. 1, p. 131-142. 1993.
- MOTA, José Aroudo; BURSZTYN, Marcel. O valor da natureza como apoio à decisão política. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, Curitiba, v. 34, n. 125, p. 39-56, jul./dez. 2013.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Pagamento por serviços ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica*. São Paulo: Atlas, 2012.
- OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito* (1995). Tradução: Joana Chaves. Instituto Piaget: Lisboa, 1997.
- PAPP, Leonardo. Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) como instrumento de concretização do princípio do protetor-recebido (PRP): apontamentos iniciais a partir da função promocional do direito ambiental. In: *CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFF, 21.*, 2012, Niterói. *Anais... Niterói: UFF*, 2012.
- PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. Desenvolvimento sustentável e economia verde: uma proposta de análise conceitual. In: COSTA, Francisco de Assis *et al.* (Coord.). *Desenvolvimento sustentável, economia verde e a Rio+20*: relatório de pesquisa. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2012.
- RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann: a sociedade como sistema*. EdIPUCRS: Porto Alegre, 2012.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 1927. In: STROCH, Paula Yone (Org.). Tradução: José Lima Albuquerque Filho. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SALSMAN, James. Um campo de verde?: o passado e o futuro de serviços ecossistêmicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Tradução: Luís Marcos Sander. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 137-154.
- SANTOS, Laura Meneghel dos; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Direitos de propriedade e instrumentos econômicos de regulação ambiental: uma análise das atribuições implícitas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 97-120, 2017.
- SECRETÁRIA DE MEIO AMBIENTE DE EXTREMA. *Projeto Conservador das Águas 12 anos*. Extrema: Prefeitura Municipal de Extrema, 2017.
- SILVA, Raissa Pimentel. Princípio do protetor-beneficiário: por uma justificativa de efetivação à luz da análise comportamental do legislado. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 284-303, jun/dez. 2015.

SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. *Análise econômica do direito ambiental: perspectivas internas e internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TEUBNER, Gunther. *Fragments constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Série IDP: Linha Direito Comparado. São Paulo: Saraiva, 2016.

WUNDER, Sven. Necessary conditions for ecosystem service payments. In: *CONFERENCE PAPAER*. Moore Foundation/ CSF/ RFF, São Francisco, jan./fev. 2008.

## Agradecimento

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. Programa de Excelência Acadêmica (Proex).



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Mediação como Política Pública  
para Tratamento de Conflitos  
Consumeristas**

**Mediation as a Public Policy  
for Treatment of Consumers  
Conflicts**

Fernanda Sartor Meinero

Fernando Pedro Meinero



# Mediação como Política Pública para Tratamento de Conflitos Consumeristas\*

## Mediation as a Public Policy for Treatment of Consumers Conflicts

Fernanda Sartor Meinero\*\*

Fernando Pedro Meinero\*\*\*

### Resumo

A fim de combater a litigiosidade, bem como promover mudanças na cultura do litígio, outras formas de tratamento de conflitos foram promovidas no ordenamento brasileiro, tais como a mediação e a arbitragem. Além disso, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 125/2010, instituiu a Política Judiciária Nacional que trata sobre a implantação de ações para a promoção de métodos consensuais de tratamento de conflitos. A mediação foi regulamentada pela Lei 13.140/15 e pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) como prática adjudicatória em que há vínculo entre os envolvidos. Portanto, na concepção da norma, é possível os conflitos decorrentes de relações de consumo se submeterem à mediação. Assim, a pesquisa tem como objetivo verificar se a mediação, na forma em que foi positivada, pode se tornar uma adequada ferramenta de acesso à justiça para os consumidores considerando a sua vulnerabilidade. O estudo revela que a forma como foi implementada a mediação no Brasil pode recair na lógica adversarial, aumentando a desproteção já sofrida pelo consumidor quando não há interesse na recomposição da relação. Utilizar-se-á como metodologia a pesquisa bibliográfica exploratória, adotando-se como principais referenciais teóricos Luis Alberto Warat e Pierre Bourdieu.

**Palavras-chave:** Mediação. Relações de consumo. Vulnerabilidade. Política Judiciária Nacional.

### Abstract

In order to combat litigiousness, as well as to promote changes in the culture of litigation, alternative forms of conflict treatment were promoted in Brazilian law, such as mediation and arbitration. In addition, the National Council of Justice, through Resolution 125/2010, instituted the National Judicial Policy, that deals with the implementation of actions for the promotion of consensual methods of conflict resolution. Mediation was regulated by Law 13.140/2015 and by the New Civil Procedural Code (Law 13.105/2015) as an adjudicatory practice in which there is a link between those involved. Therefore, in the conception of the norm, it is possible for consumer relations to be solved through mediation. Thus, this study aims to verify if the mediation, as it was implemented by the law, can become an

\* Recebido em 15/08/2017  
Aprovado em 12/09/2017

\*\* Mestre pelo programa Direito e Sociedade do Centro Universitário La Salle - UNILAS-ALLE Canoas (2016). Possui Especialização em Direito Internacional Público e Privado pela Universidade Federal do Rio Grande Sul - UFRGS (2011). Graduiu-se em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS (2004). Professora da Faculdade da Serra Gaúcha e Advogada do Escritório Meinero & Sartor Advocacia. Email: fernandasartor@hotmail.com

\*\*\* Doutor em Direito Internacional Privado pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2016). Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2005). Graduação em Abogacia pela Universidad Nacional del Litoral (2003), com Revalidação do Título pela Universidade Federal de Pelotas (2011). Professor Adjunto da Carreira do Magistério Superior, Classe A, Nível I, da Universidade Federal do Pampa (Campus Santana do Livramento). Email: fernandomeinero@gmail.com

adequate tool of access to justice for consumers considering their vulnerability. The study reveals that the way in which mediation has been implemented in Brazil can fall into the adversarial logic, increasing the damage already suffered by the consumer when there is no interest in the recomposition of the relationship. This is an exploratory bibliographic research, adopting as main theoretical references the studies of Luis Alberto Warat and Pierre Bourdieu.

**Keywords:** Mediation. Consumer relations. Vulnerability. National Judicial Policy.

## 1 Introdução

O aumento da litigiosidade está ligado à cultura do litígio. Parte dessa cultura é alimentada pela visão de manutenção do monopólio Estatal de administração da justiça e o imaginário dos juristas que retroalimentam uma cultura adversarial e excludente, lutando, constantemente, dentro do campo jurídico, para ver quem tem autoridade/legitimidade para dizer o que é o direito. Essa cultura faz com que os conflitos sociais sejam vistos como patológicos, fazendo-se necessária à sua eliminação por meio da judicialização.

Porém, quanto mais litígios, mais infraestrutura judiciária é necessária, mais mão de obra é requerida, maior é o custo orçamentário do Estado. Desse modo, pode ter-se uma justiça seletiva ou que não é capaz de garantir o amplo acesso à justiça — que, segundo Capelletti e Garth<sup>1</sup>, constitui “o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Essas questões foram consideradas pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>2</sup>, que, por meio da Resolução 125 de 29/11/2010, estabeleceu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos<sup>3</sup>. Assim, foram implementadas formas de organicidade, qualidade e controle à prática dos métodos consensuais. Dessa forma, foram levantados dados da eficiência dos tribunais, propondo melhorias e estimulando outros métodos de tratamento de conflito.

Seguindo essa política pública, o Brasil aprovou a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) que normatizam a mediação como forma de tratamento de conflitos, regulamentando a prática tanto no âmbito judicial quanto extrajudicial. Essa prática adjudicatória, segundo o que dispõe a legislação, pode ser utilizada para enfrentar conflitos de pessoas que mantêm um vínculo. Assim, surge a possibilidade de a mediação ser empregada como ferramenta para o tratamento de conflitos no âmbito das relações de consumo.

A presente pesquisa tem como objetivo verificar se a mediação pode se tornar importante ferramenta de acesso à justiça para os consumidores. Para tanto, utilizar-se-á como metodologia a pesquisa bibliográfica exploratória, adotando-se como principais referenciais teóricos as obras de Luis Alberto Warat e Pierre Bourdieu.

O trabalho será dividido em três partes. A primeira apresentará o atual cenário de litigiosidade brasileira e a instituição da atual Política Judiciária Nacional brasileira e seus reflexos. A segunda da pesquisa exporá as diferenças na forma de tratamento de conflitos entre a mediação e a judicialização. Por fim, trabalhar-se-á a mediação como possibilidade de tratamento de conflitos consumeristas e seus aspectos positivos e negativos

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

<sup>2</sup> O Conselho Nacional de Justiça foi criado por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004 que alterou os artigos 92, I-A, e 103-B, §4º, da CF.

<sup>3</sup> Contudo, é importante salientar que antes mesmo dessas mudanças processuais, o país já assinalava para o movimento da desjudicialização, como observa-se pela positivação da Arbitragem (Lei nº 9.307/96) e pela aprovação da Lei 11.441 de 01.01.2007, que autorizou a realização de inventário, partilha e divórcio consensual por meio da via administrativa, desde que não haja interesses indisponíveis de incapazes.

em razão da especialidade da matéria.

## 2 A Litigiosidade brasileira e a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos

O Conselho Nacional de Justiça realizou, recentemente, um mapeamento da judicialização brasileira, publicando o estudo *Justiça em Números*. Revelou-se na pesquisa que no ano de 2016 o Poder Judiciário gastou R\$ 84,8 bilhões. Essa despesa equivale a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional ou a 2,5% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, ou a um custo pelo serviço de Justiça de R\$ 411,73.<sup>4</sup> Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação. A taxa de congestionamento esteve em 73%<sup>5</sup>.

O contexto atual de complexidade da sociedade agrava a problemática do acesso à justiça, visto que demanda soluções do Poder judiciário para situações que, ainda, não são reconhecidas pelo Direito.<sup>6</sup> E ainda que possam ser reconhecidas pelos Direito, as situações conflitivas enfrentam o descompasso do tempo do Judiciário. A velocidade da transmissão de informações e a rapidez das conexões pessoais, bem como o tempo e a sua aferição tomam outras perspectivas. Tudo é muito rápido, tudo ocorre em instantes e o tempo do Judiciário parece ainda mais lento, em um ritmo bem distante dos acontecimentos diários. Segundo Spengler, tal percepção corrobora a imagem da morosidade seja ligada ao Poder Judiciário:

[...] a capacidade do poder Judiciário de absorver e decidir conflitos, estando intimamente vinculada a sua maior ou menor sensibilidade a mudanças sociais, pode ser equacionada partindo de dois dados fundamentais: a profundidade das mencionadas mudanças projetadas pelos conflitos e a velocidade com que se processam essas mudanças na esfera social.<sup>7</sup>

Além da complexidade da sociedade, outro fator que implica o aumento da litigiosidade é a cultura do litígio. Essa cultura é alimentada pelo senso comum dos juristas que creem no monopólio Estatal de administração da justiça como única forma de administrar os conflitos sociais. Dessa forma desenvolvem uma cultura adversarial e excludente, lutando, constantemente, dentro do campo jurídico, para ver quem tem autoridade/legitimidade para dizer o que é o direito.

Para Warat, o senso comum teórico dos juristas compõe-se de um conjunto de crenças e valores legitimados produzidos por órgãos institucionais, determinadas disciplinas e pelo meio acadêmico. Para o autor, o saber jurídico aposta na racionalidade para garantir o poder, incrementar a organização hierarquizada do espaço social e regular, veladamente, o imaginário jurídico-político de nossa experiência cotidiana.<sup>8</sup>

O Judiciário pode ser observado a partir da Teoria de Bourdieu, considerando-o o conceito de campo jurídico, que constitui um espaço hierarquizado, de constante disputa entre os agentes para verificar quem detém legitimidade reconhecida para dizer o que é o direito:

<sup>4</sup> BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017. p. 53. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

<sup>5</sup> Taxa de Congestionamento: indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017. p. 66. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

<sup>6</sup> São exemplos de alterações comportamentais que o Direito ainda não logrou regulamentar as famílias poliafetivas. MEINERO, Fernanda Sartor; RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan. *A poliafetividade e o acesso à justiça – a mediação como solução*: acesso à Justiça II. p. 91. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=173>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

<sup>7</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação*: por uma outra cultura no Tratamento de Conflitos. Ijuí: Editora Unijuí, 2010. p. 212.

<sup>8</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I: a Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 1995. p. 58.

[...] é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social.<sup>9</sup>

Dentro desse campo, há uma constante concorrência e disputa interna. Para cada campo específico, há uma hierarquia e figuras de “autoridade”, detentoras de maior volume de capital simbólico.<sup>10</sup> A violência simbólica estatal exercida no campo jurídico faz crer que a representação própria do Direito está dentro do espaço judicial, separado e delimitado. Essa representação faz pensar que o direito goza de uma autonomia absoluta em relação ao mundo social.<sup>11</sup> No caso do campo jurídico, os juristas ignoram tanto a existência de uma violência simbólica quanto as pressões externas que o campo sofre:

[...] es necesario tener en cuenta lo que las visiones antagonistas, internalista y externalista, ignoran de manera común: la existencia de un universo social relativamente independiente de un universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima, cuyo monopolio corresponde al Estado.<sup>12</sup>

Assim, a violência simbólica estatal é exercida com a cumplicidade tácita dos agentes que sofrem com a mesma, bem como daqueles que a exercem. Uns são conscientes e outros são inconscientes.

A judicialização dos conflitos está pautada nessa lógica, de que os agentes do campo jurídico não detêm o mesmo capital simbólico. Por mais que o Estado forneça mecanismos processuais que visem alcançar um equilíbrio das partes no processo, dificilmente ele será alcançado, pois se ignora a luta interna entre os atores jurídicos dentro do sistema judiciário.

O juiz, ao decidir, distribui diferentes volumes de espécies distintas de capital aos diferentes agentes ou instituições, colocando a termo ou limitando a luta naquele processo. Definindo sobre coisas, pessoas e situações, de certa forma renomeando-as. Assim, o Direito, por meio do trabalho jurídico, consiste no poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas, “é a forma atuante capaz, por sua própria força, de produzir efeitos”.<sup>13</sup> Portanto, pode-se afirmar que, com a crescente conflitualidade e a complexidade da sociedade, o monopólio da Justiça pelo Judiciário encontra-se em crise quando este não é capaz de cumprir com eficiência o papel de decidir sobre os conflitos.

Nesse contexto de colapso do Poder Judiciário, outras formas de tratamento de conflitos são apresentadas. Nem todos os problemas precisam ser resolvidos pela autoridade estatal. Há outros caminhos que podem ser mais benéficos para os envolvidos, há outra lógica que não a adversarial que pode contribuir para tratar os problemas.

Portanto, a Resolução n.125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ tenta promover e incentivar formas consensuais de resolução de conflitos tornando-se parte da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

As políticas públicas visam realizar os direitos sociais guiadas pelos objetivos fundamentais do artigo 3.º da Constituição Federal, bem como do artigo 1º da Constituição Federal, que estabelecem metas e enca-

<sup>9</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 212.

<sup>10</sup> “Esses poderes sociais fundamentais são, de acordo com minhas pesquisas empíricas, o capital econômico, em suas diferentes formas, e o capital cultural, além do capital simbólico, forma de que se revestem as diferentes espécies de capital quando percebidas e reconhecidas como legítimas. Assim, os agentes estão distribuídos no espaço social global, na primeira dimensão de acordo com o volume global de capital que eles possuem sob diferentes espécies, e, na segunda dimensão, de acordo com a estrutura de seu capital, isto é, de acordo com o peso relativo das diferentes espécies de capital, econômico e cultural, no volume total de seu capital”. BOURDIEU, Pierre. BOURDIEU, Pierre. *Coisas ditas*. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 154.

<sup>11</sup> BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000. p. 155.

<sup>12</sup> BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000. p. 158-159.

<sup>13</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 236.



minham soluções para as mais diversas áreas. Elas se constituem no conjunto de ações desenvolvidas pelo Poder Público para materializar as indicações constitucionais de bem comum, cidadania, dignidade humana e a igualdade dos cidadãos.

Assim, política pública não se resume a norma e nem a ato jurídico, que possuem natureza heterogênea e se submetem a regime jurídico próprio, mas os engloba como seus componentes, por ser a política, antes de tudo, uma “atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”<sup>14</sup>.

Nesse caso pretende-se, conforme Resolução nº 125 de 29/11/2010, estimular outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação em todas as esferas. Os órgãos públicos deverão implementar em sua organização formas de dirimir conflitos com o jurisdicionado. Os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos deverão ser criados pelos tribunais de justiça, sendo responsáveis por consolidar a Política Nacional Judiciária. Na esfera privada, por exemplo, pretende-se implementar nos currículos dos cursos de direito disciplinas que visem tratar as práticas adjudicatórias<sup>15</sup>.

Nesse sentido, a Resolução nº 125 não deve servir somente para desafogar o judiciário como parece para muitos, ou um mecanismo que resolva todos os problemas do sistema, mas tem como objetivo uma política que conscientize o tratamento do conflito de modo qualitativo e quantitativo.<sup>16</sup>

A Resolução, ao promover a conciliação e a mediação como forma de *pacificação social*<sup>17</sup>, visa não apenas tratar, mas também prevenir futuros litígios. Dessa forma haveria uma atuação conjunta entre Estado e sociedade fomentando a democracia participativa, com a inclusão por meio da valorização da cidadania e da participação.<sup>18</sup> As pessoas, tomam para si a administração de seus conflitos promovendo a autonomia pela via democrática.

A participação social é fundamental na tomada de decisões, pois o cidadão passa a ser responsável por elas, e ser cidadão não é apenas desfrutar de direitos, mas sim assumir obrigações com um compromisso na construção de soluções. O direito de acesso à justiça, que é garantido pela Constituição de 1988, alcança a efetividade dos direitos ameaçados ou violados, podendo o sujeito procurar um meio para resolver o seu conflito, sendo por meio da mediação ou outro método de tratamento de conflitos e pela via judicial<sup>19</sup>.

Pode-se afirmar que a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos foi um grande avanço para a garantia do Acesso à Justiça, visto que amplia a forma de resolução dos litígios, mas algumas críticas e preocupações são válidas quanto à forma em que se está aplicando-a.

<sup>14</sup> <sup>15</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138 p. 39-48, abr./jun. 1998. p. 44-45.

<sup>15</sup> Os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos deverão ser criados pelos tribunais, devendo desenvolver, planejar e implementar a política estabelecida na resolução. Os Núcleos são responsáveis pelo planejamento e manutenção de ações que visem ao cumprimento da política pública, adotada pelo Conselho Nacional de Justiça. Há assim, a obrigatoriedade da utilização desses métodos para todos os tribunais de Justiça dos Estados, devendo estes estabelecerem diretrizes para regulamentar o trabalho dos servidores, conciliadores e mediadores, por meio de capacitação e de seleção; exigência de qualidade do serviço e avaliação permanente, quantitativa e qualitativa; instituição de um código de ética para conciliadores e mediadores e remuneração condigna.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação como política pública de fortalecimento da democracia participativa. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 2, n. 2, p. 139, jul./dez. 2012.

<sup>17</sup> Apesar da expressão “pacificação social” ser amplamente utilizada e constar expressamente na Resolução 125/2010, cabe refletir se uma sociedade pacífica, em que não aja conflitos resulta de uma conscientização ou de uma estagnação em que o poder, sempre presente, não possa circular pela promoção do conflito. Os autores adotam referenciais teóricos que reconhecem os aspectos positivos do conflito como base para a mediação. Portanto, além de ser pretensiosa a expressão acaba por ser ideológica dependendo do contexto histórico e social, bem como a que custo se deve conquistar a paz. Para Spengler, a mediação não se propõe a gerar sociedades isentas de conflito, mas sim encontrar formas que possibilitem “uma convivência comunicativamente pacífica”. SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no Tratamento de Conflitos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010. p. 350.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação como política pública de fortalecimento da democracia participativa. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 2, n. 2, p. 138, jul./dez. 2012.

<sup>19</sup> CAMARGO, Daniela Arguilar. A mediação comunitária como ferramenta de acesso à justiça e desenvolvimento no espaço local. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 51, 2017.

### 3 Mediação Como Outro Caminho

Pode-se definir a mediação como meio de tratamento de conflitos através de técnicas próprias intermediado por um terceiro facilitador em um lugar sigiloso, que auxilia as partes conflituosas para restabelecer diálogo, criando opções e pelas próprias partes chegarem à solução do problema.<sup>20</sup>

A mediação constitui um mecanismo consensual que aproxima as partes, possibilitando que as mesmas possam gerir seus conflitos, diferentemente do que ocorre na jurisdição estatal tradicional na qual este poder de gerir conflitos é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investido das funções jurisdicionais.<sup>21</sup>

Nesse sentido a mediação devolve o poder aos indivíduos retirado no momento em que o Estado requereu para si o monopólio da justiça. A lógica da cultura do litígio alimenta a ideia de que é necessário que um terceiro intervenha no conflito para tratá-lo, diferentemente do que prega a mediação, que acredita na autonomia dos envolvidos para que estes tratem seu conflito.

Warat amplia o conceito de mediação como força transformadora e, diria, revolucionária, não apenas como método de tratamento conflito, mas uma visão de mundo: “[...] mediação deve ser encarada como uma atitude geral diante da vida, como uma visão de mundo, um paradigma ecológico e um critério epistêmico de sentido”.<sup>22</sup>

Essa nova forma de ver os conflitos nasce dentro da “transmodernidade jurídica” e por meio dela descobrimos novos caminhos e estratégias para a resolução de conflitos que apresentam celeridade, baixos custos e novas alternativas que busquem a integração e não o enfrentamento.<sup>23</sup>

Essa ferramenta não vê o conflito, necessariamente, como algo negativo, mas como oportunidade de mudança, questionamento, tornando-se “um processo simbólico” de transformação da cultura do litígio. Para Warat há correntes doutrinárias dentro da mediação chamadas acordistas, que, ainda, observam o conflito como um problema a ser revolvida por acordo.<sup>24 25</sup> Segundo o autor, essa corrente acredita na sociedade individual que buscam a satisfação pessoal. Já a corrente transformadora<sup>26</sup> vê o conflito como possibilidade de transformação de crescimento e possibilidade de enfrentamento dos problemas.

Quando o juiz sentencia, ele decide, sob uma linguagem binária, decretando vencedores e vencidos. Parte-se do pressuposto de que as partes necessitam de um terceiro com poder de resolver seus problemas já que as mesmas, supostamente, não têm condição de fazê-lo. O mediador não dispõe de um poder sobre o conflito e não se utiliza códigos binários direito/não direito.<sup>27</sup>

Atualmente, há uma tendência em reconhecer a existência de outras formas de tratamento de conflitos paralelas à solução estatal imposta, que faz concluir que Estado não é o único capaz de tratar os confi-

<sup>20</sup> LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 14.

<sup>21</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: Alternativas à Jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 132.

<sup>22</sup> WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Florianópolis: Almed, 1998. p. 5.

<sup>23</sup> WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Florianópolis: Almed, 1998. p. 14.

<sup>24</sup> WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Florianópolis: Almed, 1998. p. 14-15.

<sup>25</sup> Pode-se citar o Modelo de Harvard, que consiste em entende a mediação como uma negociação assistida e colaborativa por um terceiro. Ainda, compreende o conflito como algo negativo, um obstáculo para os interesses, portanto o mediador tenta encontrar opções que beneficiem as partes envolvidas. LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 24.

<sup>26</sup> Como exemplo pode-se apontar para a corrente do modelo Transformativo de Bush e Folger que justamente verifica a transformação no conflito. Para os autores desse modelo de mediação o conflito oportuniza o crescimento pessoal. BUSH, Barusch; FOLGER, Joseph P. *La promesa de mediación*. Tradução de Aníbal Leal. Buenos Aires: Granica, 2008.

<sup>27</sup> MEINERO, Fernanda Sartor; RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan. *A poliafetividade e o acesso à justiça – a mediação como solução: acesso à Justiça II*. p. 109. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=173>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

tos. Pode-se dizer que, gradualmente, nosso ordenamento incorporou legitimidade da utilização de outros meios, instâncias e órgãos que têm legitimidade para tratarem e prevenirem os conflitos.

Há inúmeras previsões que preveem a intervenção incidental ou pré-processual de outros meios de tratamento de conflitos, instâncias e órgãos, como o Juízo Arbitral (artigo 24, da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais); Juiz de Paz (CF/1988, artigo 82, I); Plano de Recuperação Extrajudicial de Empresa (artigo 162 da Lei 11.101/2005); Compromisso de Ajustamento de Conduta perante órgão publicado legitimado à ação civil pública (Lei 7.347/1985, artigo 5º, § 6º, c/c artigo 475-N, V do CPC); Tabelionatos (CPC, artigo 1.124-A, cf. Lei 11.441/2007); estabelecimentos bancários (CPC, § 1º do artigo 890); convenção coletiva de consumo (Lei 8.07/1990, artigo 107).<sup>28</sup>

Como meio de tratamento de conflitos, a mediação foi positivada ano de 2015, normatizando diretrizes tanto para a forma judicial quanto a extrajudicial (Lei nº 13.140/15 e Lei no. 13.105/15).<sup>29</sup> Restaram estabelecidos no novo Código de Processo Civil (art. 166) os seguintes princípios informadores da conciliação e da mediação: da independência; neutralidade; autonomia da vontade; confidencialidade; oralidade; informalidade e da decisão informada. Na Lei de mediação (Lei nº 13.140/15) foram acrescentados os princípios da isonomia entre as partes, busca do consenso e boa-fé.

Como se verificam as bases da mediação como a autonomia da vontade e a independência foram respeitados, ao menos no que se refere ao rol dos princípios. Contudo, observa-se que a busca do consenso integrou a classificação das diretrizes, o que se pode conjecturar que o mediador poderá focar no acordo e não no conflito.

Mesmo entre os autores que pertencem as correntes de mediação que focam no acordo, possibilitando a utilização de técnicas de negociação, o ponto comum é que a ela é muito útil para redimir conflitos entre indivíduos que mantém vínculos, necessitando, assim, restabelecer o diálogo. Para Serpa o principal objetivo da mediação é formulação de um o acordo entre os envolvidos, que produza um plano de ação para as futuras relações.<sup>30</sup>

A conciliação aproxima-se da mediação enquanto forma não adversarial de tratamento de conflito. Contudo, ela permite que um terceiro imparcial conduza o processo sugerindo, propondo soluções que promovam o acordo entre as partes, podendo, inclusive, utilizar técnicas de negociação.

A legislação brasileira diferenciou a submissão de conflitos à mediação ou à conciliação em razão da existência ou não de vínculo anterior entre as partes. A conciliação tratará dos casos em que não houver vínculo anterior entre os envolvidos, podendo o conciliador sugerir soluções para o litígio (art. 165, §2º, §3º, NCPC). Já o mediador deve tentar auxiliar as partes a reconstruírem a comunicação e o diálogo, identificando o conflito<sup>31</sup>.

No entanto, resta saber quais vínculos e de que tipo o legislador considera que deveriam ir para a mediação e não para a conciliação. Nesse sentido, cabe verificar se as relações de consumo seriam possíveis, em caso de conflito, possíveis de serem tratadas pela mediação.

<sup>28</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 394.

<sup>29</sup> A Política Judiciária Nacional, instituída pela Resolução nº 125 do CNJ, já incentiva a mediação por meio dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, que promoviam outros métodos de tratamento de conflitos. Organizou-se a mediação, estabelecendo inclusive a formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores. BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Resolução n. 125*. Disponível em: <[https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.cnj.jus.br%2F%2F%2Fimages%2Fatos\\_normativos%2Fresolucao%2Fresolucao\\_125\\_29112010\\_11032016162839.pdf](https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.cnj.jus.br%2F%2F%2Fimages%2Fatos_normativos%2Fresolucao%2Fresolucao_125_29112010_11032016162839.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2017.

<sup>30</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 150.

<sup>31</sup> LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial*: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 14.

## 4 Mediação Como Possibilidade De Tratamento De Conflitos Consumeristas

A sociedade contemporânea alterou-se profundamente desde a época do fordismo, recebendo o consumo destaque maior que a produção. Se antes a sociedade era de “produtores”, e era normatizada para que os seus membros desempenhassem o esse papel e o de soldado<sup>32</sup>, agora ela é de consumidores.

A globalização contribuiu para que a sociedade moderna fosse transformada em sociedade de consumo. Não se pode, assim, crer que nossa sociedade é uma sociedade de abundância, na qual os indivíduos podem satisfazer as suas necessidades com facilidade. Segundo Baudrillard:

Encontramo-nos em pleno foco do consumo enquanto organização total da vida cotidiana, enquanto homogeneização integral onde tudo está compendiado e ultrapassado na facilidade, enquanto translucidez de uma “felicidade”, abstrata, definida pela simples resolução das tensões<sup>33</sup>.

A sociedade de consumo de Bauman é marcada pela individualidade: “a sociedade dando forma à individualidade de seus membros, e os indivíduos formando a sociedade [...]”<sup>34</sup>. Para o autor, não seria possível que nossa sociedade se desvencilhe da “individualização”, trata-se de uma fatalidade, algo que não podemos mudar.<sup>35</sup>

Assim, resta difícil crer que as relações de consumo atuais são marcadas por vínculos permanentes entre consumidor e fornecedor. E que a mediação como meio de tratamento de conflito consumeristas possa ser útil na manutenção ou projeção dessas relações. Ainda, como falar em resgate do diálogo entre atores do conflito que muitas vezes nem durante a relação comercial se conheceram, a exemplo do comércio eletrônico? As relações consumeristas em tempo de modernidade líquida<sup>36</sup> são revestidas de impessoalidade, e o consumidor agora é um indivíduo identificado por números e senhas:

O sujeito consumidor é agora um destinatário final contratante (art. 2.º do CDC), um sujeito “mudo” à frente de um écran, em qualquer tempo, em qualquer língua, com qualquer idade, identificado por uma senha (PIN), uma assinatura eletrônica (chaves-públicas e privadas), por um número de cartão de crédito ou por impressões biométricas, é uma coletividade de pessoas, que intervém na relação de consumo (por exemplo, recebendo o *compact disc* de presente, comprado por meio eletrônico, ou o grupo de crianças que está vendo o filme baixado pela internet, *ex vi* parágrafo único do art. 2.º do CDC) ou a coletividade afetada por um spam ou marketing agressivo (art. 29 do CDC) ou todas as vítimas de um fato do serviço do provedor de conteúdo, que enviou um vírus “destruidor” por sua comunicação semanal, ou todas as pessoas cujos números da conta-corrente ou do cartão de crédito e senha foram descobertos por um hacker ou cracker que atacou o computador principal do serviço financeiro, ou do fornecedor de livros eletrônicos (e-books) - art. 17 do CDC.<sup>37</sup>

No ano de 2014, Leila Melo, então Diretora da FECOMERCIO de São Paulo, destacou a necessidade da inclusão de cláusula de mediação nos contratos de consumo figurando como Câmara de Mediação a da própria entidade<sup>38</sup>. Para as empresas, não há dúvidas que os benefícios da mediação tais como celeridade, informalidade e sigilo, são atrativos para que estas se submetam a essa ferramenta de tratamento de conflitos.

No entanto, para os consumidores as vantagens devem ser analisadas com cuidado. Primeiramente, deve-se destacar a assimetria marcante das relações de consumo, não apenas quando se está em litígio, mas

<sup>32</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 1999. p. 88.

<sup>33</sup> BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 20.

<sup>34</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001. p. 39.

<sup>35</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001. p. 43.

<sup>36</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.

<sup>37</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 15, n. 57, p. 16, jan./mar. 2005.

<sup>38</sup> FECOMERCIO. *Inclusão da mediação nos contratos de consumo*. Disponível em: <<http://www.fecomercio.com.br/noticia/empresas-sugerem-incluir-mecanismo-da-mediacao-nos-contratos>> Acesso em: 25 jun. 2017.



também no momento da contratação. A proteção do consumidor restou consagrada na Constituição Federal de 1988 (art. XXXII) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei. 8.078/1990).

Reconhece-se a vulnerabilidade<sup>39</sup> do consumidor nas relações de consumo (art. 4º, I, CDC) ou até mesmo a sua hipervulnerabilidade<sup>40</sup> em casos especiais. Há que se saber se a vulnerabilidade do consumidor em um contrato de adesão não o levou a pactuar sem ter a ciência de o que, efetivamente, significa submeter-se à mediação extrajudicial, bem como as implicações por um eventual não comparecimento, a exemplo de taxas e demais valores que possam eventualmente ser cobrados pela câmara mediadora.

No caso da arbitragem, o Código de Defesa do Consumidor, anterior à entrada em vigor da lei que a normatizou, já previa que seriam nulas as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que determinassem a utilização compulsória de arbitragem (art. 51, VII). Há uma necessidade de manifestação clara do consumidor em relação à cláusula arbitral, porém quanto à cláusula de mediação a legislação nada dispôs. Cabe salientar que a arbitragem<sup>41</sup> que difere muito da mediação — pois se trata de uma forma de heterocomposição privada, na qual um terceiro imparcial tem poderes para decidir sobre o conflito. Portanto, em razão do poder decisório do árbitro esta apresentaria muito mais riscos ao consumidor.

No caso da mediação, esse risco seria menor, pois o consumidor não estaria se submetendo a uma justiça privada. Porém, questiona-se se a capacidade do mediador em tratar de conflitos com relações tão assimétricas. Ainda, reforça-se que a compulsoriedade da cláusula mediatória pode lhe gerar prejuízos financeiros se ele não comparecer a primeira sessão de mediação. Pelo menos assim o prevê o art. 22 da Lei 13.140/2015<sup>42</sup>.

Pense-se a seguinte situação: um consumidor insatisfeito com seu plano de telefonia dirige-se a um órgão de proteção (PROCON) e realiza sua queixa. Na referida instituição, há a possibilidade de serem realizadas conciliações.<sup>43</sup> O indivíduo comparece na data agendada, mas a empresa não. Aconselhado pelos agentes do PROCON, o consumidor ingressa em juízo juntando o contrato, em que consta a obrigatoriedade de uma sessão de mediação extrajudicial. O Juiz nesse caso deverá, conforme o artigo 23 da Lei 13.140/15, suspender o feito até a satisfação desta condição. Nesta situação, a mediação não representou celeridade para o consumidor.

<sup>39</sup> Segundo Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, a vulnerabilidade seria “filha” do princípio da igualdade, dentro da visão macro do homem e da sociedade, de acordo com a máxima aristotélica: tratar igualmente aos iguais, e desigualmente aos desiguais. Contudo, o conceito de vulnerabilidade é mais flexível e não consolidado. Para os autores, “vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 117.

<sup>40</sup> A hipervulnerabilidade do consumidor seria inerente a sua situação pessoal, como incapacidade física ou mental, analfabetismo, idade, enfermidades, entre outras problemáticas. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 189.

<sup>41</sup> “A arbitragem é o meio multipartas de solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas que recebam seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial — é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais áurea dos quais os litigantes possam dispor”. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 51.

<sup>42</sup> “Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo: [...] § 2º Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação: [...] IV - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada”.

<sup>43</sup> Ainda, exemplo de tais iniciativas é o Projeto “Solução Direta-Consumidor” fruto de uma parceria entre o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul e a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, objetivando a solução alternativa de conflitos de consumo, no intuito de, com isso, evitar o ajuizamento de ação judicial. Baseado em uma comunicação via internet como ferramenta de autocomposição, disponibiliza ao consumidor um caminho para registrar suas reclamações e obter do fornecedor, uma solução ou uma resposta ao seu pedido. Em caso de não haver acordo, o consumidor poderá utilizar o histórico da reclamação em um futuro processo judicial. CONSUMIDOR RS. *Projeto Solução Direta Consumidor do TJRS*. Disponível em: <<http://consumidorrs.com.br/2013/inicial.php?case=2&idnot=34170>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Ainda, o sigilo inerente à mediação é benéfico aos outros consumidores? Uma empresa que coloca no mercado determinado produto cujo defeito oculto está presente todo um lote, tem interesse que as eventuais reclamações de seus clientes não a prejudiquem no mercado. Mas, um consumidor que antes poderia consultar decisões anteriores em casos análogos não terá essa possibilidade. Assim, em vez de a mediação constituir um instrumento de ampliação do acesso à justiça, poderia representar mais um obstáculo.

Para tais questionamentos, a melhor saída seria reconhecer a vulnerabilidade do consumidor em todas as formas de tratamento de conflito. A interpretação do artigo art. 51, VII do CDC que proíbe a compulsoriedade da arbitragem, deve ser estendida à mediação, fazendo com que o juiz analise o contrato para determinar se é de adesão ou não, e se, efetivamente, a vontade do consumidor foi respeitada.

Além dessas considerações, resta pendente saber se o consumidor, ao submeter-se à mediação, estaria interessado, realmente, em restabelecer o diálogo com o fornecedor, gerindo seu próprio conflito ou estaria, nas concepções de sociedade de consumo de Bauman, apenas aguardando ter suas expectativas de reparação de danos satisfeitas. É possível que a mediação nas relações de consumo se transforme em uma mesa de negociação em que os indivíduos compareçam a fim de lograr um acordo e não tratar um conflito. Nesse contexto, estar-se-ia desvirtuando a essência da mediação, em virtude da impessoalidade da relação e da consequente ausência de interesse na recomposição desta. O caráter assimétrico do vínculo, que se expressa com mais força quando se reconhece a hipervulnerabilidade do consumidor, pode ser a chave para discernir a adequação dessa ferramenta de composição em determinados casos.

Essa crítica soma-se àquela que questiona a obrigatoriedade das partes comparecerem a sessão de mediação judicial com seus advogados ou defensores públicos (art. 334, § 9º do NCPC e art. 26 da Lei nº 13.140/15).<sup>44</sup> A preocupação é justamente com a interferência de advogados no processo de mediação, pois a autonomia é a base desse instituto. Pode a mediação converter-se a uma audiência de conciliação em que cada procurador tenta fazer jus aos seus honorários logrando o melhor acordo possível.<sup>45</sup> Já existe na mediação judicial a necessidade de uma petição inicial em que a própria lei define o litisconsórcio ativo e passivo, catalogando as partes de autor e réu, caindo, novamente, na lógica adversarial<sup>46</sup>. Porém, a mediação não deveria ser um espaço de lutas entre os procuradores, mas sim um espaço de retomada do poder pelos envolvidos pelo conflito.

No caso das relações de consumo, a mediação pode se tornar um campo de luta entre os atores jurídicos e de domínio dos litigantes habituais, principalmente no caso de empresas que gozam de vasta experiência em litigar, assessoradas por grandes firmas de advogados, obtendo significativas vantagens na atuação judicial.

Por fim, em caso de ter sido respeitada a vontade do consumidor, principalmente no seu direito à informação, a função do mediador será primordial para que a assimetria das relações consumeristas não se torne problemática quando da possível realização de um acordo. O papel do mediador é de suma importância, pois toma conhecimento de um universo de problemas que as partes enfrentam, e o seu papel será o de auxiliar para que os envolvidos tratem seu conflito, sem que uma parte oprima a outra. Nesse sentido, espera-se que

<sup>44</sup> Na Lei n. 13.140/15, restou ressalvada a obrigatoriedade da presença de advogados e defensores nos casos contemplados pelas Leis nº 9.099/95 e 10.259/01.

<sup>45</sup> Os advogados estão acostumados a negociar, a conciliar dentro do judiciário, a lograr a melhor barganha para seu cliente. Isto faz parte do trabalho jurídico, apontado por Bourdieu. Faz parte da luta por capital social dentro do campo jurídico. O presente estudo não logra esgotar todas as variáveis quanto à presença de advogados nas sessões de mediação. Poder-se-ia questionar até mesmo se novamente não se recairia nas questões de acesso à justiça e a diferenças de capital simbólico dos atores jurídicos e sua posição no campo. A posição de um determinado agente no espaço social pode, assim, ser definida pela posição que ele ocupa nos diferentes campos, quer dizer, na distribuição dos poderes que atuam em cada um deles, seja, o capital econômico o capital cultural e o capital social e também o capital simbólico. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 134-135.

<sup>46</sup> Nesse sentido foram decididas mais críticas no artigo: MEINERO, Fernanda Sartor. *A mediação no judiciário: placebo ou cura para os males do aumento da judicialidade?* Formas consensuais de resolução de conflitos, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ex6xsd57/878P26Jb87b7M6bY.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

a mediação constitua uma importante ferramenta de tratamento de conflito naquelas relações de consumo que são revestidas de pessoalidade, cujos envolvidos tenham, efetivamente, o interesse de retomar o diálogo. Para as revestidas de impessoalidade, as suas características essenciais a tornam um remédio bastante inerte.

## 5 Considerações Finais

Há fortes distinções entre a mediação e os outros métodos de tratamento de conflitos, em especial no que se refere ao seu foco. Ela não objetiva a realização de um acordo, já assinalava Warat, sua função primordial é a produção da diferença, instalando o novo<sup>47</sup>. Como revelado, o ordenamento brasileiro positivou que um dos princípios basilares da mediação seria o consenso, distanciando-se da corrente “waratiana” que coloca no centro a questão do conflito lançando uma visão positiva sobre ele. Nesse sentido, a lei permite a utilização de técnicas negociais e a referência do consenso como princípio da mediação nos aproxima de um modelo de mediação de Harvard.

Verifica-se que, com base na ideia de campo extraído da Teoria de Pierre Bourdieu, podem-se estabelecer conexões quanto à prática de métodos consensuais de tratamento de conflito e o trabalho dos juristas dentro das sessões de mediação, fazendo com que as torne um espaço hierarquizado de luta entre os agentes do campo.

Ainda, a aplicação da mediação vem sendo amplamente difundida em diversas áreas, como nos contratos de consumo. Contudo, em razão da especialidade da matéria, exige-se tanto da legislação quanto do mediador a observação de princípios norteadores do direito do consumidor. A mediação pode ser um importante método de tratamento de conflito para os consumidores, no que se refere àquelas relações revestidas de pessoalidade, porém, não se pode ignorar que a pressão dos litigantes habituais, também, será exercida no campo da mediação, podendo se tornar um desafio ao mediador, que deve considerar a hipervulnerabilidade do consumidor.

As políticas públicas de proteção ao consumidor, também, deverão atentar para uma educação adequada acerca das diversas ferramentas de solução e suas consequências, de forma que o direito de escolha seja livre e informado. Assim, estar-se-á realizando a verdadeira essência da mediação, devolvendo protagonismo aos atores principais da diferença.

Observa-se que, ao contrário do que foi realizado quando da positivação da arbitragem, a legislação não se preocupou na adoção compulsória da cláusula de mediação em contratos de consumo, bem como quanto ao conteúdo especial da matéria nos cursos que habilitam o indivíduo a ser mediador. Ainda há muito a se pesquisar na área de mediação para aplicação nas relações de consumo, para que se preze tanto o instituto de tratamento de conflito quanto os instrumentos de proteção do consumidor.

## Referências

BAUDRILARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.

<sup>47</sup> WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: o ofício do Mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3. p. 63.

- BOURDIEU, Pierre. *Coisas ditas*. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000.
- BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Resolução n. 125*. Disponível em: <[https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.cnj.jus.br%2F%2F%2Fimages%2Fatos\\_normativos%2Fresolucao%2Fresolucao\\_125\\_29112010\\_11032016162839.pdf](https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.cnj.jus.br%2F%2F%2Fimages%2Fatos_normativos%2Fresolucao%2Fresolucao_125_29112010_11032016162839.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- BUSH, Barusch; FOLGER, Joseph P. *La promesa de mediación*. Tradução de Aníbal Leal. Buenos Aires: Granica, 2008.
- CAMARGO, Daniela Arguilar. A mediação comunitária como ferramenta de acesso à justiça e desenvolvimento no espaço local. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 51-63, 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138 p. 39-48, abr./jun. 1998.
- CONSUMIDOR RS. *Projeto Solução Direta Consumidor do TJRS*. Disponível em: <<http://consumidorrs.com.br/2013/inicial.php?case=2&idnot=34170>>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- FECOMERCIO. *Inclusão da mediação nos contratos de consumo*. Disponível em: <<http://www.fecomercio.com.br/noticia/empresas-sugerem-incluir-mecanismo-da-mediacao-nos-contratos>> Acesso em: 25 jun. 2017.
- LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 15, n. 57, p. 9-59, jan./mar. 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MEINERO, Fernanda Sartor. *A mediação no judiciário: placebo ou cura para os males do aumento da judicialidade? Formas consensuais de resolução de conflitos*, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ex6xsd57/878P26Jb87b7M6bY.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- MEINERO, Fernanda Sartor; RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan. *A poliafetividade e o acesso à justiça – a mediação como solução: acesso à Justiça II*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=173>>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: Alternativas à Jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação como política pública de fortalecimento da democracia participativa. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 2, n. 2, p. 131-140, jul./dez. 2012.



- SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no Tratamento de Conflitos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Florianópolis: Almed, 1998.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 1995.
- WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A participação do *amicus curiae* em decisões judiciais e sua consequente contribuição para efetivação de Políticas Públicas**

**The participation of the *amicus curiae* in judicial decisions and its consequential contribution to the effectiveness of Public Policies**

Viviane Nobre Santana

# A participação do *amicus curiae* em decisões judiciais e sua consequente contribuição para efetivação de Políticas Públicas\*

## The participation of the *amicus curiae* in judicial decisions and its consequential contribution to the effectiveness of Public Policies

Viviane Nobre Santana\*\*

### Resumo

Este estudo objetiva a análise da intervenção do *amicus curiae* nas demandas judiciais, de modo a identificar as inovações introduzidas pela Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil - NCPC) em relação a regulamentação e a atuação deste instituto jurídico e sua contribuição para a efetivação das Políticas Públicas. O método adotado é o exploratório e a pesquisa se pauta na revisão bibliográfica. Aborda o surgimento do instituto e sua evolução no mundo e, também, no ordenamento jurídico brasileiro, assim como as modificações implementadas na disciplina do instituto pelo Novo Código de Processo Civil. Ressalta a importância de adequação dos institutos de origem dos sistemas de *common law*, a exemplo do *amicus curiae* ao ordenamento jurídico brasileiro ao destacar a possibilidade de sua intervenção com base na análise de alguns casos concretos, julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Conclui que o instituto do *amicus curiae* sofreu grande avanço ao longo dos últimos anos e vem contribuindo sobremaneira para a maior legitimação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em questões de índole constitucional. E sua consagração no Novo Código de Processo veio coroar essa evolução, demonstrando a relevância do instituto para a democratização das decisões jurisdicionais em uma sociedade plural, com interesses tão diversos, o que justifica a participação da sociedade civil nos debates em prol da efetivação das Políticas.

**Palavras-chaves:** *Amicus curiae*. Legitimação das decisões. Novo CPC. Políticas Públicas.

### Abstract

The following study aims to analyze the intervention of the *amicus curiae* in judicial demands, seeking to identify the innovations introduced by the Legislation nº 13.105/2015 (New Civil Process Code of Brazil – NCPC) in face of the regulation and participation of this juridical institution, as well as its contribution to the effectiveness of the Public Policies. The adopted method is the exploratory, and the research is ruled by bibliographical re-

\* Recebido em 19/07/2017

Aprovado em 29/08/2017

\*\* Mestranda em Direito, Governanças e Políticas Públicas (Universidade Salvador); Pós Graduada em Direito Processual Civil (Faculdade Baiana de Direito) e Pós Graduada em Auditoria em Sistemas de Saúde (Universidade Federal de Bahia). Email: vivianenobre@gmail.com

view. It approaches the emergence of the institution, its evolution in the world and, also, in the Brazilian juridical ordination, as well as the implemented modifications in the discipline of the institution by the New Civil Process Code of Brazil. It highlights the importance of the adequacy of institutions that have their origin in a common law system, as the *amicus curiae*, to the Brazilian juridical ordination, by emphasizing the possibility of its intervention based on the analysis of a few concrete cases, judged by the supreme federal court of Brazil. It concludes that the institution of *amicus curiae* has suffered a great improvement over the years and it has been contributing especially to a greater legitimation of the decisions pronounced by the supreme federal court of Brazil in matters of constitutional nature. And its consecration in the New Process Code of Brazil came to coronate this evolution, demonstrating the relevance of the institution to the democratization of jurisdictional decisions in a plural society, with such diverse interests, which justifies the participation of civil society in debates in favor of the effectiveness of policies.

**Keyword:** *Amicus curiae. Decision legitimization. New Brazilian Civil Process Code. Public policies.*

## 1 Introdução

O *amicus curiae* é um instituto de origem controvertida. Conquanto a doutrina majoritária tenha atribuído suas raízes ao direito inglês, o seu aperfeiçoamento é imputado ao direito norte-americano. Trata-se de modalidade alusiva ao comparecimento de terceiro em processo alheio com vistas a disponibilizar elementos informativos e necessários ao julgador, auxiliando-o na resolução da controvérsia instaurada.

Ao contrário das intervenções de terceiro regulamentadas na sistemática processual civil brasileira, a exemplo da assistência, oposição, denúncia a lide, o *amicus curiae* não possui interesse jurídico na solução da lide, o que o distingue dos intervenientes típicos, e contribui para discussões diversas acerca do seu papel na relação processual e sua natureza jurídica.

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, o instituto ganhou evidência, somente, a partir do advento da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que no § 2º, do art. 7º, consagrou a possibilidade de intervenção o *amicus curiae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a doutrina apresenta outras modalidades de intervenção do *amicus curiae* consagradas na legislação esparsa e, também, no Código de Processo Civil de 1973.

Ocorre que ante a inexistência de um diploma legal que tratasse efetivamente do instituto, estabelecendo os poderes do *amicus curiae*, o momento de intervir, dispondo acerca da legitimidade recursal, dentre outras questões, contribuiu, ao longo dos últimos anos, para inúmeros debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial, não raras vezes mitigando a importância do instituto no direito pátrio.

Tal problema tende a ser sanado com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, que, de forma expressa, regulamenta o instituto em seu art. 138, evidenciando a importância do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, e a possibilidade de contribuição para a maior legitimação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, cujo objetivo consiste em analisar o *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil, de modo a identificar as inovações introduzidas pela Lei nº 13.105/2015 em relação à regulamentação do instituto e sua contribuição para efetividade de decisões judiciais mais democráticas, assim como na efetivação e reformulação das Políticas Públicas.

Para tanto, adota-se uma pesquisa de natureza exploratória e pautada na revisão bibliográfica, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, jurisprudência, dentre outras fontes, elementos para a compreensão da importância do instituto no direito pátrio, suas peculiaridades e inovações introduzidas, além das discussões de casos em concretos os quais tiveram a participação do instituto do *amicus curiae* nos Tribunais.



## 2 *Amicus Curiae*: apontamentos iniciais

Entender o instituto do *amicus curiae* no Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 - que inovou sobremaneira quanto à sua disciplina, clama, inicialmente, pela compreensão do nascedouro do instituto, sua disciplina no ordenamento jurídico brasileiro e pela distinção traçada pela doutrina e jurisprudência entre o instituto e as modalidades típicas de intervenção de terceiro, o que se passa a analisar inicialmente.

### 2.1 Surgimento do instituto

Não é pacífico, dentre os estudiosos do Direito, a origem do instituto do *amicus curiae*, divergindo a doutrina quanto ao seu surgimento no Direito Romano ou apenas na Inglaterra, em um passado mais recente.

A priori, é mister salientar que a expressão *amicus curiae*, do latim “amigo da corte”, remete à ideia daquele que presta informações à corte, motivo pelo qual Aguiar, preconiza tratar-se de “autêntico auxiliar do juízo”, que ingressa no processo com a função primordial de dar à decisão uma maior legitimação social, já que, pelo menos em tese, representa os interesses gerais de uma coletividade ou valores relevantes a um determinado grupo.<sup>1</sup>

Porém, segundo Bueno, para se chegar a tal concepção, percorreu-se um grande caminho, sendo controverso no âmbito do Direito Processual Civil, como já repisado, a própria origem do instituto. Há doutrinadores que remetem seu surgimento às origens remotas do Direito Romano, na figura do *consiliarius romano*, enquanto outros sustentam que se encontra o instituto pautado no direito inglês, “com uso frequente desde o século XVII de onde, gradativamente, passou a ter ampla aplicação no direito norte-americano”.<sup>2</sup>

Ainda Bueno, os defensores de que o instituto encontra suas raízes no Direito Romano pontuam que seria o *amicus curiae* uma espécie de “colaborador neutro” dos juízes nos casos em que a resolução dos processos deveria ser feita mediante análise de questões de natureza fática, atuando para que os magistrados não cometessem equívocos em seus julgamentos.<sup>3</sup>

Comunga desse entendimento Magalhães, que assim destaca:

O instituto do *amicus curiae* teve sua origem no Direito Processual Romano, a partir da figura do *consiliarius romano*. Todavia, essa figura possuía algumas características que destoavam de sua concepção atual, dentre elas, a necessidade de convocação obrigatória por parte do magistrado e a possibilidade de se manifestar apenas de forma neutra em relação às demandas processuais.<sup>4</sup>

No entanto, como já dito, há defensores de que o instituto não encontra suas raízes no Direito Romano, mas sim na Inglaterra. Assim, como bem lembra Bueno, coube ao direito anglo-saxão a incorporação, o desenvolvimento e adaptação da figura do *consiliarius romano* com o fito de se criar o instituto ora estudado.<sup>5</sup>

Magalhães, por seu turno, defende que embora tenha o instituto surgido no Direito Romano, o seu desenvolvimento se deu na Inglaterra, “por meio de sua *common law*”, já que no direito anglo-saxão o “papel do *amicus curiae* era o de atualizar os denominados casos e *statutes*, isto é, os precedentes e as leis, visto que estes não eram conhecidos por parte dos juízes”.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> AGUIAR, Antônio Carlos. As Centrais Sindicais na qualidade de *amicus curiae*. *Revista LTR*, Legislação do Trabalho, ano 68, n. 2, fev. 2004.

<sup>2</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, ordinário e sumário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, tomo 1.

<sup>3</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>4</sup> MAGALHÃES, Rafael Geovani da Silva. *Amicus curiae: a origem histórica, natureza jurídica e procedimento de acordo com a Lei nº 9.868/1999*. UFSC, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30081-30383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

<sup>5</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>6</sup> MAGALHÃES, Rafael Geovani da Silva. *Amicus curiae: a origem histórica, natureza jurídica e procedimento de acordo com a*

Desta feita, segundo Bueno o paralelo que se pode fazer entre o instituto do *amicus curiae* e o *consilliarium* do Direito Romano não diz respeito à modalidade interventiva realizada espontaneamente naquele, mas, apenas, em relação aos casos em que o *amicus curiae* era chamado a juízo pelo próprio magistrado, o que também ocorria com o instituto romano. Essa seria, portanto, a única semelhança entre os institutos.<sup>7</sup>

Na linha evolutiva do instituto, Bueno, ainda, destaca que, embora parte da doutrina sustente o surgimento do instituto na Inglaterra, o seu desenvolvimento se deu nos Estados Unidos, onde se desenvolveu e adquiriu importância.<sup>8</sup>

A proporção em que o instituto evoluiu e foi absorvido pelo direito norte-americano, o *amicus curiae*, como disserta Gordilho, deixou de ser um “sujeito desinteressado para abarcar devidos interesses na causa, assumindo maior comprometimento e sendo, muitas vezes, movido por interesses não articulados na lide da coletividade ou de um particular”, sem, contudo, deixar de lado seu caráter informativo.<sup>9</sup>

Cabral, ao analisar o instituto, defende que, nos Estados Unidos, o caso mais conhecido de *amicus curiae* é o *Brandes Brief*, incluído no caso *Muller versus Oregon* pelo então advogado Louis D. Brandeis. Diferentemente dos pareceres anteriores, este não levava à Corte precedentes e questões de natureza jurídica, unicamente, pois, também, foram expostas opiniões médicas, estatísticas, econômicas e sociais, e vários outros “elementos externos ao ordenamento jurídico e à jurisdição estadunidenses”.<sup>10</sup>

De acordo com Bueno, outro caso muito mencionado por autores norte-americanos foi julgado no ano de 1823, quando o Estado de Kentucky, mediante solicitação da Corte, atuou como colaborador, vindo ao processo para comprovar que a demanda em exame se pautava sob fundamentos fraudulentos. Assim, o tribunal norte-americano “admitiu a intervenção daquele Estado-membro, [...], para proteger seus próprios interesses, que, de outra forma, poderiam ter ficado à mercê do espírito fraudulento das partes”<sup>11</sup>

Cumprе ressaltar que a menção ao caso supracitado é de suma importância na evolução do instituto, pois até então somente se permitia a intervenção para a tutela de direitos privados, principalmente no ordenamento jurídico inglês.

Rocha<sup>12</sup>, por sua vez, aduz que, apesar de o instituto ser amplamente aplicado no direito norte-americano, o *amicus curiae* ganhou relevo no mundo jurídico “apenas após a polêmica desencadeada pelo ‘caso Gideon’, nos idos de 1963, quando uma pessoa sofreu condenação por um delito grave sem qualquer assistência de um defensor”.

Rocha explica que Clarence Earl Gideon foi acusado de invasão de domicílio perante a Corte do Estado da Flórida. A Corte, embora considerasse o delito praticado por Gideon de natureza grave, mas não com aplicação de pena de morte, dispensou a presença de advogado de defesa, por entender que a atuação deste só era imprescindível em crimes que pudessem levar à pena capital.

O acusado, sem condições financeiras para custear um advogado, requereu ao Tribunal a nomeação de defensor, o que lhe foi negado, fato este que o levou a fazer sua própria defesa, culminando numa condenação a cinco anos de prisão. Inconformado, impetrou *habeas corpus* perante a Suprema Corte norte-americana,

---

Lei nº 9.868/1999. UFSC, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30081-30383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

<sup>7</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>8</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>9</sup> GORDILHO, Fernanda de Souza. *Amicus curiae: um terceiro especial*. UNIFACS, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/887>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

<sup>10</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares: O *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 117, 2004.

<sup>11</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>12</sup> ROCHA, Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da. *O instituto do amicus curiae no controle de constitucionalidade brasileiro: uma abordagem à luz da efetividade do princípio do acesso à justiça*. 2008. 154f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2008.

alegando violação à Constituição ante a ausência de assistência técnica.<sup>13</sup>

Ainda segundo Rocha, a Suprema Corte nomeou um defensor para o acusado, com vistas a atuar em novo julgado, e vinte e duas entidades intervieram como *amicus curiae* para assegurar a obrigatoriedade da presença de advogado de defesa em processos criminais, ainda que a pena cominada não fosse de natureza capital, o que leva a autora a enfatizar que o caso de Clarence Gideon é um exemplo e revela o caráter democrático do instituto em comento.<sup>14</sup>

Com a inserção de dito instituto no ordenamento norte-americano, segundo Bueno, o direito a ser tutelado passou a ser de natureza pública, seja porque interessava à Suprema Corte esclarecer as razões que levaram os particulares a litigar perante o juízo, seja porque os efeitos da decisão ultrapassavam a esfera dos litigantes.<sup>15</sup>

Contudo, o instituto, efetivamente, evoluiu, na Suprema Corte norte-americana, a partir do século XX, quando se deu a permissão para que, também, particulares figurassem como *amicus curiae* a fim de tutelar direitos privados.

De acordo com Bueno, na década de 1930, era mais comum a intervenção de “*amicus corporativos*” do que propriamente em “*amicus individuais*”, representados por seus advogados. Com o maior volume de intervenções, a Suprema Corte norte-americana regulou o instituto em 1938, passando a exigir, na *Rule 27*, o prévio consentimento das partes a respeito da intervenção pretendida.<sup>16</sup>

Bueno<sup>17</sup> ainda pontua haver entendimentos no sentido de que o instituto surgiu efetivamente quando se passou a permitir a atuação do *amicus curiae* na qualidade de auxiliares, ou seja, a sua intervenção no processo a fim de tutelar direitos privados e públicos, sem qualquer restrição, o que demonstra a divergência quanto à origem do instituto.

Por fim, Pedrollo & Martel<sup>18</sup> enfatizam que o *amicus curiae* é bastante utilizado na Suprema Corte estadunidense, o que indica tanto a abertura desses processos à participação dos movimentos sociais, de estudiosos e técnicos, quanto o caráter não fechado do debate da constitucionalidade, e a compreensão da Corte acerca do cunho político de suas decisões e de sua necessidade de legitimação.

Magalhães<sup>19</sup> constata que o *common law* contribuiu, significativamente, para o desenvolvimento do instituto, pois a inexistência de regulamentação, a discricionariedade com que os magistrados aceitavam a intervenção e sua ampla absorção, principalmente pelo direito norte-americano, oportunizaram a atuação do *amicus curiae* e, por conseguinte, o seu desenvolvimento.

## 2.2 Evolução histórica do AMICUS CURIAE no Brasil

No Brasil, a intervenção do *amicus curiae* encontra seu fundamento na necessidade de que informações estranhas ao processo se tornassem acessíveis ao magistrado.

<sup>13</sup> ROCHA, Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da. *O instituto do amicus curiae no controle de constitucionalidade brasileiro: uma abordagem à luz da efetividade do princípio do acesso à justiça*. 2008. 154f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2008.

<sup>14</sup> ROCHA, Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da. *O instituto do amicus curiae no controle de constitucionalidade brasileiro: uma abordagem à luz da efetividade do princípio do acesso à justiça*. 2008. 154f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2008.

<sup>15</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>16</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>17</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>18</sup> PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Amicus curiae: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais*. *Revista AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul, v. 32, n. 99, 2005.

<sup>19</sup> MAGALHÃES, Rafael Geovani da Silva. *Amicus curiae: a origem histórica, natureza jurídica e procedimento de acordo com a Lei nº 9.868/1999*. UFSC, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30081-30383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

Não obstante reconhecida sua importância, não havia, no ordenamento jurídico brasileiro, até o ano de 2004, previsão legislativa que se utilizasse a expressa *amicus curiae* a comprovar a inserção dessa forma de intervenção na relação processual.

Segundo Bueno, o primeiro e único dispositivo legal onde, atualmente, pode ser a expressão encontrada, consta do art. 23, § 1º, da Resolução nº 390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho de Justiça Federal.<sup>20</sup>

Apesar da falta do *nomen iuris*, ou seja, da expressão *amicus curiae* na legislação pátria, segundo Amendoeira, autores defendem a previsão legislativa no ordenamento jurídico brasileiro desde a década de 1970, mais precisamente no art. 31 da Lei nº 6.385/1976, o qual “permite que a CVM (Comissão de Valores Mobiliários) intervenha em processos judiciais como *amicus curiae*”.<sup>21</sup>

Bueno, ao analisar o disposto na Lei nº 6.385/1976, destaca que, tendo em vista a função para a qual foi criada a autarquia, qual seja, a de “controlar a supervisionar o mercado de ações”, o dispositivo nada mais faz do que viabilizar o seu exercício, quando autoriza a Comissão de Valores Mobiliários a esclarecer o juiz quanto à “resolução de efeitos concretos, entendendo-se aquela que traz em seu bojo o resultado específico pretendido”<sup>22</sup>

Por isso não se pode negar que se trata, de fato, de dispositivo a invocar a participação de um ente qualificado como *amicus curiae* para manifestar-se, o que leva grande parte da doutrina a ver, no referido diploma legal, a pioneira previsão de possibilidade de intervenção de colaborador no processo, conquanto não tenha empregado a expressão *amicus curiae*.

Segundo Souza Filho, a doutrina e o Supremo Tribunal Federal indicam tratar-se de modalidade de *amicus curiae*, sendo requisito para a sua intervenção que a matéria debatida verse sobre atribuição da Convenção de Valores Mobiliários.<sup>23</sup>

Amendoeira cita, inclusive, a previsão inserta no art. 89 da Lei nº 8.884/1994, que permite a intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, na qualidade de *amicus curiae*, ainda que não tenha o legislador, assim como fez em relação à Comissão de Valores Mobiliários, utilizado, expressamente, o *nomen iuris*.<sup>24</sup>

Souza Filho pontua que, muito embora a doutrina majoritária defenda tratar-se de modalidade de *amicus curiae*, a legislação e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhecem tratar-se de assistência.<sup>25</sup>

Ainda na linha evolutiva, no ordenamento jurídico brasileiro, Magalhães leciona:

Posteriormente, foi editada a Lei nº. 9.469, de 10 de julho de 1997, criada a partir da conversão da Medida Provisória nº. 1.561-6, que instituiu uma nova forma de atuação do *amicus curiae*. De acordo com o parágrafo único de seu artigo 5º, é possível, às pessoas jurídicas de direito público, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em

<sup>20</sup> PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Amicus curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. *Revista AJURIS*: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, v. 32, n. 99, 2005.

<sup>21</sup> AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Manual de direito processual civil*: Teoria geral do processo e fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição. São Paulo: Saraiva: 2012. v. 1.

<sup>22</sup> PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Amicus curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. *Revista AJURIS*: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, v. 32, n. 99, 2005.

<sup>23</sup> SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros. *Amicus curiae*: instituto controvertido e disseminado no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Esmafe*. Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 16, dez. 2007. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27411/amicus\\_curiae\\_instituto\\_controvertido.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27411/amicus_curiae_instituto_controvertido.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

<sup>24</sup> AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Manual de direito processual civil*: Teoria geral do processo e fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição. São Paulo: Saraiva: 2012. v. 1.

<sup>25</sup> SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros. *Amicus curiae*: instituto controvertido e disseminado no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Esmafe*. Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 16, dez. 2007. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27411/amicus\\_curiae\\_instituto\\_controvertido.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27411/amicus_curiae_instituto_controvertido.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2016.



que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.<sup>26</sup>

Rocha enfatiza que há, dentre os estudiosos do tema, divergência quanto à natureza da intervenção à que se refere a Lei nº 9.469/1997, pois, num primeiro momento, não há necessidade de prova de interesse jurídico, prevalecendo, porém, o entendimento de que se trata de modalidade atípica de intervenção de terceiros, e porque não dizer peculiar modalidade de *amicus curiae*.<sup>27</sup>

De acordo com Souza Filho, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vislumbra, apenas, modalidade de assistência, embora a doutrina seja divergente, ora reconhecendo modalidade de *amicus curiae*, ora reconhecendo assistente atípico.<sup>28</sup>

Amendoeiras explana, contudo, que foi a edição da Lei nº 9.866/1999, a qual versa sobre as ações de controle de inconstitucionalidade (ADIN) e constitucionalidade (ADECON), a dar maior visibilidade ao *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do § 2º, do art. 7º.<sup>29</sup>

Na linha de raciocínio de Magalhães, a entrada em vigor do supracitado diploma legal “tornou possível a manifestação de órgãos e entidades no papel de *amicus curiae*, em razão da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes”, nos procedimentos de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>30</sup>

Ao dissertar sobre a figura do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro Rocha destaca:

O objetivo maior do art. 7º, § 2º, da Lei em comento é justamente diversificar o debate, garantir que o Tribunal possa ter acesso, sempre que julgar importante para o deslinde da questão, às informações e razões constitucionais daqueles que, muito embora não possuam a legitimidade para instaurar o processo, serão alvos diretos ou indiretos da decisão dele proveniente.<sup>31</sup>

Segundo ainda o autor, a importância da Lei nº 9.866/1999, no tocante ao instituto do *amicus curiae*, no ordenamento jurídico brasileiro, é que, ao contrário da intervenção da Comissão de Valores Mobiliários, o legislador se preocupou com a participação da sociedade em debates voltados às questões constitucionais apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, é a “sociedade aberta de intérpretes da Constituição de Harbelle na prática”.

Nesse mesmo ano de 1999 foi também publicada a Lei nº 9.882, regulamentando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, em que o legislador, conforme Magalhães “optou por conceder ao relator da causa a possibilidade de, mediante despacho irrecorrível, ouvir os órgãos ou entidades responsáveis pelo ato impugnado, que também atuam no papel de *amicus curiae*”.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> MAGALHÃES, Rafael Geovani da Silva. *Amicus curiae: a origem histórica, natureza jurídica e procedimento de acordo com a Lei nº 9.868/1999*. UFSC, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30081-30383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

<sup>27</sup> ROCHA, Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da. *O instituto do amicus curiae no controle de constitucionalidade brasileiro: uma abordagem à luz da efetividade do princípio do acesso à justiça*. 2008. 154f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2008.

<sup>28</sup> SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros. *Amicus curiae: instituto controvertido e disseminado no ordenamento jurídico brasileiro*. *Revista Esmafe*. Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 16, dez. 2007. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27411/amicus\\_curiae\\_instituto\\_controvertido.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27411/amicus_curiae_instituto_controvertido.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

<sup>29</sup> AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Manual de direito processual civil: Teoria geral do processo e fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva: 2012. v. 1.

<sup>30</sup> MAGALHÃES, Rafael Geovani da Silva. *Amicus curiae: a origem histórica, natureza jurídica e procedimento de acordo com a Lei nº 9.868/1999*. UFSC, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30081-30383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

<sup>31</sup> ROCHA, Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da. *O instituto do amicus curiae no controle de constitucionalidade brasileiro: uma abordagem à luz da efetividade do princípio do acesso à justiça*. 2008. 154f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2008.

<sup>32</sup> MAGALHÃES, Rafael Geovani da Silva. *Amicus curiae: a origem histórica, natureza jurídica e procedimento de acordo com a Lei nº 9.868/1999*. UFSC, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30081-30383-1-PB.pdf>>.

Magalhães também cita inovação no âmbito do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, por força da Emenda nº 12/2003, que regulamenta o recurso extraordinário no âmbito dos Juizados Especiais Federais:

De acordo com tal dispositivo, que regulamenta o procedimento do recurso extraordinário interposto perante os Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei nº. 10.259, de 12 de julho de 2001, será admitida a manifestação de eventuais interessados, ainda que não sejam partes do processo prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso I [...].<sup>33</sup>

Logo, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, admite-se o *amicus curiae* quando há pedido de uniformização em recurso dirigido à Turma Recursal.

Amendoeira também vislumbra a existência da modalidade do *amicus curiae* no disposto no art. 543-A, § 6º, do Código de Processo Civil de 1973, com redação dada pela Lei nº 11.418/2006, que permitia a intervenção quando da presença de repercussão geral em recurso extraordinário. Porém, o § 6º do citado dispositivo não encontra correspondência no Novo Código de Processo Civil.<sup>34</sup>

Ainda, no bojo do Código de Processo Civil de 1973, permeava a figura do *amicus curiae* no art. 482, § 3º, o qual admite a intervenção no incidente de inconstitucionalidade para defender interesse institucional. Tal dispositivo encontra correspondência no art. 949, § 3º, do Novo Código de Processo Civil, o qual dispõe que: “Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.<sup>35</sup>

Souza Filho destaca que a doutrina reconhece, no disposto no art. 482 do Código de Processo Civil de 1973, a figura do *amicus curiae*.<sup>36</sup>

Didier Júnior também cita a Lei Antitruste – Lei nº 12.529/2011, que em seu art. 118 “impõe a intimação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) nos processos em que se discutem questões relacionadas ao direito de concorrência”.<sup>37</sup>

Constata-se que em vários diplomas legais há previsão expressa da intervenção atípica no processo. Todavia, mesmo nas hipóteses em que aparece no ordenamento instituto semelhante ao *amicus curiae*, dúvidas permanecem quanto à sua configuração ou não.

Segundo Bueno, “mesmo naqueles casos em que há consenso da doutrina ou da jurisprudência (em especial no controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso) sobre estarmos diante de um *amicus curiae*”, o legislador não tratou da figura interventiva por esse nome, optando por não o nominar ou chamá-lo, apenas, de “intervenção”, o que fomenta diversos debates dentre os estudiosos do tema.<sup>38</sup>

Destarte, tal fato faz com que o instituto seja classificado, via de regra, como modalidade *sui generis* ou anômala a intervenção feita pelo colaborador, sendo imprescindível, nesse ponto, mesmo ciente das inovações introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil.

---

pdf.>. Acesso em: 12 mar. 2016.

<sup>33</sup> MAGALHÃES, Rafael Geovani da Silva. *Amicus curiae*: a origem histórica, natureza jurídica e procedimento de acordo com a Lei nº 9.868/1999. UFSC, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30081-30383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

<sup>34</sup> AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Manual de direito processual civil*: Teoria geral do processo e fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição. São Paulo: Saraiva: 2012. v. 1.

<sup>35</sup> BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*: Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2016.

<sup>36</sup> SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros. *Amicus curiae*: instituto controvertido e disseminado no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Esmafe*: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 16, dez. 2007. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27411/amicus\\_curiae\\_instituto\\_controvertido.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27411/amicus_curiae_instituto_controvertido.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

<sup>37</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 1.

<sup>38</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

### 3 As modificações implementadas pelo novo código de processo civil: figura do Amicus Curiae como um terceiro sujeito da relação processual

No Código de Processo Civil de 1973, o instituto do *amicus curiae*, de forma expressa, não encontrava previsão, apesar de alguns estudiosos apontarem dispositivos que, recentemente alterados, passaram a admitir a figura do *amicus* em situações específicas, a exemplo do art. 482, § 3º.

O Novo Código de Processo Civil traz grande inovação em relação ao tema, ao destinar dispositivo específico à regulamentação do Instituto, qual seja, o art. 138, que dispõe que:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Segundo Bueno, o legislador, no Novo Código de Processo Civil não se limita a tratar do *amicus curiae* como intervenção, “como no direito em vigor, aos casos repetidos ou perante os Tribunais Superiores ou, ainda, em situações muito específicas da legislação esparsa”. O que fez o legislador, na verdade, foi disciplinar o tema, suprimindo uma lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>39</sup>

Desta feita, na visão Bueno, no Novo Código o *amicus curiae* é “modalidade interventiva cuja finalidade é permitir que terceiro intervenha no processo para a defesa de ‘interesses institucionais’, tendentes a ser atingidos pela decisão”, de modo a viabilizar, com tal iniciativa, maior legitimidade da decisão proferida pelo Poder Judiciário, “inclusive perante aqueles que não têm legitimidade para intervir no processo de acordo com as modalidades tradicionais de intervenção”.<sup>40</sup>

Em relação à análise do *caput* do art. 138 do Novo Código de Processo Civil, extraem-se os pressupostos para a intervenção do *amicus curiae*, quais sejam, a relevância da matéria e a sua repercussão social.

Neves, por sua vez, vislumbra três condições alternativas para que seja terceiro admitido na condição de *amicus curiae* no processo, a saber: “a relevância da matéria, as especificidades do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”.<sup>41</sup>

A intervenção do *amicus curiae* pode se dar de ofício pelo magistrado, ou ser admitida a requerimento das partes ou do próprio interveniente, ou seja, daquele que pretende atuar no processo na condição de *amicus curiae*.

O *amicus curiae*, nos termos do art. 138, pode ser tanto a pessoa natural (operador do direito, cientista, médico etc.) quanto a pessoa jurídica, ou seja, órgão ou entidade especializada (instituto, associação civil etc.), conquanto esta tenha, como já dito alhures, a denominada representatividade adequada, a qual, na visão de Bueno, consiste na demonstração satisfatória das razões de sua intervenção, e de “que maneira o seu ‘interesse institucional’  $\frac{3}{4}$  que é o traço distintivo dessa modalidade interventiva, que não se confunde com o ‘interesse jurídico’ das demais modalidades interventivas  $\frac{3}{4}$  relaciona-se com o processo”.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>40</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>41</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

<sup>42</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

De acordo com Neves, para que a pessoa jurídica intervenha como *amicus curiae* no processo se faz necessário aferir a sua “credibilidade e tradição de atuação a respeito da matéria que se discute, enquanto a pessoa natural se espera que tenha reconhecido conhecimento técnico sobre a matéria”.<sup>43</sup>

Significa dizer, portanto, que, enquanto aos demais intervenientes compete demonstrar o interesse jurídico a justificar a sua intervenção no processo, na condição de assistente, por exemplo, àquele que pretende atuar como *amicus curiae*, por expressa determinação legal, compete demonstrar a sua representatividade e o interesse institucional.

É mister destacar, ainda, que por força do § 1º, do art. 138, do Novo Código de Processo Civil, a intervenção do *amicus curiae* não modifica a competência, tampouco autoriza a interposição de recurso, exceto a oposição de embargos de declaração ou, nos termos do § 3º, do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Nery e Nery Júnior enfatizam o fato de que ao reconhecer a legitimidade do *amicus curiae* para recorrer no incidente de demandas repetitivas, o legislador deu margem para reforçar o argumento de que, em tais situações, atua o *amicus* como terceiro interveniente, o que, também, tende a fomentar debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial.<sup>44</sup>

Ao analisar o disposto no § 2º do art. 138, porém, Bueno tece elogios, por entender que a determinação de que o juiz ou relator especifique os poderes do *amicus curiae* é a mais adequada, ou seja, cabe ao julgador a competência de estabelecer “as possibilidades e os limites de sua participação no processo”, determinação esta que “tem o condão de evitar as discussões sobre o papel que o *amicus curiae* pode ou não assumir”.<sup>45</sup>

Sobre a extensão dos poderes do *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil preleciona Marinoni:

Esses poderes variarão conforme a necessidade de esclarecimento do Judiciário e conforme a possibilidade de subsídios a serem prestados pelo terceiro. Essas faculdades podem limitar-se à apresentação de memoriais ou informações, mas também podem envolver prerrogativas bem mais amplas, como a participação em prova pericial, o oferecimento de sustentação oral ou ainda o aporte de outras provas.<sup>46</sup>

Marinoni destaca, porém, que, apesar da disposição inserta no Novo Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que “não obstante o inquestionável relevo de sua participação, como terceiro interveniente, no processo de fiscalização normativa abstrata”, o *amicus curiae* não dispõe de poderes processuais inerentes às partes, ou seja, poderes que “viabilizem o exercício de determinadas prerrogativas que se mostram unicamente acessíveis às próprias partes, como, p. ex., o poder que assiste ao autor [...] de recorrer”<sup>47</sup>.

De acordo com Machado Júnior, o legislador, no Novo Código de Processo Civil, fugiu a uma regra única e rígida quanto aos poderes do *amicus curiae*, deixando a cargo do julgador, quando da admissão ou solicitação de terceiro, a delimitação dos poderes, o que “se coaduna com a maior flexibilização do procedimento, visando a adequada e efetiva tutela jurisdicional, de acordo com as peculiaridades do caso concreto”, o que, também, se observa, no novel diploma, em relação aos poderes-deveres do juiz.<sup>48</sup>

<sup>43</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

<sup>44</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>45</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>48</sup> MACHADO JÚNIOR, Dário Ribeiro (Coord.). *Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



## 4 A aplicação do *Amicus Curiae* no ordenamento jurídico brasileiro

A sociedade brasileira foi construída com base em vários grupos sociais, distintas religiões, inúmeras etnias, incontáveis tipos culturais e diferentes maneiras de se analisar as artes, a cultura, as diversidades ideológicas, partidárias, associativas, dentre outras, o que ressalta a diversidade, também evidenciada no âmbito do Poder Judiciário.

Importa salientar, ainda, a existência de muitos tipos de informações e manifestações, provindas destes grupos que compõem o quadro social brasileiro, e todas essas formas de manifestações devem ser respeitadas para que a sociedade permaneça em equilíbrio.

A esse respeito são os ensinamentos de Amaral, para quem as “modificações ocorridas no âmbito social começam a refletir no Poder Judiciário, pois no momento em que existem inúmeras relações jurídicas semelhantes, inevitavelmente, as discussões jurídicas acerca dos objetos dessas relações” também são levadas à apreciação do Judiciário por meio de ações que, também, começam a se repetir. E o Poder Judiciário, para se adaptar a essa nova realidade, começa a buscar alternativas para lidar com as demandas repetitivas, até mesmo para evitar insegurança jurídica e decisões díspares para situações semelhantes.<sup>49</sup>

De acordo com Silva, o conceito de intérprete constitucional e sua extensão vem sendo repensado a partir do que se denomina pluralismo social, que nada mais é que o conjunto dessas diversidades que formam, conjuntamente, o quadro social.<sup>50</sup>

Cabral, ainda, destaca que a doutrina moderna, mormente a norte-americana e a alemã preconiza ser a hermenêutica constitucional um processo aberto, abrangendo toda a sociedade que é participante desse processo, já que todos os cidadãos são, na verdade, intérpretes da Constituição.<sup>51</sup>

Não se pode olvidar que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu preâmbulo, também fez a opção por um regime pluralista, já que assegura, como pontua Silva, valores de uma sociedade pluralista, que se compõe de categorias sociais, grupos sociais, econômicos, culturais etc., também plurais.<sup>52</sup>

Nesse cenário a intervenção do *amicus curiae* visa alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações dos Tribunais, que passará a ter o dever de apreciar e dar considerações às interpretações constitucionais emanadas dos mais diversos setores da sociedade.

Exatamente nesse contexto, se evidencia a perda da centralidade das codificações, como preleciona Grossi, que atribui tal fenômeno à necessidade de a ordem jurídica ter de se ajustar às demandas sociais, contribuindo para a aproximação de alguns institutos cunhados no sistema do *common law*.<sup>53</sup>

Comunga desse entendimento os ensinamentos de Crocetti e Drummond, os quais aduzem que a realidade contradiz a utopia de que a lei é clara e precisa ser, somente, declarada, razão pela qual, mesmo num sistema *civil law*, é necessário adequar a norma expressa no texto de lei ao caso concreto, exigindo uma “maior atividade criativa dos juizes de tradição *civil law* quando da aplicação do direito, que mesmo permanecendo em grande medida codificado, possui notórias aberturas interpretativas”.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> AMARAL, Felipe Marinho. Intervenção de terceiros nos incidentes de formação de precedentes, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 26, p. 74-94, 2014.

<sup>50</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>51</sup> CABRAL, Antônio do Passo. A intervenção do *Amicus Curiae*, um terceiro especial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, 2003.

<sup>52</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>53</sup> GROSSI, Paolo. Globalização, direito, ciência jurídica. Traduzido por Arno Dal Ri Júnior. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/442/191>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>54</sup> CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPODIVM, 2010.

Para Grossi, as Constituições também ganham destaques no direito de cada país, deixando de representar apenas um conjunto de princípios e valores que norteiam os operadores do direito, para assumir papel de norma vinculante em relação aos particulares e também ao Estado.<sup>55</sup>

Ainda segundo Grossi, em meio ao processo de globalização e convergência dos regimes, ou seja, da aproximação que se nota cada vez mais dos regimes de *common law* aos regimes de *civil law*, ressalta-se a necessidade de um direito ágil e pronto para solucionar novos problemas a cada dia, pois o universo jurídico cada vez mais se apoia na utilização de regras e princípios para impedir o que o autor denomina de “ossificação do direito”.<sup>56</sup>

Logo, inexistente incoerência em aproveitar, em países de tradição romano-germânica, como o Brasil, preceitos do *common law*, sobretudo em meio a tantas inovações judiciais, ganhando relevo não apenas institutos como *amicus curiae*, mas o sistema de precedentes.

De acordo com Cruz e Tucci, o “precedente é uma realidade em sistemas jurídicos histórica e estruturalmente heterogêneos, e que apresenta características próprias em diferentes legislações”.<sup>57</sup>

Semelhante são os ensinamentos de Didier Júnior, Braga e Oliveira, os quais defendem que “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. É, pois, a decisão extraída de um caso particular, cuja essência legal pode orientar ou mesmo vincular decisões posteriores.<sup>58</sup>

Streck, por sua vez, destaca que “precedente é um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou tribunal” e, justamente por ser um caso, a regra dele extraída não pode ser dele desvinculada, afinal, o texto deve ser compreendido dentro da situação fática concreta da qual é fruto.<sup>59</sup>

Por isso os precedentes não são fórmulas abstratas e genéricas, pois estão intimamente relacionadas aos casos concretos que os originaram, razão pela qual sua análise e aplicação clamam a comparação entre os fatos do caso originário e do que se pretende utilizar o precedente, identificando as semelhanças.

Anote-se que o estudo dos precedentes e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro consiste em uma análise acerca da “eficácia” e “autoridade” que o legislador vem garantindo ao precedente judicial, levando em consideração que há, hodiernamente, inúmeros exemplos da interferência e influência da doutrina de precedentes, que ganham crescente espaço e prestígio.

Outro ponto a ser destacado diz respeito ao sistema jurídico brasileiro adotar a lei como fonte primária do direito, embora o ordenamento jurídico já tenha experimentado, em sua origem, manifestações do *stare decisis*, e, frequentemente, tenta incluir essa prática que é contrária à sua base original, fundada no direito romano-germânico.

Anote-se que, segundo Amaral, a Teoria do *Stare Decisis*, “na qual o precedente judicial, sobretudo aquele emanado de Corte Superior, é dotado de eficácia vinculante”, é característica dos sistemas de *common law*.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> GROSSI, Paolo. Globalização, direito, ciência jurídica. Traduzido por Arno Dal Ri Júnior. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/442/191>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>56</sup> GROSSI, Paolo. Globalização, direito, ciência jurídica. Traduzido por Arno Dal Ri Júnior. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/442/191>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>57</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>58</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sabino; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 2.

<sup>59</sup> STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 78, p. 385-319, maio/jun. 2009.

<sup>60</sup> AMARAL, Felipe Marinho. Intervenção de terceiros nos incidentes de formação de precedentes, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 26, p. 74-94, 2014.

Não obstante, à guisa de exemplo, há de se reconhecer a força vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, ou seja, as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade têm efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e eficácia contra todos, não se fazendo necessárias reiteradas decisões, pois basta que a Corte se pronuncie uma única vez para produzir efeitos *erga omnes*.

Desta feita, a figura do *amicus curiae* ganha ainda mais relevância nas discussões que versem sobre controle de constitucionalidade, e o mesmo pode-se dizer de debates nos quais se reconheça a repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pois, decerto, as decisões proferidas pela Corte tendem a influir outras decisões.

Ademais, os precedentes podem orientar a solução de controversas envolvendo questões afetas ao instituto, a exemplo da discussão acerca da possibilidade de manifestação oral do *amicus curiae*.

Segundo Amaral, o “estudo do precedente judicial vem ganhando importância no ordenamento brasileiro diante da multiplicação das relações de massa, nas quais se discutem relações jurídicas semelhantes”, assim como também ganha relevo ante as reformas realizadas pelo “legislador no sentido de criar procedimentos para fixação de teses perante os Tribunais”.<sup>61</sup>

Didier Júnior, Braga e Oliveira, ao dissertarem sobre o precedente judicial, chama a atenção para o fato de que é “preciso ampliar as possibilidades de intervenção do *amicus curiae*; é preciso redefinir o que se entende por interesse recursal, reconhecendo-se também a sua existência para a definição do precedente”, mesmo que não signifique a discussão da norma em sentido abstrato, ou seja, que tal discussão se dê a partir de casos concretos, pois é de suma importância, no entender dos autores, repensar as formas de intervenção de terceiros no direito pátrio, como instrumento na formação do precedente, “interesse jurídico reflexo na criação de um precedente que afetará um grupo de pessoas”.<sup>62</sup>

Isso se deve porque, como alerta Amaral, no Brasil “não existe uma intervenção típica para procedimentos que fixam precedentes vinculantes ou persuasivos”, ou seja, cada modalidade de intervenção de terceiro, dentre elas o *amicus curiae*, goza de características próprias.<sup>63</sup>

Também Bueno defende que “a prévia oitiva da sociedade organizada e do próprio Estado, em suas diversas órbitas de interesse, para fixar da melhor maneira possível, [...] o conteúdo do ‘precedente jurisdicional’”, não pode ser ignorada, pois o que os Tribunais decidem, na atualidade, vincula procedimentalmente, e não raras vezes até mesmo quanto ao conteúdo, o que se decidirá futuramente.

Acrescenta o autor que é uma “tendência inegável das alterações que, há mais de quinze anos, vêm sendo feitas no processo civil brasileiro”, motivo pelo qual a atuação do *amicus curiae* é de suma relevância na defesa dos interesses institucionais não apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mas em outros Tribunais.<sup>64</sup>

Por fim, Amaral ainda observa que, por força de precedentes, algumas situações nas quais não há previsão expressa no ordenamento jurídico para a intervenção do *amicus curiae*, ou mesmo situações controvertidas, em que a doutrina diverge sobre a natureza da intervenção de terceiro, se consolidaram nos Tribunais, estabelecendo a “intervenção desse auxiliar do juízo em incidentes que formam precedentes”, permitindo o aprimoramento das decisões vinculantes e persuasivas.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> AMARAL, Felipe Marinho. Intervenção de terceiros nos incidentes de formação de precedentes, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 26, p. 74-94, 2014.

<sup>62</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sabino; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 2.

<sup>63</sup> AMARAL, Felipe Marinho. Intervenção de terceiros nos incidentes de formação de precedentes, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 26, p. 74-94, 2014.

<sup>64</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. *Revista Nacional da Magistratura*, Brasília, ano 2, n. 05, p. 132-138, maio 2008.

<sup>65</sup> AMARAL, Felipe Marinho. Intervenção de terceiros nos incidentes de formação de precedentes, *Revista da Faculdade de Direito*

#### 4.1 O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

No ordenamento jurídico brasileiro, mesmo recente a admissão pelo Supremo Tribunal Federal do instituto *amicus curiae*, que ganhou relevância a partir do advento da Lei nº 9.868/19, versando sobre as ações de controle abstrato de constitucionalidade, tem-se que o Supremo Tribunal Federal exerce papel importante na consolidação e desenvolvimento do instituto.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade, em diversas ocasiões, de sublinhar o propósito teleológico da norma inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999. Vale destacar, por seu conteúdo expressivo, a decisão proferida pela Suprema Corte nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.130-3/SC, ao admitir, na qualidade de *amicus curiae*, a Associação dos Magistrados Catarinenses (AMC), em demanda direta de inconstitucionalidade na qual se discutia a legitimidade jurídico-constitucional de resolução administrativa do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

O Ministro Relator Celso de Mello, ao abordar especificamente a intervenção do *amicus curiae*, de forma enfática, destacou:

A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo, de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.

Em outro momento, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772, que questionava a constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 11.301/2006, ao argumento de restou “ampliado indevidamente a abrangência da expressão ‘funções do magistério’, para efeitos de recebimento de aposentadoria especial tanto pelo regime próprio [...] quanto pelo regime geral de previdência”, o STF conferiu a legitimidade democrática do instituto do *amicus curiae*, pois segundo Corrêa e Vieira, o referido dispositivo de lei incluiu no rol dos segurados que fazem jus à aposentadoria especial os professores e especialistas que exercem atividades de direção, coordenação e assessoramento pedagógico.<sup>66</sup>

Na ação em comento foram admitidos como *amicus curiae* dezesseis entidades, “na maioria sindicatos de profissionais da educação, além da Associação Brasileira de Instituições de Previdência Estaduais e Municipais (ABIPEM) e o Distrito Federal”. Corrêa e Vieira, destaca que todos os sindicatos profissionais argumentavam a favor da constitucionalidade da lei, enquanto os demais intervenientes defendiam a sua inconstitucionalidade, apoiando, assim, os argumentos o Procurador Geral da República.<sup>67</sup>

Convém esclarecer que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi quanto à constitucionalidade da lei, por entender que as funções de magistério não se restringem ao trabalho em sala de aula, alcançando, por conseguinte, as atividades de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, desde que exercidas por profissionais de carreira.

Com efeito, evidencia-se que o propósito do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999, ao enquadrar o *amicus curiae* no ordenamento processual constitucional é claramente o de pluralizar o debate constitucional e ho-

da UERJ, v. 2, n. 26, p. 74-94, 2014.

<sup>66</sup> CORRÊA, Letícia França; VIEIRA, José Ribas. A figura do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal. *Revista PUC Rio*, 2012. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/Pibic/relatorio\\_resumo2012/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/JUR-Let%3%ADcia%20Fran%3%A7a%20Corr%3%AAa.pdf](http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/Pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Let%3%ADcia%20Fran%3%A7a%20Corr%3%AAa.pdf)>. Acesso em: 23 mar. 2016.

<sup>67</sup> CORRÊA, Letícia França; VIEIRA, José Ribas. A figura do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal. *Revista PUC Rio*, 2012. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/Pibic/relatorio\\_resumo2012/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/JUR-Let%3%ADcia%20Fran%3%A7a%20Corr%3%AAa.pdf](http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/Pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Let%3%ADcia%20Fran%3%A7a%20Corr%3%AAa.pdf)>. Acesso em: 23 mar. 2016.



menagear o pluralismo político, previsto na Constituição da República de 1988, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que julgar relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo são destinatários diretos da decisão proferida.

Anote-se, ainda, várias são as situações em que se levou à apreciação da Corte pedidos de admissão do *amicus curiae* ou efetivamente se deu tal intervenção, sendo muitas as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Entretanto, o que se pretende nesse momento, não é esgotar a análise das decisões, dada a sua complexidade, mas demonstrar como pode o *amicus curiae* efetivamente contribuir para decisões mais democráticas, ao mesmo tempo em que contribui para o desenvolvimento da justiça.

Isso se deve porque alguns desses julgamentos, que contam com a intervenção de *amicus curiae*, acabam por moldar o entendimento dos Tribunais acerca de temas relevantes e controversos, alguns não previstos em lei, o que dá ainda maior notoriedade às questões, principalmente porque imprimem à sociedade a importância de sua admissão no ordenamento jurídico brasileiro.

Apenas a título de exemplo, tem-se, ainda, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF), proposta em 17 de junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), na qual arguia-se descumprimento de preceito fundamental ao se proibir o aborto de crianças anencéfalas. No caso em testilha, ao contrário dos supracitados, a figura do *amicus curiae* não foi admitida, a despeito da relevância social do tema e dos vários pedidos de intervenção.

A discussão ganhou evidência no país, amplamente difundida pelos meios de comunicação, envolvendo diversos segmentos da sociedade, dividindo opiniões de operadores do direito, profissionais da saúde, médicos, entidades religiosas, entidades defensoras dos direitos da mulher, entre outros.

Naquela oportunidade, dentre outras tantas entidades, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), requereu sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*.

O Ministro Marco Aurélio, então relator da matéria, acabou por negar-lhe a intervenção, nos seguintes termos:

ACÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO - IMPROPRIEDADE. 1. Eis as informações prestadas pela Assessoria: A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como *amicus curiae*, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias. 2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal. 3. Indefiro o pedido.<sup>68</sup>Em relação à decisão que negou a intervenção da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, houve pedido de reconsideração e, posteriormente, interposição de agravo regimental, pleitos estes, também, negados, nos seguintes termos:

[...] na própria decisão agravada, restou esclarecido que o ato do relator mediante o qual admite, ou não, a intervenção, não é passível de impugnação na via recursal - artigo 7º, § 2º, da lei nº 9868/99. 3 - Ante o quadro, nego seguimento ao agravo, cuja peça deverá ser devolvida à agravante.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF*, Relator Ministro Marco Aurélio, julg. 31/07/2008, publ. 14/08/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+54.NUME.%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9mcp-fe>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF*, Relator Ministro Marco Aurélio, julg. 31/07/2008, publ. 14/08/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>.

Percebe-se que Relator, Ministro Marco Aurélio, manteve o seu entendimento e deixou de admitir como *amicus curiae* a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), destacando a irrecorribilidade da decisão que deixa de admitir, ou seja, a impossibilidade de impugnação pela via recursal.

Não é demais salientar, nesse ponto, que a Lei nº 9.868/1999 é imprecisa quanto aos critérios a serem adotados para a admissão do *amicus curiae*, ficando a cargo do Relator dirimir muitas questões, a exemplo da própria relevância da participação do órgão ou entidade em relação à matéria discutida, o que reveste de grande subjetivismo as decisões proferidas, ponto-alvo de críticas no ordenamento jurídico brasileiro.

Retornando à análise da ADPF nº 54, é mister destacar que a decisão que deixou de admitir a intervenção da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil não se pautou, apenas, no fato de se tratar de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, mas por entender o relator que a referida Confederação não teria informativos necessário a uma melhor elucidação da causa, acabando por tumultuar o processo.

Semelhante desfecho teve a pretensão da Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, que também pleiteou a intervenção como *amicus curiae* nos autos da ADPF nº 54, bem como a Associação do Desenvolvimento da Família, que não foram admitidas por entender o Relator que tais entidades não apresentariam informações a justificar sua intervenção nos autos.

Cumpra salientar que o Ministro Relator, apesar de negar a intervenção da Confederação e das associações supracitadas como *amicus curiae*, não deixou de reconhecer a relevância do tema em debate, para a sociedade civil. Propôs, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, a realização de audiência pública para discutir a matéria. E assim fundamentou a sua decisão:

[...] a matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. A repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimentos diversos, atuando a própria sociedade. Daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999:

Art. 6º: § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católica pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP.<sup>70</sup>

Importa registrar que, apesar de adotar tal procedimento, em virtude da relevância da matéria, o Ministro Marco Aurélio enfatizou em sua decisão a necessidade de observância aos princípios da economia e celeridade processuais, clamando pelo direcionamento máximo da eficácia da lei, o que poderia ser comprometido com a intervenção de várias entidades na condição de *amicus curiae*, ou a pretensão de intervenção acabasse por tumultuar a relação processual.

asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+54.NUME.%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9mcpfe>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF*, Relator Ministro Marco Aurélio, julg. 31/07/2008, publ. 14/08/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+54.NUME.%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9mcpfe>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

Outro caso de repercussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.105 e nº 3.128, propostas contra a parte da reforma da Previdência que instituiu a contribuição de inativos e pensionistas, por força da Emenda Constitucional nº 41/2003.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade supracitadas foram interpostas, respectivamente, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), e pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR).

Nas ações em comento, uma série de *amicus curiae* foram admitidos pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo da Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (FENAFISP); o Sindicato dos Policiais Cíveis de Londrina e Região (SINDIPOL); a Associação Nacional dos Advogados da União e dos Advogados das Entidades Federais (ANAJUR); o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior (Andes); e a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (ANFIP); Federação Nacional dos Sindicatos dos Trabalhadores do Judiciário Federal e do Ministério Público da União (FENAJUFE); pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal (Unafisco Sindical); e, ainda, o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal (SINDIJUS/DF).

Peculiaridade do caso sob enfoque foi o fato de que, diante dos inúmeros pedidos de intervenção de *amicus curiae*, restou assentado que apenas dois procuradores representariam as demais entidades quando da sustentação oral em Plenário, de modo a assegurar maior agilidade no julgamento.

O Supremo Tribunal Federal, após meses de intensos debates, por sete votos a quatro, considerou constitucional a cobrança de inativos e pensionistas estatuída no art. 4º da Emenda Constitucional 41/2003, fixando em R\$ 2.400 o teto para incidência da contribuição.

Outro caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, envolvendo também a figura do *amicus curiae*, remete ao julgamento de *Habeas Corpus* nº 82.424, impetrado pelo editor Siegfried Ellwanger, condenado pelo crime de racismo.

O paciente alegava ter sido condenado por crime de preconceito, e não de racismo, ao argumento de que esse último delito não teria conotação racial.

O Ministro Relator do processo, Moreira Alves, permitiu a sustentação oral por parte do *amicus curiae*, inovando em relação à matéria, já que prevalecia o entendimento de que apenas competia ao *amicus curiae* juntar aos autos manifestação escrita.

O Supremo Tribunal Federal acabou por confirmar, em setembro de 2003, por 8 votos a 3, a condenação de Siegfried Ellwanger, pelo crime da prática de racismo.

No caso em referência, a peculiaridade é a admissão do *amicus curiae* em sede de *habeas corpus*, que não tem previsão legal para a tal intervenção, demonstrando, a um só tempo, a relevância do instituto e a divergência de entendimentos no âmbito do Supremo Tribunal, principalmente se comparado ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que versou sobre tema de inquestionável relevância social.

Recentemente, o ministro Edson Fachin, na ADI 5.543, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro acolheu a participação da Defensoria Pública da União (DPU) como *amicus curiae*, que discute discriminação contra homossexuais masculinos em portaria do Ministério da Saúde que regulamenta a doação de sangue. A DPU tem atuado nessa questão desde janeiro de 2016, quando expediu recomendação ao ministério para reformulação da norma.

O relator da ADI 5.543 também permitiu participações da Defensoria Pública do Estado da Bahia, que atuou com a DPU na recomendação para abolir as restrições à doação de sangue por homossexuais; da Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas (ABRAFH); e do Grupo de Advogados pela Diversidade

Sexual e de Gênero (GADvS); Núcleo de prática Jurídica da UFPR “[...] tem como missão contribuir com o diálogo dos direitos fundamentais, estimulando nos alunos, professores e pesquisadores a reflexão sobre os valores mais importantes do Estado Democrático de Direito” (eDOC 177, p. 2). De acordo com Fachin, “suas colaborações no feito têm a possibilidade de enriquecer o debate e assim auxiliar a Corte na formação de sua convicção, encerrando moldura coerente com a figura jurídica do *amicus curiae*”.

O Ministro acolheu os fundamentos apresentados pelo defensor público federal Gustavo Zortéa, integrante da Assessoria de Atuação no STF, autor da petição, reconhecendo a representatividade adequada da DPU. De acordo com o documento, a legitimidade da DPU se ampara nas suas funções institucionais, na habilitação para discutir o tema no âmbito do Poder Executivo e como decorrência da atuação do Grupo de Trabalho Identidade de Gênero e Cidadania LGBTI.

Em despacho publicado no processo eletrônico da ADI 5543, o ministro Fachin assevera que “o *amicus curiae* revela-se como importante instrumento de abertura do STF à participação na atividade de interpretação e aplicação da Constituição, o que é especialmente marcante nos processos de feição objetiva”.

Malgrado as consequências, não há como negar a relevância social do instituto, o avanço das decisões proferidas na mais alta Corte do país ao longo dos últimos anos, buscando soluções mais eficazes e maior racionalização na prestação jurisdicional, embora seja inegável a necessidade de amadurecimento no que tange à aplicabilidade do instituto.

É clara, portanto, a reflexão quanto ao processo judicial, de modo a assegurar que os direitos do cidadão sejam amplamente assegurados, o que dá lugar a um processo cada vez mais democrático, cujo desdobramento são decisões mais justas e em consonância com os anseios da sociedade diversificada.

## 5 Considerações finais

Buscou-se, ao longo do presente estudo, compreender as peculiaridades do *amicus curiae* no ordenamento jurídico e a sua contribuição para decisões mais democráticas.

Imperioso ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro o *amicus curiae* ganhou relevância a partir do advento da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que, de forma expressa, prevê a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* em ações de controle abstrato de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, já que em tais ações não se concebe a clássica intervenção de terceiros. Logo, viabilizar a intervenção do *amicus curiae* é meio de assegurar a maior legitimação das decisões proferidas pela mais alta Corte do país.

Decerto, o *amicus curiae*, quando intervém em um processo, não o faz defendendo interesses próprios, mas sim um interesse institucional, o que justifica a sua admissão somente quando presentes a representatividade adequada e a relevância da matéria questionada, pois o “amigo da corte”, apesar das críticas à tradução livre, busca colaborar disponibilizando elementos informativos e necessários ao julgador, auxiliando na resolução da controvérsia instaurada.

Em uma sociedade plural como a nossa, tal medida permite que indivíduos e grupos sociais participem, efetivamente, das discussões que, não raras vezes, mudam o curso do país, permeando a efetivação das Políticas Públicas. Por isso a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil à sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio, levando-se em conta a magnitude dos efeitos da decisão nos setores diretamente afetados e para a sociedade como um todo.



## Referências

- AGUIAR, Antônio Carlos. As Centrais Sindicais na qualidade de *amicus curiae*. *Revista LTR*, Legislação do Trabalho, ano 68, n. 2, fev. 2004.
- AMARAL, Felipe Marinho. Intervenção de terceiros nos incidentes de formação de precedentes, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 26, p. 74-94, 2014.
- AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Manual de direito processual civil: Teoria geral do processo e fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva: 2012. v. 1
- BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF*, Relator Ministro Marco Aurélio, julg. 31/07/2008, publ. 14/08/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+54.NUME.%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9mcpfe>>. Acesso em: 16 mar. 2016
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BUENO, Cássio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. *Revista Nacional da Magistratura*, Brasília, ano 2, n. 05, p. 132-138, maio 2008.
- CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares: O *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 117, 2004.
- CORRÊA, Leticia França; VIEIRA, José Ribas. A figura do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal. *Revista PUC Rio*, 2012. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/Pibic/relatorio\\_resumo2012/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/JUR-Let%C3%ADcia%20Fran%C3%A7a%20Corr%C3%AAa.pdf](http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/Pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Let%C3%ADcia%20Fran%C3%A7a%20Corr%C3%AAa.pdf)>. Acesso em: 23 mar. 2016.
- CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPODIVM, 2010.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 1.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sabino; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 2.
- GORDILHO, Fernanda de Souza. *Amicus curiae: um terceiro especial*. UNIFACS, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/887>>. Acesso em: 12 mar. 2016.
- GROSSI, Paolo. Globalização, direito, ciência jurídica. Traduzido por Arno Dal Ri Júnior. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/442/191>>. Acesso em: 15 mar. 2016.
- MACHADO JÚNIOR, Dário Ribeiro (Coord.). *Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAGALHÃES, Rafael Geovani da Silva. *Amicus curiae: a origem histórica, natureza jurídica e procedimento de acordo com a Lei nº 9.868/1999*. UFSC, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30081-30383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Amicus curiae: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais*. *Revista AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul, v. 32, n. 99, 2005.

ROCHA, Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcanti da. *O instituto do amicus curiae no controle de constitucionalidade brasileiro: uma abordagem à luz da efetividade do princípio do acesso à justiça*. 2008. 154f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros. *Amicus curiae: instituto controvertido e disseminado no ordenamento jurídico brasileiro*. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 16, dez. 2007. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27411/amicus\\_curiae\\_instituto\\_controvertido.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27411/amicus_curiae_instituto_controvertido.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”?* *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 78, p. 385-319, maio/jun. 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A isonomia tributária como limite à tributação e à concessão de isenções fiscais, e a inefetividade do controle jurisdicional dessas isenções**

**The tax isonomy as a limit to taxation and the granting of tax exemptions and the ineffectiveness of the jurisdictional control of these exemptions**

Paulo Alves da Silva Paiva

Alexandre Augusto Batista de Lima



# A isonomia tributária como limite à tributação e à concessão de isenções fiscais, e a inefetividade do controle jurisdicional dessas isenções\*

## The tax isonomy as a limit to taxation and the granting of tax exemptions and the ineffectiveness of the jurisdictional control of these exemptions

Paulo Alves da Silva Paiva\*\*

Alexandre Augusto Batista de Lima\*\*\*

### Resumo

No Brasil, muitas isenções são concedidas de forma arbitrária e injusta, não havendo controle jurisdicional efetivo que as retire da ordem jurídica quando violam os princípios constitucionais da igualdade tributária e da capacidade contributiva e a livre concorrência. Entre as causas da inefetividade desse controle estão: a exigência legal de interpretação literal para a outorga de isenções; a discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo para criar isenções, especialmente as extrafiscais; o Princípio da Separação de Poderes; e, ainda, a tese do legislador negativo, segundo a qual não pode o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, ampliando hipóteses legais de isenção. Trata-se de pesquisa bibliográfica e análise da jurisprudência, com foco na doutrina brasileira e em manifestações judiciais que evidenciam falhas no controle jurisdicional das isenções. A respeito da análise da questão, conclui-se que o Princípio da Isonomia não autoriza discriminações arbitrárias e odiosas. Ademais, cabe ao controle jurisdicional manter as desonerações dentro dos limites constitucionais, afastando excessos e omissões que privem dos benefícios os contribuintes que estejam em situação equivalente, pois a ausência de controle jurisdicional efetivo impede o aprimoramento das desonerações.

**Palavras-chave:** Isonomia Tributária. Competência Tributária. Isenção Fiscal. Controle Jurisdicional.

### Abstract

In Brazil, many exemptions are granted arbitrarily and unfairly, and there is no effective judicial control that removes them from the legal system when they violate the constitutional principles of tax equality and taxpayer capacity and free competition. Among the causes of ineffectiveness of this control are: the legal condition of literal interpretation in the grant exemptions: the discretion of the Executive and Legislative Powers to create exemptions,

\* Recebido em 20/06/2018  
Aprovado em 24/08/2018

\*\* Doutorando Interinstitucional em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Centro Universitário UNINOVAFAPI. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Especialista em Teoria Geral e Filosofia do Direito (PUC/MG) e em Direito Público (CEUT). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário UNINOVAFAPI. Procurador da Fazenda Nacional. Membro dos Grupos de Estudos de Direito Público (UNINOVAFAPI) e de Direito Constitucional: Direito e Religião (UniCEUB). E-mail: papai-va@uninovafapi.edu.br

\*\*\* Doutorando Interinstitucional em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Centro Universitário UNINOVAFAPI. Mestre em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Especialista em Direito Tributário pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina (CEUT). Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Professor do curso de Direito do Centro Universitário da Faculdade de Saúde, Ciências Humanas e Tecnológicas do Piauí (UNINOVAFAPI) e do Instituto Camillo Filho (ICF). Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo e Tributário (GEPDAT). E-mail: alexandrelima@uninovafapi.edu.br



especially extra fiscal; the principle of separation of powers; and also, the thesis of the negative legislator, according to which the Judiciary cannot act as a positive legislator, expanding legal hypotheses of exemption. It is a bibliographical research and analysis of jurisprudence, focusing on Brazilian doctrine and judicial manifestations that show failures in the jurisdictional control of exemptions. From the analysis of the question, it is concluded that the principle of isonomy does not authorize arbitrary and odious discrimination. In addition, it is up to the jurisdictional control to maintain the release within the constitutional limits, removing excesses and omissions that deprive of the benefits the taxpayers that are in an equivalent situation, therefore, the absence of effective jurisdictional control prevents the improvement of these exemptions.

**Keywords:** Taxonomy. Tax Jurisdiction. Tax Exemption. Jurisdictional Control.

## 1 Introdução

O presente artigo versa sobre a isonomia tributária como limite ao poder de conceder isenções fiscais, com destaque para a inefetividade do controle jurisdicional dessas isenções no ordenamento jurídico brasileiro. A isenção fiscal é instituto multidisciplinar, com interesse nas disciplinas jurídicas de Direito Tributário, Financeiro, Econômico e Constitucional.

Ao Direito Tributário interessa definir a natureza, as características e os critérios interpretativos aplicáveis às isenções. No campo do Direito Financeiro, as isenções são tratadas sob a perspectiva da renúncia de receita, pois configuram importante gasto tributário, repercutindo diretamente no equilíbrio das contas públicas.

No Direito Econômico, as isenções fiscais, quando manejadas de forma inadequada, violam o Princípio da Livre Concorrência e causam indesejáveis distorções no mercado. No universo do Direito Constitucional tem-se importante discussão sobre a inefetividade do controle jurisdicional dessas desonerações fiscais. A Constituição Federal delinea as finalidades e indica os valores que hão de guiar a concessão de isenções, estabelecendo as limitações ao poder de isentar, materializadas pelos princípios constitucionais, notadamente o Princípio da Isonomia Tributária.

Para os fins da presente pesquisa, a inefetividade do controle jurisdicional das isenções decorre do fato de o Poder Judiciário não enfrentar o mérito de supostas violações ao Princípio da Isonomia Tributária, apegando-se ao critério da interpretação literal, ao caráter discricionário das isenções, ao Princípio da Separação de Poderes e à tese do legislador negativo.

Pode a concessão de isenções fiscais, dado seu caráter discricionário, ignorar o Princípio da Isonomia Tributária? Diante da violação da isonomia tributária pelos entes tributantes, há no Brasil um controle jurisdicional efetivo, capaz de restabelecer a ordem jurídica, expurgando dela tais isenções ou tornando-as isonômicas, mediante a extensão de seus efeitos?

O objetivo deste estudo é analisar o Princípio da Isonomia Tributária como limite à tributação e à concessão de isenções fiscais, bem como demonstrar a inefetividade de controle jurisdicional brasileiro no tocante às isenções fiscais que violam a igualdade, identificando as causas e consequências desse fenômeno.

A importância do tema reside no fato de trazer à discussão a ideia de justiça na imposição tributária, um valor muito caro à civilização. Ao longo da história, as imposições tributárias desacompanhadas de justiça fiscal e de tratamento equânime foram o estopim para revoltas e revoluções, como a Revolução Francesa de 1789, e, nesse mesmo ano, a Inconfidência Mineira.

Uma das premissas básicas de qualquer imposição é a generalidade da tributação, a qual atribui sacrifícios equitativos e proporcionais aos contribuintes, respeitando o Princípio da Isonomia e a capacidade econômica dos contribuintes. Estes devem ser tratados igualmente quando em situação equivalente e, a contrário sensu, devem ser tratados de forma diferenciada quando não se encontram em situação equivalente.

No estudo, pretende-se realizar uma revisão de literatura mediante pesquisa bibliográfica e análise da jurisprudência, com foco na doutrina brasileira e em manifestações judiciais que demonstram a inefetividade do controle jurisdicional das isenções frente às alegações de supostas violações da isonomia tributária. Analisam-se, ainda, as causas indesejáveis que a inefetividade do controle jurisdicional acarreta. Não se tem a pretensão de construir um modelo teórico que resolva cabalmente o problema da inefetividade do controle jurisdicional. Todavia, ao longo da discussão, são apontados caminhos que poderão minimizar alguns dos malefícios do modelo atual.

O artigo está estruturado em três tópicos. No primeiro, analisa-se o instituto da isenção fiscal, destacando suas concepções tradicional e moderna e suas principais características e finalidades. No segundo tópico, são contemplados os limites constitucionais ao exercício da competência tributária e à concessão de isenções fiscais, os quais se mostram inerentes e inseparáveis. No terceiro tópico, procura-se demonstrar a inefetividade do controle jurisdicional das isenções fiscais frente aos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, destacando as causas e as eventuais consequências que esse fato pode acarretar.

## 2 Conceito e Finalidades da Isenção Fiscal

### 2.1 Isenção fiscal segundo a concepção tradicional

A natureza jurídica das isenções fiscais não é tema pacífico na doutrina brasileira, pois duas concepções doutrinárias se contrapõem em torno da questão: a doutrina tradicional e a doutrina moderna.

A doutrina tradicional define isenção como dispensa legal do pagamento do tributo devido, distinguindo-a da não incidência, que constitui o conjunto dos, tampouco obsta o nascimento da obrigação tributária, mas apenas fatos não alcançados pelas regras de tributação. Para a corrente tradicional, a isenção não afasta a incidência tributária, não impede a ocorrência do fato gerador exclui o crédito tributário, tornando desnecessária sua constituição mediante a atividade administrativa de lançamento.<sup>1</sup>

O anteprojeto de Código Tributário Nacional de Rubens Gomes de Sousa, nos artigos 220 e 221, definia isenção como “dispensa legal do pagamento de um tributo devido”. Nas palavras desse jurista, “a isenção, sendo uma dispensa do pagamento, pressupõe, com efeito, a incidência, ou seja, a existência da obrigação tributária substantiva”.<sup>2</sup>

Segundo a concepção tradicional, há uma verdadeira antinomia entre não incidência (da mesma forma que a imunidade) e isenção, pois, enquanto na não incidência e na imunidade falta a competência impositiva para tributar determinada situação e instaurar a obrigação tributária, “na isenção há qualquer coisa a mais, além do fato gerador, pois este último ocorre, mas uma outra circunstância neutraliza a sua eficácia, por isso que torna inexigível o débito”.<sup>3</sup>

Nessa mesma linha, Bernardo Ribeiro Moraes entende que a isenção constitui um fenômeno que não afasta a incidência, mas, na verdade, a pressupõe:

a isenção tributária consiste num favor concedido por lei, no sentido de dispensar o contribuinte do pagamento do imposto. Há a concretização do fato gerador do tributo, sendo este devido, mas a lei

<sup>1</sup> Nos termos do art. 142, do CTN, entende-se por lançamento “o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”. (BRASIL. *Lei nº 5.172*. Código Tributário Nacional, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2018.

<sup>2</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial de Código Tributário Nacional (1954)*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/511517>>. Acesso em 17 ago. 2018.

<sup>3</sup> FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 67.

dispensa o seu pagamento. É o benefício fiscal da dispensa do pagamento de um tributo devido. Implica a isenção, sempre, na incidência do tributo, pois somente se pode dispensar o pagamento de um imposto realmente devido. A isenção não transforma o fato gerador em fato não impositivo. Na isenção há a incidência do tributo, sendo seu pagamento dispensado pela lei.<sup>4</sup>

A jurisprudência brasileira encontra-se alinhada e majoritariamente comprometida com essa concepção de isenção apresentada pela teoria tradicional, consolidada ao tempo da edição do Código Tributário Nacional.

## 2.2 Isenção fiscal segundo a concepção moderna

A doutrina moderna, de formulação mais recente, refuta o ensinamento clássico que coloca a isenção dentro do campo da incidência. Embora unânimes quanto à rejeição da teoria tradicional, não há, na doutrina moderna, um conceito único de isenção fiscal, muito embora haja certa aproximação entre as diversas vertentes da teoria moderna, pois todas compreendem a isenção como hipótese de não incidência legalmente qualificada, seja pela presença de um fato impeditivo ou ainda pela existência de uma regra isentiva que mutila a regra de incidência.

Essas facetas da corrente moderna foram desdobradas por Paulo de Barros Carvalho em três modalidades, a saber: (i) hipótese de não-incidência legalmente qualificada; (ii) fato impeditivo da incidência; e (iii) regra de mutilação da norma de incidência.<sup>5</sup>

Ao rebater os argumentos da doutrina tradicional<sup>6</sup>, Augusto Becker desconstrói toda a sua lógica ao afirmar que essa concepção somente tem sentido no plano pré-jurídico de formulação da política fiscal, quando o legislador raciocina para criar a regra jurídica de isenção, mas não existe lógica se for considerada no plano jurídico da incidência.<sup>7</sup>

No Brasil, coube a Souto Maior Borges aprofundar os estudos de Augusto Becker a respeito da isenção tributária, tendo apresentado nova roupagem doutrinária para o instituto e defendido a necessidade de sua aproximação com o fenômeno da incidência jurídica. Esse autor alerta que, “no campo do direito tributário, poucos assuntos foram tratados com tanta superficialidade teórica como o da incidência. Esta superficialidade é responsável pelos erros em que incorreu a análise das isenções”.<sup>8</sup>

As duas correntes doutrinárias — tradicional e moderna — estruturam-se, respectivamente, nas visões unitária e dualista de tributo. Para a visão dualista, o tributo é concebido, no plano normativo abstrato, como conjunto e resultado de dois fatores: o fato gerador e a tributabilidade. Admitem-se, pois, fatos típicos dotados de tributabilidade e fatos não dotados de tributabilidade, sendo estes os que correspondem à isenção. Por outro lado, os adeptos da visão unitária do tributo, diante da existência de uma norma isencional, não admitem a ocorrência do fato gerador, pois, em tais casos, inexistente relação jurídico-tributária.<sup>9</sup>

Alinhando-se à teoria moderna, Paulo de Barros Carvalho qualifica a isenção como regra de mutilação da norma de incidência. Para ele, a regra-matriz de incidência tributária se desdobra nos elementos antecedentes (critérios material, espacial e temporal) e consequentes (critérios pessoal e quantitativo). A norma de isenção subtrai uma parcela do campo de abrangência de algum dos elementos que integram a norma jurídica de tributação.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito tributário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1. p. 673.

<sup>5</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 317-318.

<sup>6</sup> Segundo a doutrina tradicional, a isenção constitui mera dispensa do pagamento de um tributo devido, pressupondo sempre a incidência da norma, pois só faria sentido dispensar aquilo que fosse devido.

<sup>7</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Marcial Pons/Noeses, 2007, p. 324.

<sup>8</sup> BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral das Isenções Tributárias*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 177.

<sup>9</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 922-923.

<sup>10</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso Direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 523.

Para Roque Carrazza, a isenção é fato jurídico impeditivo da tributação. Como decorrência da norma de isenção, o tributo deixa de recair sobre a pessoa ou o bem a que alude a norma jurídica tributante. Ao criticar a teoria tradicional, esse autor arremata que “soa absurdo que a lei tributária que concede uma isenção dispense o pagamento do tributo. Afinal, a lei de isenção é logicamente anterior à ocorrência do fato que, se ela não existisse, aí, sim, seria imponível”.<sup>11</sup>

Ao lado das concepções mencionadas, outras definições são destacadas pela doutrina, como a autolimitação da competência tributária, originadas de leis editadas pela União, Estados-membros e Municípios, conforme leciona Souto Maior Borges.<sup>12</sup>

A limitação das competências tributárias, efetuada pelos próprios entes tributantes mediante a concessão de isenções fiscais, pode caracterizar-se como renúncia à competência tributária. Todavia, as competências tributárias têm como características a irrenunciabilidade e a incaducabilidade. Apesar das divergências que há quanto à renúncia de direitos pelos entes públicos, entende-se que, nas isenções, há renúncia de competência ainda que em caractere excepcional.<sup>13</sup>

### 2.3 Isenções com finalidades fiscais e extrafiscais

A isenção tem por finalidade atender ao interesse público no tocante à realização de objetivos fiscais ou extrafiscais, estando os últimos relacionados aos campos político, social ou econômico, tais como a promoção do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e regionais.<sup>14</sup>

Com fundamento na doutrina italiana, especialmente a respeito da explanação de Renato Alessi, sabe-se que os interesses públicos podem ser cindidos em interesses públicos primários e interesses públicos secundários. Os interesses primários decorrem da dimensão pública dos direitos de indivíduos inseridos em um determinado contexto social. Os interesses secundários, por sua vez, decorrem de toda manifestação de vontade do Estado enquanto pessoa jurídica, “interesse, portanto, subjetivo, enquanto próprio do sujeito, e também, em sentido lato, patrimonial” os interesses secundários são apenas legítimos se forem coincidentes com os interesses primários e, assim, colocam-se como garantia “de que a ação administrativa seja efetivamente direta na realização do interesse público”.<sup>15</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello distingue interesse público primário de interesse público secundário, expondo que “não existe coincidência necessária ente interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público”.<sup>16</sup>

Na mesma linha, Luís Roberto Barroso estatui que “o interesse público secundário —, o da pessoa jurídica de direito público, do erário — jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular”. Por outro lado, o interesse público primário, concebendo-se este como aquele “consubstanciado em valores fundamentais, como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. (...) o interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro da ponderação.”<sup>17</sup>

<sup>11</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 786.

<sup>12</sup> BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral das isenções tributárias*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 156-157.

<sup>13</sup> BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral das isenções tributárias*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 157-159.

<sup>14</sup> Conforme o art. 3º, da Constituição Federal, “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2018.

<sup>15</sup> ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: Giuffrè, 1953, p. 152-153.

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 62-64.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 8.



Escorado nas lições de Barroso, conclui-se que, em caso de conflito entre interesses públicos primários e secundários, os primários devem prevalecer. Entretanto, caso haja conflito entre interesses públicos primários, entre si, necessário se faz que se pondere, atribuindo uma dimensão de peso àqueles interesses, à luz da razão pública e da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, pode-se perceber que as isenções atendem ao interesse público, ainda que, em alguma medida, possam ser entendidas como contrárias ao interesse patrimonial arrecadatário do Estado, interesse secundário, pois podem trazer benefícios acessórios, advindos da parafiscalidade, que se adequam àquilo que se entende por interesse público primário, no sentido em que atende ao bem-estar, à igualdade e à melhoria de vida dos cidadãos insertos nas sociedades contemporâneas.

No âmbito da fiscalidade, as isenções visam afastar discriminações e extinguir privilégios odiosos, conferindo efetividade aos princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva. O papel das isenções, especialmente daquelas que perseguem um objetivo fiscal, é reduzir as desigualdades e nunca as aprofundar. Essas isenções contribuem para a realização da igualdade material e da capacidade contributiva na sua dimensão subjetiva ou relativa. Por outro lado, há isenções com finalidades extrafiscais com objetivos que extrapolam a função meramente arrecadatária, mas ainda assim propendem para a busca de igualdade material, embora se afastem, às vezes, da realização da capacidade contributiva. Como destaca Aliomar Baleeiro, a capacidade contributiva é espinha dorsal da justiça tributária e critério que inspira igualdade, mas não é o único critério adotado para atingir igualdade material, pois se consideram legítimas as isenções que beneficiam pessoas de grande capacidade econômica, mas que possuem aptidão para concretizar políticas governamentais de desenvolvimento econômico e social. Essas isenções, desde que fundamentadas em finalidades e valores constitucionais, têm como meta final a própria justiça, mesmo quando distinguem pessoas segundo critério diverso da capacidade contributiva.<sup>18</sup>

No Direito alemão, Tipke e Lang categorizam as finalidades das isenções em três grupos, a saber: (i) isenções com finalidade fiscal; (ii) isenções simplificadoras; e (iii) isenções com finalidade social. As isenções com finalidade fiscal, como as isenções do imposto de renda para evitar a bitributação e as dos representantes diplomáticos e consulares, não conferem benefícios fiscais. As isenções simplificadoras, no direito alemão, estão relacionadas ao reembolso de gastos e às indenizações de despesas de representação ou de custos. Por sua vez, as isenções com finalidade social estão fundamentadas no bem comum ou no merecimento dos contribuintes, tornando-se injustificáveis quando não atendem a esses fins.<sup>19</sup>

No Brasil, embora as isenções possam cumprir propósitos fiscais, em sua maioria visam atingir objetivos extrafiscais, o que confere maior discricionariedade ao instituto por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, inibindo, em certa medida, a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário.

### **3 Isonomia Tributária como Limite à Competência Tributária e à Concessão de Isenções Fiscais**

#### **3.1 Limites constitucionais à competência tributária**

As limitações à competência tributária ou ao poder de tributar, conforme previstas na Constituição Federal, dão-se, em primeira mão, mediante a própria repartição dessas competências entre os entes federados e, especialmente, por meio dos princípios constitucionais e das imunidades tributárias, instrumentos utilizados para resguardar os valores constitucionais e assegurar os direitos fundamentais.

<sup>18</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 675.

<sup>19</sup> TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito tributário*. Tradução Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 524-526.

A expressão “poder de tributar” tem sido amplamente utilizada pela doutrina para designar as competências tributárias outorgadas pela Constituição Federal aos entes políticos. A própria Constituição adota essa terminologia para se referir às competências impositivas. Todavia, há autores que negam a existência, no ordenamento jurídico pátrio, de um autêntico poder de tributar, pois as competências impositivas encontram-se limitadas pelo Direito Positivo.<sup>20</sup> É de se concordar com esse posicionamento. As menções que no presente artigo, por apreço à tradição, se faz ao poder de tributar, devem ser compreendidas como se referindo à competência tributária.

Os princípios constitucionais tributários estão agrupados conforme três valores fundamentais, a saber: segurança jurídica, igualdade e liberdade. Sem ignorar as discrepâncias que toda classificação propicia, podem-se adotar o seguinte arranjo de princípios: (i) a respeito do valor da segurança jurídica: Princípio da Legalidade, princípio da anterioridade ou não surpresa e princípio da irretroatividade; (ii) em torno do valor justiça: Princípio da Igualdade ou da Isonomia, Princípio da Capacidade Contributiva, Princípio da Vedação ao confisco, Princípio da Uniformidade Geográfica; e (iii) em torno do valor liberdade: Princípio da não Limitação ao Tráfego de Pessoas ou de Bens por meio de Tributos e Princípio da Não Diferenciação Tributária entre Bens e Serviços em razão de sua procedência ou destino.

### **3.1.1 Princípio da isonomia tributária e isenção fiscal**

A isonomia tributária está contemplada em diversos dispositivos constitucionais e visa promover a igualdade e proibir o arbítrio e as discriminações odiosas.

Conforme o art. 150, II, da Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, sendo vedada qualquer forma de distinção em razão da denominação da renda, da ocupação profissional ou da função exercida.<sup>21</sup>

A tributação está associada ao critério de generalidade e às ideias de igualdade e de justiça<sup>22</sup>. Conforme Souto Maior Borges, do princípio da isonomia decorre a generalidade da tributação, sendo esta subprincípio que deriva da igualdade.<sup>23</sup>

A isenção fiscal constitui uma mitigação da generalidade, porém, não a sua eliminação. A isenção é instituída pelos entes titulares de competência tributária, por meio de lei específica, para abarcar determinados fatos, situações, pessoas ou categorias de contribuintes. Todavia, a mesma generalidade que norteia a instituição dos tributos deve, igualmente, ser considerada na concessão das isenções fiscais, de tal forma que todos aqueles que estejam em situação equivalente sejam tratados igualmente pela regra de exceção.

Nesse sentido, leciona Humberto Ávila ao destacar que o Princípio da Igualdade tributária não pode ser desprezado quando normas excepcionais de exoneração afastam determinadas pessoas, fatos ou situações

<sup>20</sup> Nesse sentido, destaca-se, por todos, Roque CARRAZZA: “em boa técnica, não se deve dizer que as pessoas políticas têm, no Brasil, poder tributário. Poder tributário tinha a assembleia Nacional constituinte, que era soberana. Ela, realmente, tudo podia, inclusive em matéria tributária. A partir do momento, porém, em que foi promulgada a Constituição Federal, o poder tributário retornou ao povo (detentor da soberania). O que passou a existir, em seu lugar, foram as competências tributárias, que a mesma Constituição Federal repartiu entre a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal” CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional tributário*. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 448.

<sup>21</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional tributário*. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. Acesso em: 7 fev. 2018.

<sup>22</sup> Para Rafael Köche e Marciano Buffon, a noção de igualdade é um fio condutor que atravessa os seguintes pontos: economia, ética e igualdade. A noção de igualdade que sustenta as relações econômicas de determinada comunidade é a mesma que define o modelo de tributação adotado KÖCHE, Rafael; BUFFON, Marciano. Economia, ética e tributação: dos fundamentos da desigualdade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 76-92, 21015. Disponível em: <<https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/2949/2567>>. Acesso em 2 jul. 2018.

<sup>23</sup> BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral das isenções tributárias*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 45.

das normas gerais de imposição, deixando de contemplar outros. Se a imposição tributária deve respeitar a igualdade, também o deve a exoneração tributária. Diferenciações arbitrárias e sem razão justificadora violam a isonomia e a justiça fiscal. Entre tributar e exonerar, há, também, os deveres de igualdade e de diferenciar. Um regime tributário inicialmente igualitário pode sofrer distorções posteriores, rompendo a igualdade, com a introdução de exceções ou pela invalidação da regra de tributação pelo Judiciário com relação a determinado contribuinte ou grupo.<sup>24</sup>

Para Tipke e Lang, conforme a finalidade do benefício fiscal, o Princípio da Isonomia é ofendido sempre que contribuintes são tratados desigualmente sem que haja uma justificação para tal discriminação, como acontece na concessão de auxílios a funcionários sem que se estendam tais benefícios também aos demais trabalhadores.<sup>25</sup>

Por constituir um direito fundamental que integra o estatuto do contribuinte, o princípio da isonomia tributária ganha importância no contexto das limitações ao poder de tributar e de isentar. “Dentre todos os direitos fundamentais, o direito à igualdade é aquele que mais tem alcançado relevância no Direito Constitucional e, como princípio, é o núcleo do Estado Social, atraindo a sua volta outros direitos”.<sup>26</sup>

A igualdade na lei e a igualdade perante a lei não se confundem, pois, no primeiro caso, a isonomia assume contornos meramente formais; enquanto que no segundo — igualdade perante a lei — a isonomia reflete uma concepção material. Segundo Tipke e Lang, da regra de igualdade deduz-se a justiça tributária e sua observância não se restringe à aplicação da lei (igualdade perante a lei), mas também abrange a formação da lei (igualdade na lei).<sup>27</sup>

Na doutrina de Humberto Ávila, a igualdade perante a lei ou igualdade formal impõe a aplicação uniforme da lei a todos, cidadãos e contribuintes. Mas a igualdade na lei ou igualdade material vai além, impedindo que a própria lei faça distinções arbitrárias e desarrazoadas. Assim, não basta a lei ser aplicada igualmente a todos, é preciso que seja ela própria também igual para todos, pois uma lei pode ter aplicação isonômica mesmo não sendo uma lei isonômica no seu conteúdo.<sup>28</sup>

A Constituição Federal destaca, em seu preâmbulo, que o Estado Democrático brasileiro visa assegurar a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.<sup>29</sup> E, no art. 150, II, a Constituição proíbe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituem tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.<sup>30</sup> E, no art. 151, outras atitudes discriminatórias por parte da União são vedadas, como instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, ressalvada a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País.<sup>31</sup>

À luz dessas disposições constitucionais, fica evidente que a regra é a não discriminação, sendo a concessão de incentivos fiscais medida excepcional a ser adotada para cumprir valores e finalidades constitucionais.

<sup>24</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 24-25.

<sup>25</sup> TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito tributário*. Tradução Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 526.

<sup>26</sup> GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 90.

<sup>27</sup> TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito tributário*. Tradução Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 191.

<sup>28</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 73-77.

<sup>29</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2018.

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2018.

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2018.

Segundo Ricardo Lobo Torres<sup>32</sup>, para que a lei possa discriminar pessoas ou coisas, é necessário que se elejam critérios racionais e razoáveis com base em argumentos vinculados à finalidade da incidência, de modo que possam surpreender as diferentes capacidades contributivas. Para o autor, o único critério válido de discriminação tributária é o que leva em conta as diferenças entre ricos e pobres. E, a respeito dessa questão, o que se aplica à incidência tributária, se aplicar, também, à isenção fiscal.

Em sua *Teoria da igualdade*, Humberto Ávila aponta como elementos estruturais da igualdade a relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério que serve a uma finalidade. Esse critério de diferenciação deve apresentar uma relação de pertinência ou correlação lógica com a finalidade que justifica a comparação.<sup>33</sup>

Ao considerar os limites impostos ao legislador pelo princípio da isonomia, Celso Antonio Bandeira de Mello assevera que a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, devendo tratar equitativamente todos os cidadãos, pois este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo Princípio da Isonomia, o qual foi juridicizado pela Constituição e assimilado pelos sistemas normativos vigentes. Segundo o autor, “dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes”.<sup>34</sup>

No tocante à igualdade material (igualdade na lei), um dos dilemas a ser enfrentado pelo legislador consiste em determinar que distinções são relevantes para estabelecer diferenciações entre contribuintes.

Para Humberto Ávila, a comparação entre dois ou mais sujeitos com vista a estabelecer a igualdade deve estar vinculada à finalidade da norma. E o autor complementa:

Se dois sujeitos são comparados tendo em vista o pagamento de um imposto pessoal e direto, a capacidade contributiva pode ser relevante, e o sexo absolutamente impertinente. Se dois sujeitos são comparados para obter um benefício fiscal concedido como estímulo ao desenvolvimento de pequenas empresas, o seu porte pode ser relevante, e o produto vendido irrelevante.<sup>35</sup>

Uma medida de comparação somente é pertinente quando se vale de elementos que, presentes, provocam efeitos que contribuem para a promoção da finalidade da norma, sendo impertinente quando sua existência nada diz quanto à promoção dessa finalidade.<sup>36</sup>

Para Souto Maior Borges<sup>37</sup>, “estando as isenções tributárias sob a reserva de lei formal e material, são abrangidas pelo âmbito de incidência do princípio de isonomia”. Dessa forma o autor destaca uma clara vinculação do regime instituído para as isenções aos princípios constitucionais da legalidade e da igualdade, que se dirigem, num primeiro plano, aos legisladores.

Constituiu papel do Estado Democrático de Direito garantir os direitos fundamentais, resgatando as promessas da modernidade relacionadas à igualdade e à justiça. E, nesse mister, o Poder Judiciário deve atuar com relevância absoluta — e não de forma passiva — de modo a transcender a função de freios e contrapesos, pondo-se como interprete da Constituição, inclusive, contra as maiorias.<sup>38</sup>

Ademais, num País de desigualdades como é o caso do Brasil, a observância de uma igualdade meramente formal pouco representaria para a realização da justiça fiscal. Por isso, a Constituição consagra, também, o Princípio da Capacidade Contributiva, que será objeto do tópico subsequente.

<sup>32</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os tributos na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 185.

<sup>33</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40.

<sup>34</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.10.

<sup>35</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45.

<sup>36</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47.

<sup>37</sup> BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral das isenções tributárias*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45.

<sup>38</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37.



### 3.1.2 Princípio da Capacidade Contributiva

O Princípio da Capacidade Contributiva decorre da isonomia tributária e complementa esta, mormente quando diferenças materiais ou subjetivas exigem o tratamento diferenciado dos contribuintes. O princípio está previsto no art. 145, §1º, da Constituição Federal, segundo o qual, os impostos “serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”.<sup>39</sup>

Essa complementariedade entre os Princípios da Isonomia e da Capacidade Contributiva é ilustrada de forma clara e singela por Luciano Amaro, quando lembra a hipótese de dois contribuintes em situação idêntica, dos quais seja exigido um imposto idêntico, porém abusivo. No caso, estaria preservada a isonomia, porém, violada a capacidade contributiva.<sup>40</sup>

A aplicação da capacidade contributiva com relação aos impostos tem inspiração na doutrina de Adam Smith, para quem “os súditos de cada Estado devem contribuir o máximo possível para a manutenção do Governo, em proporção a suas respectivas capacidades, isto é, em proporção ao rendimento de que cada um desfruta, sob a proteção do Estado”.<sup>41</sup>

Conforme Enrico De Mita, a capacidade contributiva está de tal forma arraigada aos impostos que se constitui num pressuposto destes. Somente fatos econômicos que revelem alguma medida de capacidade contributiva — como o patrimônio, a renda e o consumo — podem ser escolhidos pelo legislador como justificativa (pressuposto fático ou fato gerador) para uma imposição tributária.<sup>42</sup>

Ricardo Lobo Torres entende que, ao lado da isonomia e complementando esta, a capacidade contributiva constitui o princípio mais importante para a realização de justiça fiscal.<sup>43</sup>

Todavia, há críticas com relação à ampla generalidade do princípio, pois, conquanto represente uma limitação substancial à tributação, não confere ao legislador os parâmetros objetivos que permitam quantificar o valor dos impostos. Há quem entenda que essa ampla discricionariedade conferida ao legislador equipara a capacidade contributiva a uma “caixa vazia” na qual se pode pôr qualquer conteúdo.<sup>44</sup>

Ao analisar a questão à luz do ordenamento jurídico italiano, Enrico De Mita defende que a medida da exigência fiscal é fruto de uma valoração discricionária do legislador que escapa à censura de inconstitucionalidade, mas o autor pondera que o legislador não pode exorbitar em arbítrio ou na falta de razoabilidade.<sup>45</sup>

A capacidade contributiva pode ser compreendida em duas dimensões: objetiva ou absoluta e subjetiva ou relativa. No primeiro caso, são consideradas as operações e fatos tributados, os quais, por presunção, indicam a aptidão para contribuir com os encargos públicos. Na dimensão subjetiva, pessoal ou relativa, a capacidade contributiva considera o contribuinte de forma singularizada, diferenciando-o dos demais e considerando-o em suas particularidades.

<sup>39</sup> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2018.

<sup>40</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 139-140.

<sup>41</sup> SMITH, Adams. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 282. v.2

<sup>42</sup> DE MITA, Enrico. O princípio da capacidade contributiva. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 231.

<sup>43</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os tributos na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 49.

<sup>44</sup> DE MITA, Enrico. O princípio da capacidade contributiva. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 224.

<sup>45</sup> DE MITA, Enrico. O princípio da capacidade contributiva. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 223.

A forma como uma sociedade efetua a tributação sofre as influências da ideologia e da concepção de Estado que adota. Essa distinção é bem nítida quando confrontados o liberalismo clássico com o Estado socialista, ou mesmo com os modelos de Estados intervencionistas. A respeito disso, Maurin Falcão faz importante alusão:

As clivagens entre o liberalismo clássico e o Estado intervencionista deram origem a diferentes visões dos tributos como mecanismos de atuação estatal. Para os liberais, o sacrifício fiscal decorria do preço pago pelo cidadão para a sua segurança e pelos serviços prestados pelo Estado. Estaríamos, assim, diante de um pacto tácito estabelecido entre o contribuinte e o Estado cuja relação decorreria do contrato social. Neste caso, os indivíduos alienariam uma parcela de sua liberdade e de seus bens em proveito do Estado. Essa abordagem daria lugar, nos dias atuais, ao princípio da equivalência segundo o qual a repartição da carga tributária se faria em função da utilidade obtida por um indivíduo no consumo de bens públicos.

Por sua vez, os socialistas estabeleciam o tributo como mecanismo de solidariedade social, favorecendo, dessa forma, o surgimento do princípio da capacidade contributiva dos indivíduos e a instituição da progressividade do imposto. Portanto, um instrumento de redistribuição e de igualdade social em uma grande sociedade solidária.<sup>46</sup>

O Princípio da Capacidade Contributiva ganhou força e fortaleceu-se especialmente no decorrer Século XX, com o advento do Estado Social, fundado no intervencionismo estatal e orientado pela ideia de solidariedade.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, no seu art. 3º, consagra a solidariedade como valor ao estabelecer os seguintes objetivos fundamentais da República: (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização; (iv) reduzir as desigualdades sociais e regionais; e (v) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>47</sup>

Como já afirmado, a observância da capacidade contributiva tem previsão genérica no art. 145, § 1º, da Constituição Federal<sup>48</sup>, e abrange, conforme a jurisprudência e parcela significativa da doutrina, não apenas o imposto de renda, em que o caráter pessoal se revela nítido, mas também os demais impostos, inclusive os de caráter real, aos quais, a partir da Constituição de 1988, pouco a pouco foi-se admitindo a aplicação de alíquotas progressivas, seja por meio de reformas constitucionais<sup>49</sup>, seja em razão da reinterpretação que o STF vem dando ao dispositivo acima citado.<sup>50</sup>

Conforme Geraldo Ataliba, impostos reais são aqueles cujo aspecto material da hipótese de incidência é a descrição de um fato ou estado de fato independente do aspecto pessoal e indiferente ao sujeito passivo e

<sup>46</sup> FALCÃO, Maurin Almeida. O mito da progressividade. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, *Anais...* Brasília, 2008.

<sup>47</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2018.

<sup>48</sup> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] III - renda e proventos de qualquer natureza; [...] § 2º O imposto previsto no inciso III: [...] I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2018.

<sup>49</sup> Com a Emenda Constitucional 29/2000, foi autorizada a progressividade fiscal para o imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU), passando a admitir alíquotas variáveis em razão do valor do imóvel e de acordo com a localização e o uso do bem BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018).

<sup>50</sup> A admissão de progressividade fiscal para os impostos reais foi a muito superada com relação ao IPTU e mais recentemente foi também aceita, no âmbito do STF, com relação ao ITCMD. Todavia, com relação ao ITBI, em 2003, o STF editou Súmula com o seguinte teor: “É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis – ITBI, com base no valor venal do imóvel?” (Súmula 656). Cumpre frisar que, nas recentes discussões sobre a constitucionalidade de leis que conferem progressividade de alíquotas para o imposto sobre a transmissão causa mortis e doações (ITCMD), prevaleceu a interpretação de que o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, impõe a observância da capacidade contributiva com relação a todos os impostos, sejam pessoais, sejam reais BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 562045/RJ*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Relatora Ac.: Min Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. DJe nº 233: 26 nov. 2013.

às suas qualidades. Impostos pessoais, por sua vez, são aqueles cujo aspecto material leva em consideração certas qualidades, juridicamente qualificadas, dos sujeitos passivos.<sup>51</sup>

Para a doutrina liberal clássica, o valor dos impostos reais devia ser definido pelo critério da proporcionalidade, que aplica alíquota única, independentemente da base de cálculo do tributo. Todavia, inspirada no modelo de Estado Social e adotando a solidariedade como valor, a Constituição Federal de 1988 autoriza a aplicação de alíquotas progressivas também para esses impostos, ou seja, alíquotas variáveis que aumentam conforme a base de cálculo, conferindo maior onerosidade às riquezas mais expressivas.

A distinção entre impostos reais e pessoais, muito clara no liberalismo clássico (Século XIX), perdeu ultimamente sua importância, pois o Estado Social encampa a solidariedade como valor e admite a progressividade fiscal de forma mais ampla. Assim, cada vez mais, os impostos ditos reais assumem caráter pessoal, sendo-lhes aplicada a progressividade e não mais mera proporcionalidade.

### 3.2 Limites constitucionais à competência para isentar

Os limites da competência tributária — que são definidos na própria repartição das competências tributárias, além dos princípios e das imunidades tributárias — aplicam-se igualmente quanto à instituição de isenções.<sup>52</sup>

Por meio das isenções fiscais, algumas pessoas, bens ou situações são excluídos da regra geral de imposição tributária. Por conseguinte, as isenções representam uma quebra na generalidade da tributação e por isso só podem ser concedidas quando necessárias para estabelecer isonomia entre contribuintes desiguais, de modo a reduzir tais desigualdades. Assim deve ocorrer com relação às isenções de natureza fiscal. Por outro lado, há isenções que são concedidas com vista a atingir certas finalidades extrafiscais contempladas na Constituição Federal, mas mesmo estas não podem desbordar dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva quando se elege as categorias contempladas.

O poder de isentar é inerente ao poder de tributar e decorre deste. Somente os entes dotados de competência tributária podem isentar os tributos que lhes foram atribuídos pela outorga constitucional. Quem cria tributo pode, de igual modo, aumentar a carga tributária mediante a majoração da alíquota ou da base de cálculo; pode diminuí-la ou até mesmo suprimi-la pelo procedimento inverso; ou, ainda, isentar tributos.<sup>53</sup> Salvo exceções constitucionais, nenhum ente político pode conceder isenção de tributos que não estejam na esfera de sua competência.

É oportuno frisar que as isenções não se confundem com as imunidades, pois estas situam-se fora do campo de competência tributária, conforme leciona Aliomar Baleeiro:

a imunidade é de ordem constitucional e dirige-se ao legislador tributário, impedindo-o de decretar tributos, geralmente impostos, nos casos expressos. Será inconstitucional a lei que, transgredindo a imunidade, tributar a pessoa, coisa ou fato preservado por uma disposição do Estatuto Político. A imunidade veda que a lei determine, em certo caso, o nascimento da obrigação tributária.

A isenção decorre da lei e dirige-se à autoridade administrativa, excluindo do tributo decretado determinadas situações pessoais ou reais. A isenção veda a constituição do crédito tributário, mas deixa de pé as obrigações acessórias.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 141-142.

<sup>52</sup> Para Souto Maior Borges, em virtude da supremacia da Constituição, a teoria jurídica da isenção tributária deve apoiar-se nas normas constitucionais que autorizam e delimitam o exercício da competência tributária pelo legislador ordinário. Os princípios constitucionais da tributação limitam e condicionam o exercício das faculdades normativas do legislador ordinário (BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral das isenções tributárias*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 31.

<sup>53</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 784.

<sup>54</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 915.

Os países adotam diferentes práticas no tocante à outorga de isenção. Segundo Souto Maior Borges<sup>55</sup>, alguns países se eximem de regular o poder de isentar, enquanto outros proíbem a instituição de isenções, e há, ainda, aqueles que deixam essa matéria para o legislador ordinário, estabelecendo, todavia, critérios que devem presidir o estabelecimento das isenções. O Brasil se enquadra no último modelo.

No México, embora a Constituição tenha optado por proibir a outorga de isenções, essa vedação foi posteriormente abrandada pela jurisprudência daquele País mediante interpretação sistemática da Constituição.

Proibir isenções, como pretendeu fazer a Constituição do México, não contribui para a realização da justiça fiscal, mesmo porque, como já mencionado, as isenções podem se revelar eficaz instrumento de equidade na imposição tributária. Por outro, promover a concessão indiscriminada e sem critérios razoáveis dessas desonerações, como está a ocorrer no Brasil, não apenas fragiliza as finanças públicas com gastos tributários, mas também viola a ideia de justiça e pode provocar desequilíbrios concorrenciais.

## 4 Inefetividade do Controle Jurisdicional das Isenções

No Estado Democrático Constitucional de Direito, a defesa da Constituição assume notado relevo e, muito embora essa defesa não esteja restrita ao controle jurisdicional das leis e atos normativos, é no Poder Judiciário que ela tem maior efetividade, especialmente quando se trata de políticas públicas.<sup>56</sup>

Conforme André Ramos Tavares, além do controle jurisdicional, efetuado pelo Poder Judiciário, a constitucionalidade das leis poder ser aferida, também, por órgãos de natureza política. Alerta o autor que essa distinção não diz respeito aos fundamentos do controle, que devem sempre ser técnico-jurídicos e nunca políticos. A distinção refere-se aos órgãos que efetuam esses controles. Quando o Presidente da República veta um projeto de lei com fundamento na sua inconstitucionalidade (veto jurídico), tem-se o controle político de constitucionalidade, porém realizado com fundamentos técnico-jurídicos. Por outro lado, quando o Poder Executivo, fundado em conveniências e oportunidades, adota razões políticas para vetar um projeto (veto político), não se trata mais de controle político de constitucionalidade, mas de controle político estrito, pois, além do órgão, os fundamentos também seriam políticos<sup>57</sup>.

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis ganhou força no tocante às políticas públicas. Para Larissa Godoy, esse maior relevo do controle jurisdicional das políticas públicas deriva de dois importantes fatores: (i) o amadurecimento do processo democrático; e o (ii) crescente acesso ao Poder Judiciário.<sup>58</sup>

Mas há outros fatores que também incrementaram o controle jurisdicional das políticas públicas, a saber: a organização da sociedade civil e da imprensa. Estas submeteram o exercício do poder político à crítica e impuseram a necessidade de os juízes convencerem a opinião pública de que seus atos são legítimos.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral das isenções tributárias*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 34-35.

<sup>56</sup> Políticas públicas são diretrizes formuladas pelo Governo para solução de problemas políticos (SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 2).

<sup>57</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 247-248.

<sup>58</sup> GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas: o caso da demarcação dos territórios quilombolas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 361-373, 2015. Disponível em: <<https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3138/pdf>>. Acesso em 2 jul. 2018.

<sup>59</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198.



#### 4.1 Controle jurisdicional de constitucionalidade e sua importância no contexto da separação e da harmonia entre os poderes

O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos fundamenta-se no Princípio da Supremacia da Constituição e em sua força vinculante quanto aos Poderes Públicos. No Brasil esse controle é misto, operando-se de duas formas: (i) controle difuso ou incidental e (ii) controle concentrado ou principal.

Para Gilmar Mendes<sup>60</sup>, o modelo de controle difuso, de origem americana, está associado ao controle incidental ou por via de exceção, no qual a inconstitucionalidade é arguida no contexto de um processo ou ação judicial em que a questão da inconstitucionalidade configura um incidente, uma questão prejudicial a ser decidida pelo Judiciário. Nas palavras do autor, o controle de constitucionalidade difuso “assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional”.<sup>61</sup>

No controle concentrado ou principal — sistema austríaco ou europeu — a questão constitucional é suscitada autonomamente em ação principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei. Esse controle é efetuado mediante ações diretas de inconstitucionalidade ou outros mecanismos de impugnação in abstracto da lei ou ato normativo.<sup>62</sup>

No tocante à natureza dos vícios que maculam a norma, as inconstitucionalidades podem ser formais e materiais. No primeiro caso, os vícios traduzem um defeito na formação do ato (violação das regras de procedimento ou de competência), não afetando o conteúdo da norma. Por outro lado, nas inconstitucionalidades materiais ou substanciais, os vícios estão ligados ao conteúdo do ato normativo, que viola regras ou princípios constitucionais. Há três formas de inconstitucionalidades materiais, a saber: a) contraste direto do ato com o parâmetro constitucional; b) desvio de poder legislativo; e c) abuso de poder legislativo.<sup>63</sup>

Gilmar Mendes<sup>64</sup> destaca que a discricionariedade do poder de legislar traduz não apenas a liberdade do legislador, mas também os limites de sua atuação. A discricionariedade não pode ultrapassar os limites estabelecidos na Constituição, sendo vedado o excesso de poder em quaisquer de suas formas.

Ao tratar do controle judicial das políticas públicas, Larissa Godoy destaca o importante papel desempenhado pelos juízes, cujas decisões exercem grande influência nessa área. Para a autora, esse protagonismo do Poder Judiciário ganha força especialmente nas situações em que há forte antagonismo de interesses econômicos e políticos, gerando conflitos entre grupos de interesses e partidos políticos.<sup>65</sup>

Ao analisar a inconstitucionalidade por omissão, Luís Roberto Barroso<sup>66</sup> qualifica a omissão parcial como aquela em que a lei exclui de seu âmbito de incidência determinada categoria que nela deveria estar abrangida, privando-a de um benefício, em violação ao Princípio da Isonomia.

<sup>60</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1007.

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1009.

<sup>62</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1007.

<sup>63</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1018.

<sup>64</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1019.

<sup>65</sup> GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas: o caso da demarcação dos territórios quilombolas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, Número Especial, p. 361-373, 2015. Disponível em: <<https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3138/pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Diante de uma situação assim, Barroso<sup>67</sup> sinaliza três possíveis soluções a serem dadas pelo Poder Judiciário, a saber: (i) declaração de inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação; (ii) declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar providências; e (iii) extensão do benefício à categoria dele excluída indevidamente. Porém, todas as possíveis soluções apresentam inconveniências, o que levou o autor a sinalizar como melhor alternativa a extensão do benefício à categoria excluída a partir de um termo futuro, como, por exemplo, o início do exercício seguinte. Na visão de Barroso, essa solução teria o mérito de ponderar os princípios envolvidos na questão, tais como a separação dos poderes, a legalidade (o legislador poderia legislar), o orçamento público, a supremacia da Constituição e a isonomia.

O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos fundamenta-se no Princípio da Supremacia da Constituição e na força vinculante desta sobre os Poderes Públicos.

No Brasil, o controle jurisdicional assume natureza mista, operando-se de forma difusa (controle incidental ou de exceção) ou concentrada (controle principal ou por ação).

O País adota o sistema de unidade de jurisdição ao estabelecer a Constituição, em cláusula pétrea, que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).<sup>68</sup> Apesar desse mandamento constitucional, há, na questão sub análise, uma inegável mitigação do imperativo da inafastabilidade de jurisdição no tocante à concessão de isenções não isonômicas, o que compromete a efetividade do controle jurisdicional das isenções e de outros benefícios fiscais.

Por afetar os direitos fundamentais e os princípios constitucionais — notadamente os princípios da isonomia e da capacidade contributiva —, a concessão de isenção não pode prescindir de efetivo controle jurisdicional, pois este é essencial para afastar do ordenamento jurídico normas de isenção que violem tais direitos e princípios. O controle jurisdicional é muito importante para aprimorar as políticas fiscais de desoneração implementadas pelo Poder Público, de modo a impor ações mais criteriosas, que contemplem, de forma isonômica, todos os contribuintes que se encontrem em situações equivalentes.

A falta de um controle efetivo das isenções fiscais tem sido admitida pelo próprio Supremo Tribunal Federal que, em inúmeros julgados, exime o Poder Judiciário da análise do mérito das isenções, pelo menos em sede de controle difuso de constitucionalidade. Na visão dessa Corte, “não cabe ao Poder Judiciário estender a isenção de modo a alcançar as operações não previstas pelo legislador, tendo em vista que o ato de que decorre a isenção fiscal escapa ao seu controle”.<sup>69</sup>

Por outro lado, no controle concentrado, a retirada do ordenamento jurídico, por inconstitucionalidade, de leis de isenção que violem o Princípio da Isonomia Tributária se revela menos problemática, pois exige uma atuação do Poder Judiciário na condição de legislador negativo, com ampla possibilidade de apreciação do mérito da questão.

Nessa linha, ao apreciar uma isenção concedida pelo Estado do Amapá restrita aos filiados de determinada cooperativa de transportes escolares, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade do benefício, entendendo que a norma conferiu tratamento desigual a contribuintes que estavam na mesma situação econômica.<sup>70</sup> Todavia, nem mesmo nesses casos a matéria está livre de controvérsias, pois há diferentes entendimentos sobre a questão, tanto na doutrina, quanto nas diferentes instâncias judiciais.

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>68</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2018.

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 159.026-SP. Relator: Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma. *Diário da Justiça*, 12 maio 1995.

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1655-AP. Relator: Min. Maurício Correa. Tribunal Pleno. *Diário da Justiça*, 2 fev. 2004.

## 4.2 Inefetividade do controle jurisdicional das isenções como causa do inadequado manejo dessas desonerações fiscais pelos demais poderes

A concessão generalizada de isenções fiscais no Brasil — uma prática que vem sendo amplamente adotada pelas diversas esferas políticas — pode violar os princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva. Embora o controle jurisdicional se mostre eficaz para proteção dos direitos fundamentais, o mesmo não ocorre com relação às isenções, pois, ao apreciar eventuais impugnações dessas medidas de exoneração fiscal, o Poder Judiciário vem se prendendo a regras e princípios que limitam sua atuação, não propiciando uma resposta adequada para a questão.

Os principais argumentos adotados pelo Poder Judiciário para se eximir do enfrentamento do mérito das isenções impugnadas sob o pretexto de ferir a isonomia tributária, são: (i) interpretação literal das isenções; (ii) natureza discricionária das isenções; (iii) princípio da separação de poderes; e (iv) tese do legislador positivo.

### 4.2.1 Interpretação literal das isenções

A interpretação literal das leis que outorgam isenções constitui uma das principais causas de inefetividade do controle jurisdicional desses benefícios, quando contestados por possível violação do princípio da isonomia tributária. Esse critério apriorístico de interpretação é imposto pelo Código Tributário Nacional que, no art. 111, estabelece: “interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: [...] II - outorga de isenção”.<sup>71</sup>

Consoante os órgãos judiciais, a interpretação literal imposta pela regra jurídica tem o condão de obstar a extensão, pelos juízes, desses benefícios fiscais para além do que expressamente restou definido na lei de isenção, conforme se depreende do excerto dos seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. PNEUS. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DE 40% DO VALOR DEVIDO NAS OPERAÇÕES REALIZADAS POR MONTADORAS. PEDIDO DE EXTENSÃO A EMPRESA DA ÁREA DE REPOSIÇÃO DE PNEUMÁTICOS POR QUEBRA DA ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE. LEI FEDERAL 10.182/2001. CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTS. 37 E 150, II). CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (ART. 111). Sob o pretexto de tornar efetivo o princípio da isonomia tributária, não pode o Poder Judiciário estender benefício fiscal sem que haja previsão legal específica. No caso em exame, a eventual conclusão pela inconstitucionalidade do critério que se entende indevidamente restritivo conduziria à inaplicabilidade integral do benefício fiscal. A extensão do benefício àqueles que não foram expressamente contemplados não poderia ser utilizada para restaurar a igualdade de condições tida por desequilibrada. Precedentes. Recurso extraordinário provido.<sup>72</sup>

DIREITO TRIBUTÁRIO. EXTENSÃO DE ISENÇÃO FISCAL A CATEGORIA NÃO CONTEMPLADA. Não é possível ao Poder Judiciário estender benefício de isenção fiscal a categoria não abrangida por regra isentiva na hipótese de alegação de existência de situação discriminatória e ofensa ao princípio da isonomia. A concessão de isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, não sendo possível ao Poder Judiciário, sob o pretexto de tornar efetivo o princípio da isonomia, reconhecer situação discriminatória de categorias não abrangidas pela regra isentiva e estender, por via transversa, benefício fiscal sem que haja previsão legal específica. Precedente citado do STF: RE 405.579-PR, DJ 3/8/2011.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> BRASIL. *Lei nº 5.172*. Código Tributário Nacional, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2018. Acesso em: 7 fev. 2018.

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 405.579-PR. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. *Diário da Justiça*, 4 ago. 2011.

<sup>73</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 248.264-RS*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Informativo 514. Julg. 27 nov. 2012.

Todavia, a aplicação desse critério não é aceita por parte da doutrina que entende não ser função do legislador — nem consequentemente da lei — estabelecer restrições à atividade interpretativa exercida pelos aplicadores do Direito. Nesse sentido, destaca Luciano Amaro:

Não obstante se preceitue a interpretação literal nas matérias assinaladas, não pode o interprete abandonar a preocupação com a exegese lógica, teleológica, histórica e sistemática dos preceitos legais que versem as matérias em causa.<sup>74</sup>

Ainda que se admita que a regra da literalidade interpretativa possa ser aplicada às autoridades administrativas, a imposição dessa observância também aos órgãos do Poder Judiciário, quando no exercício do controle de constitucionalidade de isenções que afrontam a isonomia, revela-se muito problemática, pois, nesses casos, o contribuinte perde a última oportunidade que teria para sanar eventuais vícios da lei de isenção.

#### 4.2.2 Natureza discricionária das isenções

O caráter discricionário das isenções é outra causa da inefetividade do seu controle jurisdicional, pois constitui argumento utilizado pelo Poder Judiciário para a não apreciar o mérito das isenções, cujo juízo de conveniência e de oportunidade caberia, com exclusividade, aos Poderes Executivo e Legislativo. Para Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>75</sup>, a discricionariedade consiste em certa margem de liberdade que permanece ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, dentre mais de um comportamento cabível, aquele que se mostra como solução mais adequada à satisfação da finalidade legal. Isso ocorre sempre que, por força da fluidez das expressões ou da liberdade conferida no mandamento, não se pode extrair, objetivamente, uma solução unívoca. Esse conceito está direcionado ao administrador, podendo, também, ser aplicado ao legislador para limitar sua ação diante das normas constitucionais.

O Estado de Direito encontra-se, em quaisquer de suas feições, totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade e submetido aos termos constitucionais, não podendo nenhum agente estatal fugir desse desiderato, ainda que esteja investido de poderes discricionários. No Estado de Direito, há um quadro normativo que é impositivo para todos.<sup>76</sup>

Nas isenções com finalidades extrafiscais, que visam inibir ou incentivar determinados comportamentos relacionados a política econômica ou social, embora a discricionariedade seja ampliada, ainda assim deve buscar a concretização dos valores e dos princípios constitucionais. O caráter discricionário das isenções não é um campo de liberdades ilimitadas onde tudo é válido e possível, pois, mesmo na extrafiscalidade — onde a capacidade contributiva é mitigada em função de outros valores —, resta, ainda, a observância de critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Conforme leciona Bandeira de Mello<sup>77</sup>, a despeito de haver discricionariedade presumida na regra de direito, se o administrador praticar ato discrepante com a finalidade da norma, deve o Judiciário prestar a adequada revisão jurisdicional.

No tocante à discricionariedade do legislador, esta também não se revela ilimitada. Com efeito, o Princípio Democrático e a condição de representantes eleitos não conferem aos legisladores a prerrogativa de editar normas que afrontem as regras e os princípios constitucionais.

Ao tratar do desvio de poder em atos legislativos, Bandeira de Mello<sup>78</sup> assevera que “a utilização de uma competência fora da finalidade em vista da qual foi instituída, também pode irromper em leis expedidas com

<sup>74</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 222.

<sup>75</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 48.

<sup>76</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 10-11.

<sup>77</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 37.

<sup>78</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 76.



burla aos fins que constitucionalmente deveriam promover”. Nesse caso, prossegue o autor<sup>79</sup>, “uma vez que existe no Brasil o controle de constitucionalidade das leis, por via direta ou ‘incidenter tantum’, seria cabível fulminar-lhe o efeito malicioso”.

Entretanto, para o Poder Judiciário, não é possível estender benefício de isenção fiscal a categoria não abrangida pela regra de isenção, ainda que configurada uma situação discriminatória e anti-isonômica, pois a concessão de isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, não podendo aquele Poder, a pretexto de tornar efetivo o Princípio da Isonomia, reconhecer situação discriminatória de categoria excluída da regra isentiva.<sup>80</sup>

Convém destacar que a extrafiscalidade não se restringe às isenções, ocorrendo também no exercício da competência tributária, quando pode atingir a regra matriz de incidência em algum de seus elementos. Isso ocorre especialmente quanto aos impostos reguladores e às contribuições interventivas. Nesses casos, há certa margem de discricionariedade que pode mitigar a aplicação dos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, mas nunca poderá acarretar a completa aniquilação desses importantes princípios garantidores de direitos fundamentais.

#### **4.2.3 Separação de poderes e tese do legislador positivo**

O Princípio da Separação de Poderes é, sem dúvida, um dos maiores obstáculos para o controle jurisdicional das isenções fiscais, pois impede que o Poder Judiciário corrija eventuais normas anti-isonômicas, mesmo quando o legislador deixa de contemplar todas as situações equivalentes. No entendimento do Poder Judiciário, ao agir de forma contrária, o juiz estaria incorrendo na usurpação da função legislativa e exercendo o papel de legislador positivo.

Todavia, Tipke e Yamashita advertem:

Um tribunal que entende o princípio da igualdade apenas como proibição de arbitrariedade e que admite toda razão objetiva como justificativa (para o legislador não é difícil encontrar ou inventar tais razões) escapa à censura de ofender a separação dos Poderes, mas faz muito pouco pela justiça fiscal. Entretanto, a justiça fiscal necessita urgentemente do Tribunal Constitucional como advogado, uma vez que precisamente em matéria de impostos o legislador, muito frequentemente, cede aos interesses de partidos e associações por motivos eleitorais.<sup>81</sup>

Sem dúvida, são esses dois argumentos — separação de poderes e tese do legislador positivo — que constituem o maior desafio para a efetividade do controle jurisdicional das isenções, implicando, em certa medida, a própria negação da prestação jurisdicional, comprometendo, dessa forma, a realização da justiça fiscal.

#### **4.3 Consequências da inefetividade do controle jurisdicional das isenções**

A inefetividade do controle jurisdicional das isenções fiscais termina por legitimar inúmeras medidas que não se adequam aos valores e princípios constitucionais, o que leva à consagração de injustiças fiscais.

Diante dessa realidade, além da violação de direitos fundamentais dos contribuintes, há, também, certo estímulo para a prática generalizada de isenções anti-isonômicas, pois o Poder Executivo, ancorado na discricionariedade, conta com a garantia de que, no mérito, essas políticas fiscais não serão revistas pelo Poder Judiciário.

<sup>79</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 77.

<sup>80</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 248.264-RS*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Informativo 514. Julg. 27 nov. 2012.

<sup>81</sup> TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. Malheiros, 2002. p. 24.

Além disso, há muito tempo, as isenções fiscais são utilizadas como poderosa arma de uma guerra fiscal que se trava cotidianamente no âmbito dos Estados e Municípios que integram a federação brasileira. A existência de controle jurisdicional das isenções e de outras medidas de desoneração fiscal contribuiria muito para o aprimoramento dessas políticas públicas, conformando-as com os valores, os princípios e as finalidades constitucionais. O controle jurisdicional efetivo dessas medidas levaria o Poder Público a observar critérios válidos e legítimos, de modo que as diferenciações tributárias entre contribuintes fossem justificadas pelas finalidades e limitações estabelecidas na Constituição Federal.

O controle jurisdicional das isenções ganharia efetividade se o Poder Judiciário passasse a exigir dos demais Poderes certa vinculação dessas medidas de exoneração aos critérios e valores assegurados na Constituição, à semelhança do que já faz com relação às normas orçamentárias. Com efeito, durante muito tempo, as normas orçamentárias brasileiras que abriam créditos extraordinários não eram apreciadas pelo Poder Judiciário em sede de controle abstrato de constitucionalidade, por se tratar de normas concretas. Esse entendimento foi superado no âmbito do STF, o que levou à extinção da prática, antes generalizada, de abrir créditos extraordinários por meio de medidas provisórias, sem que estivessem presentes os pressupostos constitucionais desses créditos, quais sejam, atender a despesas imprevisíveis e urgentes decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.<sup>82</sup>

## 5 Considerações finais

No presente estudo, verificou-se que os princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, dentre outros, constituem limitações ao poder de conceder isenções fiscais. Todavia, não há no Brasil um controle jurisdicional efetivo que possa expurgar da ordem jurídica as isenções que, manejadas de forma inadequada, possam violar tais princípios. A Constituição Federal estabelece finalidades e valores que não podem ser desprezados pelos Poderes Executivo e Legislativo quando, mediante a concessão de isenções ou de outras medidas de desoneração fiscal, excluem determinados contribuintes desses benefícios, incluindo outros.

O que torna inefetivo o controle jurisdicional das isenções é a própria omissão do Poder Judiciário quanto ao exame do mérito dessas medidas, quando impugnadas por violação aos princípios constitucionais referidos.

Por excluir contribuintes que estariam na regra de incidência tributária, as isenções fiscais não podem ser instituídas de forma arbitrária, muito embora haja certa discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo na sua criação.

As isenções visam ao interesse público no tocante à realização de objetivos fiscais e extrafiscais, como a promoção do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e regionais. Visam, também, afastar discriminações e extinguir privilégios odiosos, conferindo efetividade aos princípios constitucionais. O papel dessas medidas fiscais é reduzir — e não aprofundar — as desigualdades.

O Princípio da Isonomia permite discriminações racionais e razoáveis, mas veda as discriminações arbitrárias e odiosas. Assim, ao discriminar os contribuintes mediante a concessão de incentivos fiscais, deve o Poder Público observar a finalidade constitucional desses incentivos, de modo a promover justiça fiscal.

O Estado Democrático de Direito tem compromisso com a garantia dos direitos fundamentais e a realização da justiça. E o Poder Judiciário é o último guardião desse ideal, não podendo se omitir, sob pena de desvirtuar conquistas civilizatórias. Embora o Brasil tenha permitido a outorga de isenções por parte do legislador ordinário, estabeleceu, também, critérios que devem presidir a concessão desses benefícios.

<sup>82</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2018.

A supremacia da Constituição e sua força vinculante quanto aos Poderes Públicos impõe o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Mas a discricionariedade do poder de legislar e a liberdade do legislador encontram limites na própria Constituição, que veda os excessos em todas as suas formas, inclusive nas omissões que privem contribuintes de benefícios, com violação da isonomia tributária.

Embora o acesso à jurisdição seja um direito fundamental com status de cláusula pétreia, esse imperativo constitucional não socorre os contribuintes excluídos de isenções anti-isonômicas, pois não há controle jurisdicional efetivo, o que impede o aprimoramento dessas desonerações que se generalizam nas diversas esferas políticas, em que são praticadas sem critérios razoáveis e sem limites racionais.

Os principais argumentos usados pelo Poder Judiciário para se eximir do exame de mérito das isenções anti-isonômicas são: (i) observância do critério de interpretação literal dessas medidas; (ii) caráter discricionário das isenções, especialmente quando revestidas de objetivos extrafiscais; (iii) princípio da separação de poderes; e (iv) tese do Poder Judiciário como legislador estritamente negativo. Os dois últimos argumentos — separação de poderes e tese do legislador negativo — representam o maior desafio para a efetividade do controle jurisdicional das isenções, implicando a negação de acesso à jurisdição.

A inefetividade do controle jurisdicional das isenções tem o condão de legitimar isenções que não se adequam às normas e aos princípios constitucionais. Essas desonerações consagram a injustiça fiscal e estimulam a perpetuação da prática generalizada de isenções anti-isonômicas e que fomentam a guerra fiscal entre estados e municípios.

A questão exposta neste estudo é complexa, pois envolve a antinomia de valores, normas e princípios constitucionais importantes como: isonomia tributária, capacidade contributiva, separação de poderes, livre concorrência e acesso à justiça.

Diante dos argumentos e posicionamentos doutrinários enfocados na pesquisa, é possível assinalar, ainda que para início de debate, algumas medidas que poderiam conferir efetividade ao controle jurisdicional das isenções fiscais. A primeira seria o fim da exigência de interpretação literal das regras que outorgam isenção sempre que o Poder Judiciário atuar no exercício do controle de constitucionalidade das isenções frente a supostas violações a princípios como igualdade e livre concorrência. Os defensores dessa tese amparam-se no fato incontestado de que o CTN deve ser interpretado com base em valores, normas e princípios constitucionais, e não o contrário.

O controle jurisdicional das isenções também ganha efetividade com a exigência da observância de certa vinculação dessas exonerações aos critérios e valores constitucionais, à semelhança do que ocorreu com relação às normas orçamentárias relativas à abertura de créditos extraordinários por meio de medidas provisórias, comportamento praticamente abolido a partir do momento em que o STF passou a apreciar a matéria em controle de constitucionalidade.

A efetividade do controle jurisdicional das isenções fiscais exige a garantia dos direitos fundamentais do contribuinte, de modo a conferir tratamento isonômico na divisão dos encargos tributários, bem como a ponderação do princípio da separação de poderes, quando em conflito com outros princípios constitucionais e, ainda, a superação da tese do Poder Judiciário como legislador estritamente negativo.

## Referências

- ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: Giuffrè, 1953.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Marcial Pons/Noeses, 2007.
- BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral das isenções tributárias*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 5.172*. Código Tributário Nacional, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2018.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial de Código Tributário Nacional (1954)*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/511517>>. Acesso em 17 ago. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 248.264-RS*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Informativo 514. Julg. 27 nov. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 159.026-SP. Relator: Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma. *Diário da Justiça*, 12 maio 1995.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 562045/RJ. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Relatora Ac.: Min Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. DJe nº 233: 26 nov. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1655-AP*. Relator: Min. Maurício Correa. Tribunal Pleno. *Diário da Justiça*, 2 fev. 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 405.579-PR. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. *Diário da Justiça*, 4 ago. 2011
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2010.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- DE MITA, Enrico. O princípio da capacidade contributiva. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FALCÃO, Maurin Almeida. O mito da progressividade. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, *Anais...* Brasília, 2008.
- GODOY, Larissa Ribeiro da Cruz. A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas: o caso da demarcação dos territórios quilombolas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 361-373. 2015, Disponível em: <<https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3138/pdf>>. Acesso em 2 jul. 2018.



- GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- KÖCHE, Rafael; BUFFON, Marciano. Economia, ética e tributação: dos fundamentos da desigualdade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 76-92, 21015. Disponível em: <<https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/2949/2567>>. Acesso em 2 jul. 2018
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.
- SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- SMITH, Adams. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 2.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito tributário*. Tradução Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. Malheiros, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os tributos na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Les nouvelles alternatives de la justice administrative en France:** justice prédictive et justice amiable

**The new alternatives of administrative justice in France:** predictive justice and amicable agreement

Marie-Odile Diemer

# Les nouvelles alternatives de la justice administrative en France: justice prédictive et justice amiable\*

## The new alternatives of administrative justice in France: predictive justice and amicable agreement

Marie-Odile Diemer\*\*

### Résumé

Le contentieux administratif est souvent perçu de manière négative : mimant l'automatisme du fonctionnement de l'administration, il ne serait que mécanique et s'intéressant à des questions purement bureaucratiques. Pourtant, le contentieux administratif s'est profondément renouvelé depuis le début des années 2000. C'est notamment grâce à l'essor des modes alternatifs de règlement des litiges qui démontrent que le contentieux administratif peut être réglé de manière souple et que la solution négociée doit parfois être préférée à celle qui est imposée. Face à cette transformation de la vision du contentieux administratif, la question se pose également de son adéquation à la justice prédictive.

**Mots-clés:** Amicable agreement, predictive justice, France

### Abstract

Administrative litigation is often perceived negatively: miming the automatism of administrative functioning, it is suspected to be only mechanical and interested in purely bureaucratic questions. However, French administrative litigation has been deeply renewed since the beginning of the 2000s. It is notably thanks to the rise of alternative dispute resolution methods that administrative litigation can be settled flexibly and that the negotiated solution must sometimes be preferred to the imposed one. Faced with this transformation in the vision of administrative litigation, the question also arises of its adequacy to predictive justice.

**Palavras-chave:** Justiça amigável, justiça preditiva

L'altérité est caractéristique de ce qui est autre. Le terme provient du latin *alteritas* qui signifie la différence. L'altérité contentieuse renvoie alors aux méthodes différentes qui peuvent exister pour régler les litiges. Pour résoudre tous différends, le réflexe contentieux s'assimile au réflexe juridictionnel de la part de tout justiciable. La recherche d'une solution juridique, avec force de vérité légale, ne peut en effet résulter intuitivement, instinctivement et surtout légalement qu'uniquement du travail du juge. Cette vision statique de la fonction de juger, a, depuis quelques années, mutée. Apparaissent alors

\* Auteur invité / Guest author / Autor convidado

\*\* Maître de conférences de droit public, Université Côte d'Azur, Faculté de droit et de sciences politiques, CERDACFF (EA 7267). Email: marieodile.diemer@yahoo.fr



les alternatives suivantes : soit la méthode change, soit l'interlocuteur change. Ainsi, soit le juge dit le droit en recourant à des méthodes différentes, soit le droit peut être dit en dehors du juge.

Ces alternatives renvoient ainsi à deux innovations majeures du contentieux : la justice prédictive et la justice amiable. Imprégnées de l'essence même de la justice, à savoir rendre à chacun ce qui lui est dû, elles renouvellent profondément l'image traditionnelle de la fonction de juge<sup>1</sup>.

Ainsi, la justice prédictive, encore en construction en droit public<sup>2</sup>, consiste à ce que le juge puisse recourir aux nouvelles technologies pour trouver une solution juridique idoine. Issu de l'effervescence autour de l'avènement de l'intelligence artificielle, le concept de justice prédictive met en scène des algorithmes capables de « prédire » la solution juridique qui sera rendue au regard de l'ensemble de la jurisprudence qui correspond à un problème juridique déjà soulevé par plusieurs litiges passés. La méthode de travail de tous les acteurs du droit en est ainsi transformée.

La justice amiable, quant à elle, incite à renouveler la relation entre les deux parties en litige en les invitant à discuter et négocier en dehors du carcan d'une salle d'audience et donc du juge<sup>3</sup>.

Dans les deux cas, le juge semble dépossédé de son office classique. Ces deux innovations font ainsi poser la question suivante : le juge est-il substituable ?

Au regard des définitions globales données, le juge est effectivement substitué intellectuellement, puisque sa réflexion juridique est devancée, voire amputée dans le cadre de la justice prédictive. Concernant la justice amiable, le juge est substitué physiquement puisqu'il perd le monopole dont il disposait pour résoudre des litiges bien qu'il conserve le monopole pour dire le droit.

Les problématiques de l'altérité des méthodes et de l'alternative à la justice traditionnelle se posent en des termes particuliers concernant le juge administratif<sup>4</sup>.

En effet, l'altérité est au cœur des origines mêmes de la juridiction administrative<sup>5</sup>. Justice *autre* par essence, vis-à-vis du juge civil, et au regard de la nature des litiges qu'elle a à trancher, elle a d'ailleurs concouru à la naissance d'un droit administratif autonome. Paradoxalement, l'altérité est refusée concernant la création et le fonctionnement même du contentieux administratif. Le juge administratif bénéficie ainsi d'un monopole dans la construction du droit administratif, lui permettant d'être affublé de la qualité de *jurislateur* selon les mots du Professeur Chapus<sup>6</sup>. Les raisonnements, les méthodes, les notions propres qu'il a développés tout au long du XX<sup>e</sup> siècle paraissent ainsi à l'abri de toute idée de substitution, que ce soit sur le fond ou vis-à-vis de l'organe qui les crée.

Les situations craintes d'un juge qui serait secondé par les nouvelles technologies ou repoussé par l'avènement des modes amiables semblent donc relever de la fiction<sup>7</sup>.

Pourtant, le juge administratif a peu à peu dû se plier à l'immersion de ces nouvelles techniques et technologies sans toutefois être étouffé sous leurs poids. Si le mythe de Prométhée a traversé les âges et les activités humaines pour devenir réalité, il ne peut totalement inonder le cœur du fonctionnement de la justice. Un logiciel ne peut pas se substituer à la dure réalité du métier du juge. Le travail de réflexion du juge est ainsi sauvé.

En parallèle, le mode amiable, qui aura pourtant été marginalisé tout au long des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles en droit public, a fini par s'imposer dans la pratique et dans les textes. La conciliation, la transaction

<sup>1</sup> M. Clément, « Algorithmes au service du juge administratif, peut-on en rester maîtres ? », *AJDA* 2017, p. 2453.

<sup>2</sup> J.-B. Duclercq, « Les algorithmes en procès », *RFDA* 2018, p. 131.

<sup>3</sup> C. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *R.I.D.C.*, 1997/49, n° 2, pp. 325-345.

<sup>4</sup> J.-B. Auby, « Le droit administratif face aux défis du numérique », *AJDA* 2018, p. 835.

<sup>5</sup> A.-L. Girard, « Régler autrement les conflits avec l'administration : quelques enseignements de l'histoire », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif* (dir. A. Claeys, A.-L. Girard), Presses Universitaires de Poitiers, Actes et colloques, juin 2018.

<sup>6</sup> D'autres auteurs ont pu employer la formule de « légisprudence », T. Revet, « La légisprudence », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum*, *Défrenois*, 2005, p. 377.

<sup>7</sup> F. Melleray, « La justice administrative doit-elle craindre la justice prédictive ? », *AJDA* 2018, p. 131.



ou la médiation cohabitent désormais avec la juridiction administrative au sein même du Code de justice administrative<sup>8</sup>.

L'inclination qu'ont les juristes pour la science-fiction, et la fascination du pire qu'elle fait naître, doivent alors être mises de côté. Si l'alternative juridictionnelle est désormais un fait, il faut particulièrement s'intéresser à ses modalités, aux efforts que doit faire le juge pour s'y adapter.

Les impératifs économiques, devant la somme de litige à traiter font d'ailleurs de ces alternatives des événements attendus. Il faut cependant qu'elles soient bien encadrées et expliquées pour faire d'elles réellement des événements bienvenus. Les exigences de respect de l'ordre public notamment dans le champ du droit administratif ne peuvent être négligées.

Le juge n'est ainsi pas substitué mais accompagné par ces nouvelles méthodes tout autant qu'il peut les accompagner.

Le succès des modes alternatifs de règlement des litiges, par exemple, ne peut s'abstraire de l'aide des magistrats qui peuvent l'initier, les promouvoir et plus généralement les encourager.

Dans cette perspective, l'assistance technologique n'est pas plus une alternative substitutive au travail du juge.

Pourtant, numérique, prouesses technologiques et modes alternatifs de règlement des litiges peuvent également se combiner. Le développement des modes alternatifs en ligne est en effet une synthèse de ces nouvelles formes de justice alliant dématérialisation par le biais de plateformes en ligne et nouvelles voies de justice<sup>9</sup>. Cette nouvelle combinaison rend peut-être fragile l'affirmation du maintien prioritaire du juge dans son rôle de règlement des litiges. Toutefois, en dépit de l'essor de ces nouvelles techniques, le juge reste pour le moment la voie principale pour trouver une solution juridique avec force de chose jugée, et ce, d'autant plus dans le domaine des litiges relevant de la puissance publique.

Le juge administratif garde donc toute sa place dans le traitement des litiges administratifs. Toutefois, ce monopole historique doit faire une place aux modes amiables de règlement des litiges et ses méthodes peuvent se renouveler, voire s'améliorer grâce aux traitements algorithmiques. L'alternative technologique et techniques doivent toutes deux être encadrées mais surtout aiguillonnées. Le juge peut ainsi rester le pilote principal des grandes décisions jurisprudentielles du droit administratif en accueillant progressivement en son sein les impératifs du numérique qui peuvent s'avérer complémentaires.

## 1 L'alternative technologique, une justice prédictive administrative mesurée.

Lorsque ses matériaux sont faits d'hypothèses et de suppositions, la justice prédictive doit certainement être négligée et, en tous cas, être reléguée au domaine de la science-fiction. Lorsque son contenu est immédiatement perceptible et appréhendable, alors la justice prédictive doit être étudiée<sup>10</sup>. Si les néologismes affluent en la matière, à l'instar de *l'Open Data* et des *legalttech*, le juriste doit rester prudent. L'avènement de

<sup>8</sup> Pour un panorama complet de ces modes alternatifs, voir : F. Ducarouge, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits », *R.F.D.A.*, 1996, p. 86 ; G. Keromnes, « Les modes alternatifs de règlement amiable des litiges en matière administrative », *Gaz. Pal.*, 25 février 1997, p. 2 ; Conseil d'Etat, Régler autrement les conflits, Etude du Conseil d'Etat, La Documentation Française, 1993 ; Pour des études plus spécifiques : G. Chavrier, « Réflexions sur la transaction administrative », *R.F.D.A.*, 2000, p. 548 ; J.-M. LeGars, « Conciliation et médiation en matière administrative », *A.J.D.A.*, 2000, p. 507 ; G. Eveillard, « La transaction administrative », *RFDA* 2018, p.829 ; P. Gadagnes, « La médiation administrative », *AJDA* 2018, p. 2334.

<sup>9</sup> R. Carayol, « Et si la médiation était le coeur de l'innovation numérique ? », *Gaz. Pal.*, 7 mai 2019, p. 12.

<sup>10</sup> Y. Meneceur, « Quel avenir pour la « justice prédictive » ? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice », *JCP éd. G.*, 12 février 2018, 190

l'intelligence artificielle dans le monde juridique ne doit pas faire perdre de vue l'essence même de la justice et la préservation des droits des justiciables. En tant qu'aide à la prise de décision juridictionnelle, la justice prédictive se présente comme un outil indispensable. En tant que substitution à la décision du juge, elle se présente comme une évolution impensable.

## 1.1 L'aide à la décision, un outil indispensable

Bénéficiant toujours d'une longueur d'avance, la justice prédictive fait l'objet d'un nombre incalculable d'études en droit privé, et a ainsi permis d'alimenter bon nombre de colloques ou d'ouvrages en la matière<sup>11</sup>. En droit public, son étude se fait plus discrète<sup>12</sup>.

Telle qu'elle a souvent été présentée, elle peut en effet faire peur et soulever un bon nombre d'inquiétudes. En tant que justice substitutive elle rivalise avec les grands noms de la science-fiction. En tant qu'outil d'aide à la décision, elle est plus acceptable même si balgorithme reste une énigme pour le juriste<sup>13</sup>.

Il faut alors se détacher de la « justice prédictive » telle qu'elle est entendue en son sens strict, qui incite à fantasmer sur l'avènement d'un juge-robot, appliquant mécaniquement un texte à un litige type, ou une solution type à un domaine identifié. Il faut en effet plutôt la rattacher aux nouvelles technologies qui émergent au sein de la justice. Ainsi entendue, la justice numérique, algorithmique ou digitale<sup>14</sup>, selon les divers noms dont on l'affuble, n'est pas totalement inconnue du droit administratif. L'algorithme en soi n'est d'ailleurs pas ignoré des services administratifs puisque l'administration peut désormais prendre des décisions en se basant sur des algorithmes<sup>15</sup>.

Surtout, à l'image de Monsieur Jourdain qui faisait de la prose sans le savoir, les éléments technologiques d'aide à la décision existent déjà. Ils ne constituent pas des logiciels à part entière qui rendent une décision toute prête mais un important nombre de sources et de ressources numériques permettent au juriste et au juge de s'informer sur un domaine précis et d'éclairer et guider son raisonnement juridique.

D'abord, les sites Internet, à l'instar de *Légifrance* ou de la base de recherche rattachée au Conseil d'État qu'est la bien nommée *Ariane*, permettent en effet de disposer d'une base de données jurisprudentielles et doctrinales capitale. A cet égard, les conclusions des rapporteurs publics qui sont disponibles sur *Ariane*, sont des éléments particulièrement précieux pour tout juriste. Ces conclusions, au delà de préconiser une solution au litige en cause, fournissent des repères indispensables à ses lecteurs, en rassemblant la jurisprudence utile sur le sujet et les grands raisonnements doctrinaux qui ont pu être développés. Les magistrats administratifs et les membres du Conseil d'État disposent au surplus d'une base de données plus complète grâce à l'intranet des juridictions administratives qui leur permettent de connaître également des jugements des tribunaux administratifs, souvent et malheureusement inaccessibles pour le juriste *lambda*.

De plus, la numérisation d'un certain nombre de revues ou d'ouvrages grâce à *Gallica*, et la diffusion des numéros de revues plus récentes grâce à la dématérialisation des grands éditeurs juridiques comme *Dalloz* ou *Lexis360* permettent d'avoir accès à un incalculable nombre d'articles et d'études, voire d'ouvrages.

La connaissance juridique est donc clairement améliorée, et si l'on peut dire « augmentée » grâce aux nouvelles technologies. Cependant, cette toile de connaissance que constituent les nombreux sites juridiques rappelés, démontre que la justice est alors plus « quantitative » que « prédictive » puisqu'elle permet juste d'accumuler des informations sur le sujet. Elle se révèle alors comme une justice indicative, fourmillant

<sup>11</sup> B. Dondero, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », D., 2017, p.532; F. Rouvière, « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal ? » *RTD civ.*, 2017, p. 527.

<sup>12</sup> J.-M. Sauvé, « La justice prédictive », Discours du 18 février 2018.

<sup>13</sup> E. Mouriesse, « L'opacité des algorithmes et la transparence administrative », *RFDA* 2019, p. 45.

<sup>14</sup> A. Garapon, J. Lassègue, *Justice digitale*, PUF, 2018.

<sup>15</sup> J.-B. Duclercq, « Le droit public à l'ère des algorithmes », *RDP*, 2017, p. 1401.

d'indices mais se révélant comme un véritable puzzle pour déterminer une solution juridique. Cet ensemble de connaissance est pourtant la base indispensable au développement du raisonnement juridique. Le juriste peut également raisonner par analogie, en effectuant des recherches sur un domaine similaire, et ce, grâce à sa formation propre. Un algorithme aura en effet du mal à effectuer ce raisonnement par analogie, ou à effectuer un raisonnement déductif qui peut résulter d'une lecture doctrinale ou même de tout autre domaine. Quel juriste n'a en effet pas élaboré un raisonnement en lisant un livre, en regardant un film parfois dans des domaines tout à fait étrangers au domaine juridique ?

Lorsque l'algorithme est utilisé pour faciliter les recherches, pour permettre de comparer avec d'autres décisions, alors la nouvelle technologie devient utile. Si elle demeure dans une fonction purement prédictive, à savoir révéler les chances de succès d'un litige ou fournir une décision type, elle n'a alors plus de rapport avec ce que signifie la justice et n'a finalement que peu d'utilités. L'utilité est en effet à court terme. Connaître les chances de succès d'un litige peut être intéressant dans l'immédiat mais il n'empêchera pas l'avocat ou le juge de faire l'effort de rédaction d'un mémoire et d'une décision.

Qu'elle soit informative ou prédictive, la justice numérique demeure un outil supplémentaire d'aide à la décision et non de substitution de la décision, qui risque évidemment de figer l'état du droit, et scléroser l'intelligence biologique du juriste.

## 1.2 La substitution de la décision, une évolution impensable

La mise en place officielle des logiciels de justice prédictive au sein des juridictions administratives conduirait en réalité à une mort programmée du juge administratif<sup>16</sup>. Dans leurs prises de notes, les étudiants ont souvent l'habitude de noter « JA » qui correspond à « juge administratif ». Devront-ils maintenant noter JA pour juge artificiel ou juge algorithmique ?

Le juge administratif serait-il ainsi voué à disparaître ? Cette question redondante depuis des décennies est toute l'histoire du juge administratif ou plutôt de ses détracteurs, qui voudraient le supprimer, ou au mieux le mouler et l'incorporer dans l'ordre juridictionnel judiciaire<sup>17</sup>. Mais les raisons soulevées ne sont pas à rechercher du côté des nouvelles technologies. Les soupçons de partialité - relents tenaces des siècles passés-, les difficultés de répartition de compétence entre les deux ordres juridictionnels, les éventuels dénis de justice ou les différences d'appréciation dans des domaines communs avec le juge judiciaire sont des arguments toujours avancés et pourtant bien éculés. Le juge administratif est constitutionnellement protégé<sup>18</sup> et il n'a plus à se justifier, tant son office s'est perfectionné.

Aujourd'hui, le numérique se présente comme un nouveau défi concernant son fonctionnement, voire une menace qui peut peser sur le juge. Pourtant, la justice prédictive incluant numérique et calculs mathématiques apparaît à première vue comme bénéfique.

À cet égard, comment le numérique pourrait-il être à l'origine d'une disparition du juge administratif alors qu'il se présente pour le moment comme une véritable plus-value nécessaire à son fonctionnement ? Ainsi, outre la somme des sites contenant les ressources jurisprudentielles utiles, c'est bien le phénomène de dématérialisation des procédures qui s'analyse comme une révolution du contentieux administratif<sup>19</sup>. Ainsi, la méthode de transmission des dossiers à la juridiction administrative, avec l'apparition de *Télérecours*, désormais étendu aux citoyens, apparaît comme une évolution majeure des techniques du contentieux ad-

<sup>16</sup> En référence au colloque «L'obsolescence programmée du juge», dir. S. Amrani-Mekki, ENM Paris, 5 octobre 2018.

<sup>17</sup> B. Louvel, «Pour l'unité de juridiction», 25 juillet 2017, site de la Cour de Cassation.

<sup>18</sup> Cons. Constit, 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.

<sup>19</sup> Cette dématérialisation s'imisce au sein des administrations et au sein des juridictions. Voir *La dématérialisation des procédures* (dir. S. Renard), Mare et Martin, 2017; F. Poulet, «La justice administrative de demain selon les décrets du 2 novembre 2016», *AJDA*, 2017, p. 279.

ministériel<sup>20</sup>.

Si l'on ajoute l'élément chiffré et mathématique aux décisions de justice, l'on constate que c'est justement un exercice auquel les praticiens de l'ordre administratif aiment beaucoup se plier. Des bilans, des rapports et des colloques sur l'avenir de la justice administrative en prenant éternellement comme point de repère les lois de 1995 (qui reconnaît un pouvoir d'injonction) et de 2000 (qui perfectionne les référés en créant un référé-liberté) permettent de bien comprendre comment la juridiction administrative fonctionne ou devrait fonctionner<sup>21</sup>.

Toutefois le maintien du terme de justice prédictive enchaîne les esprits dans le fantasme du juge robot<sup>22</sup>.

Certes cela alimente les romans, les films et les séries, mais l'on peut d'ores et déjà les mettre de côté. Un robot, humanoïde, qui se chargerait de rendre la justice, débarrassé des biais émotionnels ou qui ne pourraient que les imiter et non les ressentir est impossible à mettre en place<sup>23</sup>. La crise de confiance auquel le juge doit constamment faire face ne s'améliorerait certainement pas si ce juge était une machine. La crainte plus concrète est l'avènement d'un juge, certes humain, mais « automate ». Si une décision était déjà rédigée et le raisonnement prémâché en fonction des considérants classiques dans la matière donnée, avec des phrases stéréotypées : le juge se contenterait alors d'infirmier ou de confirmer la décision présentée devant lui. Même en conservant une apparence humaine, sa tâche serait alors rendue mécanique et automatique, sans esprit de justice profonde. Une justice en réalité « administrativée », formatée, et qui donnerait une autre dimension au célèbre adage « juger c'est encore administrer ».

Il n'y aurait ainsi plus de place pour la logique juridique, le raisonnement juridique ou analogique. Les arrêts « photocopies » fleuriraient alors que la jurisprudence ne fonctionne jamais en un système clos. Elle n'est jamais et uniquement la résultante des seules décisions passées. La causalité d'une décision de justice implique la prise en compte de contextes normatifs, social et sociétal, médiatique, politique, voire écologique ou artistique. Dépourvue de tout ce contexte qui fait la richesse de la décision de justice, elle perdrait de son intérêt et de l'intérêt même des audiences, pourtant capitale dans la prise de décision.

La décision justice est ainsi une œuvre humaine fabriquée par un raisonnement fait de plusieurs interactions causales. La standardisation est rejetée depuis longtemps, l'essor d'une justice prédictive telle qu'elle est fantasmée ne ferait que la renforcer en figeant la jurisprudence et en figeant l'esprit du juge qui ne connaîtrait plus jamais la stimulation intellectuelle du raisonnement juridique, pourtant parfaitement nécessaire pour innover.

L'essor de la justice prédictive doit donc se garder de tout fantasme<sup>24</sup>. De surcroît, toute nouveauté technologique a forcément été accompagnée de la crainte de la disparition de ce qu'elle est censée remplacer : les liseuses numériques prédisaient la mort du livre, les plateformes numériques de films prédisait la mort du cinéma, ou encore l'essor des MOOC<sup>25</sup> faisait craindre la mort du cours magistral. Et pourtant... Il y a donc plutôt transformation que disparition ou totale annihilation lorsqu'il y a innovation.

Dans un colloque sur la justice prédictive<sup>26</sup>, Mathias Guyomar a justement fini son intervention en citant Jèze (qui pourtant était loin de connaître le numérique) et cette partie peut être close de la même manière en

<sup>20</sup> C. Vinet, «Le partage des rôles dans le maniement de Télérecours», *AJDA*, 2019, p. 42.

<sup>21</sup> La question est redondante depuis longtemps. Voir par exemple L. Cohen-Tanugi, «L'avenir de la justice administrative», *Pouvoirs*, n° 46, septembre 1988, p. 13 ou plus proche de nous les nombreuses interventions de B. Stirn comme par exemple : «Structure, magistrats et procédures : les transformations de la justice administrative», discours du 13 octobre 2017. (disponible sur le site du Conseil d'Etat).

<sup>22</sup> T. Coustet, «La réalité derrière le fantasme de la justice robot», *Dalloz Actualités*, 15 avril 2019.

<sup>23</sup> M.-C. Lasserre, «L'intelligence artificielle au service du droit : la justice prédictive, la justice du futur ? », *P. Aff.*, 30 juin 2017.

<sup>24</sup> A. Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, 806.

<sup>25</sup> L'acronyme signifie *Massive Open Online Course* qui permet de diffuser des cours par le biais d'Internet.

<sup>26</sup> M. Guyomar, «Justice prédictive et accès au juge», Actes du colloque sur la justice prédictive, Dalloz, Thème et commentaires, octobre 2018.



empruntant la même citation : « *C'est un point qui ne doit jamais être perdu de vue, que le Droit n'est pas un recueil de formules pour la solution de problèmes de mathématiques et de logique pure, Le théoricien ne doit jamais oublier que le Droit sert à résoudre des problèmes sociaux, économiques, politiques, et c'est la vie qui les pose* »<sup>27</sup>. Quel algorithme serait ainsi capable de mimer l'esprit juridique et les subtilités du raisonnement humain ? L'issue de ce chemin que certains voudraient emprunter est alors encore très loin...

**Au terme de cette première partie**, la véritable question qui se pose est de savoir si au final on ne cherche pas à se débarrasser de la manière dont le juge, juge en développant ces nouvelles technologies. Ce sont ainsi des problématiques plus profondes qui doivent être étudiées. Les décisions du juge administratif sont-elles par exemple suffisamment et bien motivées ? À cela, une réponse radicale qui consisterait à se débarrasser du juge serait totalement inopportune. La déjudiciarisation est pourtant particulièrement recherchée dans de nombreuses lois depuis quelques années, mais à la faveur des réformes de droit privé<sup>28</sup>. Le droit administratif en semble préservé. Il n'est cependant pas préservé des débats sur la motivation des décisions, sur la manière dont la voix du justiciable est prise en compte. À cet égard, l'essor des modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif est une réponse plus appropriée à ces nouvelles questions.

## 2 L'alternative amiable, une forme de justice nouvelle à encourager

Si la justice devient trop prévisible, alors le justiciable s'en détachera. La rencontre, la discussion et la négociation pourront ainsi mieux s'épanouir en dehors du cadre du prétoire et des règles processuelles contraignantes. Cependant, malgré l'existence ancienne de la conciliation et de la transaction dans le champ du droit administratif, les MARL (modes alternatifs de règlement des litiges) ont eu particulièrement du mal à s'imposer et s'épanouir auprès et en dehors du juge administratif<sup>29</sup>. Ce n'est que depuis peu de temps qu'ils font l'objet d'un engouement particulièrement virulent et de références textuelles stables. Cependant cet essor grandissant souffre encore d'un encadrement juridique insuffisant.

### 2.1 L'essor des MARL en droit administratif, un phénomène récent

Les acronymes concernant ceux que l'on appelle les MARL fleurissent. Les Mard (le D signifie «différend»), Marc (le C signifie conflit), Marl (le L signifie litige) qui impliquent un degré de conflit différent dans leur dénomination désignent en réalité tous le même processus structuré de négociation mis à la disposition des parties lorsque ces dernières ne sont pas d'accord.

Le mode amiable est soit conventionnel, c'est à dire à l'initiative des parties, et qui peut se retrouver formalisé dans un contrat, ou institutionnel et donc clairement identifié au sein d'une structure administrative. À cet égard, le droit administratif ne néglige pas les médiateurs<sup>30</sup> et il existe d'ailleurs de nombreux conciliateurs en droit public comme les conciliateurs fiscaux départementaux ou l'existence de comités de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics.

Dans cette perspective, le tiers-médiateur ou le tiers-juge est longtemps resté, aux yeux du droit public, un tiers identifié, compétent, connu. Le tiers qui ne disposerait pas de cette qualité a ainsi été négligé par le droit public. À cet égard, c'est particulièrement le procédé transactionnel, pourtant autorisé, et particulièrement encouragé<sup>31</sup> qui a pu souffrir de ce manque d'un tiers dans la procédure. La transaction est en

<sup>27</sup> G. Jèze, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence », *RDP*, 1914, p. 313.

<sup>28</sup> LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

<sup>29</sup> Les MARL font d'ailleurs l'objet d'innombrables études en droit privé : L. Cadet, « Panorama des modes alternatifs de règlement des litiges », *Ritsumeikan Law Review*, n° 28, 2011, p. 151; L. Cadet, T. Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, 2017.

<sup>30</sup> A cet égard existait le Médiateur de la République, créée en 1973 et remplacé en 2011 par le Défenseur des droits.

<sup>31</sup> Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.*,

effet un contrat qui, par le biais de concessions réciproques permet de prévenir une contestation à naître ou d'éteindre une contestation déjà née. Elle peut notamment s'épanouir dans les litiges mettant en jeu des sommes d'argent comme dans les domaines des marchés publics ou dans le domaine de la responsabilité de la puissance publique. L'administré s'engage à ne pas recourir au juge tandis que l'administration pourra verser une somme d'argent à l'administré avec lequel il était en litige<sup>32</sup>. L'arbitrage, quant à lui, qui n'est d'ailleurs pas considéré comme un mode amiable mais un mode juridictionnel<sup>33</sup> de règlement des litiges, est également peu encouragé sauf en matière internationale<sup>34</sup>. Les parties cherchent en effet à négocier mais également à être rassurée, et ce, paradoxalement par la voie du juge<sup>35</sup>. Il n'est donc acquis que récemment en droit administratif que le juge n'est pas la seule voie de résolution des litiges et qu'il existe des voies alternatives identifiées et utilisées. C'est d'ailleurs la médiation qui a particulièrement eu les faveurs du vent de codification qui a soufflé sur le droit administratif en la matière.

Un chapitre entier lui est en effet dédié au sein du Code de justice administrative et la définit en ces termes : « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction* ».

Le mode amiable se distingue donc prioritairement sur la manière dont la solution est rendue : d'une solution imposée par le juge, on passe à la solution négociée par le mode alternatif.

Bien évidemment, et étant donné que ces modes alternatifs interviennent dans le cadre du droit public, certaines limites sont posées, notamment la prohibition des libéralités, et le respect des règles de l'ordre public<sup>36</sup>. Les modes alternatifs de règlement des litiges ne doivent ainsi pas devenir une voie détournée pour contourner la légalité et les règles contraignantes du droit public. C'est certainement pour cette raison que le contrôle du juge en aval reste une option possible. Cependant, afin de donner à ces modes alternatifs une réelle identité, il est nécessaire de perfectionner leur encadrement juridique même si la souplesse reste une de leur caractéristique principale.

---

n° 39, 15 février 1995, p. 2518 ; Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, *J.O.R.F.*, n° 0216, 18 septembre 2009, p. 15230 ; Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, *J.O.R.F.*, n° 0083, 8 avril 2011, p. 6248.

<sup>32</sup> Concernant le régime de la transaction, et particulièrement son homologation juridictionnelle voir : C.E., Ass., Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses et Société C.D.I. 2000*, n° 249153, Rec., p. 433, concl. G. Le Chatelier ; C.E., Avis, 4 avril 2005, *Société cabinet J.P.R. Ingénierie*, n° 273517, Rec., p. 139. Plus généralement consulter : A.-L. Ponsard, *La transaction administrative*, Thèse, 2015 (disponible en ligne).

<sup>33</sup> Voir F. Melleray, « La typologie des modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges* (dir. A. Claeys, A.-L. Girard), Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2018, p.61.

<sup>34</sup> J.-M. Auby, « L'arbitrage en matière administrative », *A.J.D.A.*, 1955, I, p. 81 ; A. Patrikos, L'arbitrage en matière administrative, *L.G.D.J.*, 1997 ; C. Jarrosson, « L'arbitrage en droit public », *A.J.D.A.*, 1997, p. 16. T.C., 17 mai 2010, Institut national de la santé et de la recherche c/Fondation Letten F.Sausgstad, n° C. 3764 ; *A.J.D.A.*, 2010, p. 1564, étude P. Cassia, concl. M. Guyomar, *R.F.D.A.*, 2010, p. 959 ; P. Delvolvé, « Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative », *R.F.D.A.*, 2010, p. 971 et CE, 9 novembre 2016, société Fosmax LNG. N° 388806. B. Delaunay, « Les sentences arbitrales concernant les personnes publiques en matière de commerce international : le contrôle du juge administratif », *RFDA* 2017, p. 111.

Plus généralement : M. Lahouazi, *Le développement des modes alternatifs de règlement des différends dans les contrats administratifs*, Thèse, 2017.

<sup>35</sup> O. Le Bot, « La sécurisation des MARL par le juge administratif », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges* (dir. A. Claeys, A.-L. Girard), Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2018, p. 85.

<sup>36</sup> C.E., Sect, 19 mars 1971, *Steuers Mergui*, Rec., p. 235, concl. M. Rougevin-Baville. Voir aussi B. Delaunay, « L'interdiction de condamner une personne publique à une somme qu'elle ne doit pas. Grandeur et décadence de la jurisprudence Mergui », in *Liber amicorum Darcy. Détours juridiques : le praticien, le théoricien et le rêveur*, Bruylant, 2012, p. 199.

## 2.2 L'encadrement complet des MARL en droit administratif, un phénomène latent

2017 est une date à marquer d'une pierre blanche concernant la codification des modes alternatifs de règlement des litiges (MARL). Le Code de justice administrative, qui était particulièrement frileux à incorporer ce genre de méthodes, a, sous l'impulsion première de l'Union européenne par le biais d'une directive<sup>37</sup>, puis de la loi sur la justice du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>38</sup>, été réformé pour intégrer pleinement un office « médiateur » du juge et des parties dans le cadre du fonctionnement de la juridiction administrative et du règlement des litiges administratifs. Le manque de codification a d'ailleurs pu être critiqué<sup>39</sup>.

Cependant, il ne faudrait pas être complètement injuste puisque des efforts de codification ou du moins d'encadrement des MARL avaient été réalisés. Mais ces efforts sporadiques étaient insuffisants et il fallait faire preuve de patience afin de décortiquer l'ensemble des décisions jurisprudentielles concernant ces MARL<sup>40</sup>.

Par exemple dès 2015 avec l'entrée en vigueur du Code des relations entre le public et l'administration, les modes alternatifs trouvaient une place en étant regroupés pour la première fois dans un code tous ensemble<sup>41</sup>. Cependant, la présentation est plutôt critiquable. Le Titre même dans lequel certains modes alternatifs sont incorporés surprend, il s'agit des : « *autres modes de règlement non juridictionnels des différends* » qui incluent d'ailleurs le Défenseur des droits et le recours administratif préalable qui sont pourtant fondamentalement différents des modes amiables.

On remarque ainsi le caractère quasi accessoire de ces modes alternatifs qui ne se présentent pas comme complémentaires mais véritablement secondaires. Une reconnaissance certes se doit d'être soulignée, mais elle est minimale : une sorte de concession voire de relégation en somme. Surtout, les définitions sont manquantes. Si les modes alternatifs sont variés, c'est parce qu'ils recouvrent chacun un régime propre que le code ne marque pas. La codification n'a notamment pas été l'occasion d'une réappropriation de la définition de la transaction qui est simplement une transposition de l'article 2044 du Code civil. Également, l'on ne constate pas de frontière nette entre la conciliation et la médiation ; différenciation difficile qui fait pourtant l'objet de vives discussions doctrinales et que le code aurait pu trancher. L'implication du tiers n'est pourtant pas la même et la négociation ne se déroule pas de la même manière. Ce premier repère que constitue le Code des relations entre le public et l'administration devait pourtant se voir compléter d'une véritable codification au sein du Code de justice administrative. C'est désormais chose faite grâce à l'incorporation des nouveaux articles L. 213 -1 à L. 213 -10 du code de justice administrative<sup>42</sup>.

Les modes alternatifs manquent peut-être d'une codification d'ampleur à l'image de ce qui existe en droit privé. Un livre entier du Code de procédure civile est d'ailleurs dédié aux modes alternatifs de règlement des litiges. La voie nouvelle à emprunter est peut-être également un code commun qui permettrait de regrouper l'ensemble des définitions, ou du moins une charte qui permettrait de clarifier les différentes définitions et régimes juridiques entre médiation, conciliation et transaction.

Ces nouvelles voies de justice sont désormais empruntées plus aisément par les administrations et les administrés, qui y sont d'ailleurs parfois obligés. A cet égard, est expérimentée la médiation préalable obli-

<sup>37</sup> Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

<sup>38</sup> LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle

<sup>39</sup> M.-O. Diemer, « Un impensé dans la procédure administrative : les modes alternatifs de règlement non juridictionnels des différends », *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2016, Dossier 02 « Les relations entre le public & l'administration » (dir. Saunier, Crouzatier-Durand & Espagno-Abadie) ; Art. 79.

<sup>40</sup> Voir par exemple les arrêts anciens suivants : *C.E., 23 décembre 1887*, de Dreux-Brézé, évêque de Moulins, *Rec.*, p. 842 ; *C.E., 17 mars 1893*, Compagnie du Nord de l'Est et autres, *Rec.*, p. 245.

<sup>41</sup> Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration.

<sup>42</sup> Complétés par le décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 codifié aux articles R. 213-1 et suivants du CJA.

gatoire depuis quelques mois concernant les litiges de la fonction publique et les litiges sociaux<sup>43</sup>. La culture alternative tend, non pas à supplanter, mais en tous cas à compléter la culture du procès.

Le procès tel que vu traditionnellement, du juge face aux avocats et au requérant n'est pas daté mais il doit être profondément renouvelé et envisagé de manière plus ouverte.

### 3 Conclusion

Sans tomber dans les travers de la science fiction, et au contraire en insistant sur la nécessité de dépassionner le débat, il est de toute façon incontestable que nous sommes dans un mouvement irrésistible de transformation de la justice. Une transformation dans la manière de la concevoir, de la rendre et il n'est donc pas nouveau de rappeler que la justice entre véritablement dans une nouvelle ère, incarnée d'ailleurs par la loi sur la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, la loi pour une république numérique et la loi sur la programmation de la justice. Repenser le droit à l'ère du numérique<sup>44</sup> n'est cependant pas synonyme d'apocalypse juridique.

Il semble pourtant que le réflexe de l'écriture d'un scénario tragique qui accompagne toute évolution technologique ou toute nouvelle méthode se soit encore manifesté à l'évocation des justices alternatives. Pourtant, ces nouvelles techniques ne cherchent pas en elles-mêmes à déposséder le juge de son monopole de justice ou de ses capacités de réflexion. Il semble en effet que l'on oublie un paramètre essentiel dans l'avènement de ces nouvelles techniques qu'est simplement notre humanité. En effet, toute machine, tout logiciel, et toute innovation technologique est sous notre responsabilité et sous notre maîtrise. Il faut assurément empêcher cette mécanique dans laquelle faiblesse et résignation naissent. La véritable mise en garde c'est donc à nous-même qu'il faut se la poser et se l'imposer car notre pire ennemi en termes de disparitions potentielles des métiers juridiques est bien nous-mêmes. La technologie est une aide et se doit d'être vue comme un outil complémentaire tout comme les modes amiables de règlement des litiges. Offrir plusieurs techniques et plusieurs méthodes est donc un atout pour la justice. Mentionner les alternatives à la justice institutionnelle et traditionnelle ne doit donc pas servir à simplement nourrir notre imaginaire et nos craintes mais doit surtout servir à comprendre comment la justice peut s'améliorer, et s'adapter. La seule perspective qui ne doit ainsi ne jamais être perdue de vue est de savoir comment offrir un meilleur service au justiciable.

<sup>43</sup> Décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire.

<sup>44</sup> B. Dondero, *Le droit 2.0*, LGDJ, 2015.





**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O estado da luxúria: a parábola do BMW e a real dimensão do debate sobre a reserva do possível:** escassez de recursos ou ordenação de prioridades?

**The state of lust: the tale of BMW and the real dimension of the debate about the Boundaries of the achievable:** is it scarce resources or priorities?

Assis José Couto do Nascimento

# O estado da luxúria: a parábola do BMW e a real dimensão do debate sobre a reserva do possível: escassez de recursos ou ordenação de prioridades?\*

## The state of lust: the tale of BMW and the real dimension of the debate about the Boundaries of the achievable: is it scarce resources or priorities?

Assis José Couto do Nascimento\*\*

### Resumo

Com base em exemplos específicos da gestão financeira e orçamentária brasileira, e na premissa de que tais exemplos representam uma realidade generalizável, este artigo formula a alegoria do BMW — uma situação teórica em que despesas desnecessárias e/ou equivocadas são utilizadas como fundamento para o argumento judicial da reserva do possível. Discorre, ainda, sobre uma possível deficiência na fundamentação das decisões judiciais que se utilizam do referido argumento.

**Palavras-chave:** Orçamento. Constituição. Reserva do Possível. Judicialização de Políticas Públicas. Gestão Pública.

### Abstract

From specific examples relating to the Brazilian financial and budget management, and under the premise that such examples represent a generalizable reality, this article puts forward the BMW allegory — a theoretical situation where unnecessary and / or misguided expenses are used as a foundation for the judicial argument of the Boundaries of the possible achievable — also talking about a possible deficiency in the grounds of the judicial decisions using the above argument.

**Keywords:** Budget. Constitution. Boundaries of the possible achievable. Judicialization of Public Policies. Public Management.

## 1 Introdução

Ao que parece, o Estado brasileiro, em relação a seus credores, comporta-se de forma peculiar e que pode ser descrita pela seguinte metáfora: “*não posso pagar o que devo, pois o cumprimento das minhas obrigações impedir-me-ia de comprar e manter meu BMW*”. A metáfora é deliberadamente provocativa para

\* Recebido em 07/01/2019  
Aprovado em 23/02/2019

\*\* Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2017). Professor no curso de Graduação em Direito do Instituto de Ensino Superior Planalto. Advogado. Email: ajn1974@gmail.com

insinuar que o Estado brasileiro seria pouco criterioso em relação a suas finanças, e que essa prodigalidade teria impacto direto e imediato na função estatal primeira de promover o bem comum. Paralelamente, nos estados constitucionais contemporâneos, está pacificado que essa função estatal fundamental é exteriorizada, em âmbito normativo, pelos direitos sociais inscritos na Constituição Federal, sendo passível de tutela na via judicial.

Surge, então, a necessidade de melhor compreender a questão orçamentária no setor público, no sentido de fundamentar adequadamente o debate que decorre das pretensões subjetivas judicializadas em face dos direitos socioconstitucionais, abstratamente considerados. Ora, com base nas lógicas que envolvem o agora denominado argumento orçamentário, o Judiciário não apenas deve decidir casos concretos que envolvem prestações estatais mas também precisa formatar uma jurisprudência que sirva de orientação-mestre para os atores sociais, e tal questão é especialmente sensível no espectro da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em termos metodológicos, o objeto deste estudo circunscreve a relação binária (expectativas *versus* possibilidades) que exsurge dos debates judiciais sobre o orçamento público, analisando alguns aspectos da relação verificada entre as promessas constitucionais positivadas e as possibilidades reais de cumprimento daquelas promessas. De forma mais específica, trata-se de refletir sobre os dois vetores do argumento orçamentário: de um lado, se coloca o critério da *reserva do possível*, argumento estruturado na ideia de que há um limite material para o atendimento de pretensões subjetivas e cuja aferição dar-se-ia por um critério de razoabilidade; por via diversa, há o argumento de que não é adequado frustrar a concretização de direitos constitucionais com base em uma certa interpretação da tecnocracia orçamento-financeira.

Lembrando da hipótese deste trabalho, aquele suposto traço de prodigalidade que seria constatável na gestão dos recursos públicos, denota-se a pergunta representativa do problema: na experiência brasileira, os recursos públicos *são* escassos ou *tornam-se* escassos a partir de uma gestão equivocada? Assim, é razoável a tentativa de buscar uma melhor compreensão do tema para tentar subsidiar uma abordagem jurídica mais abrangente, traduzindo, assim, o *porquê* deste estudo. Subsiste, então, a questão de *como* promover essa depuração no debate e, nesse intento, pretende-se confrontar categorias teóricas aparentemente não relacionáveis: i) a lógica econômico-financeira que serve de substrato para a construção do orçamento público, em face da ii) estrutura da fundamentação do discurso judicial que trata dos direitos sociais constitucionais.

As dificuldades são evidentes e consideráveis, já que se tratam de sistemas distintos, com regras próprias, objetivos e métodos distintos. Entretanto, é o percurso necessário. Consoante, o trabalho está dividido em cinco capítulos, iniciando com algumas reflexões acerca do caráter perdulário que marca a definição das prioridades orçamentárias, a partir de exemplos representativos do aspecto voluptuário de alguns gastos públicos, para prosseguir com algumas considerações gerais sobre economia e orçamento, no sentido de evidenciar questões que aparentemente passam despercebidas no debate sobre direito e orçamento. Por fim, pretende-se debater a tese do autoengano e sua importância para compreender a suposta distorção na fundamentação judicial que trata do argumento orçamentário.

## 2 A parábola do BMW

Conforme explicado, a hipótese deste trabalho é que o Estado brasileiro é um administrador financeiro inábil, o que decorreria, principalmente, de uma dificuldade na correta percepção de prioridades no gasto público. É necessário, então, melhor contextualizar a questão. Em 26/01/2016, foi publicada notícia informando a aquisição, pelo Detran-DF, de 14 motos da marca BMW<sup>1</sup>. No dia seguinte foi noticiado que o

<sup>1</sup> O custo individual de aquisição era de R\$ 46.324,00, totalizando mais de seiscentos mil reais. Disponível em: [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2016/01/27/i\\_515461/rolleberg-pede-cancelamento-da-compra-de-motos-de](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2016/01/27/i_515461/rolleberg-pede-cancelamento-da-compra-de-motos-de)



Governador do Distrito Federal requereu a suspensão da compra, e, logo após, foi noticiado que o Corpo de Bombeiros do DF já havia comprado motos importadas daquela marca<sup>2</sup>.

Sendo notória a relação entre a referida marca e o mercado de alto luxo, obviamente as notícias causaram espanto, tanto que foram amplamente veiculadas na imprensa. Diversas análises poderiam ser construídas apenas em face do exemplo da compra de motos BMW<sup>3</sup>. Por exemplo, o fato de um Governador de Estado, responsável por um orçamento superior a 34 bilhões de reais<sup>4</sup> ser obrigado a pessoalmente intervir numa compra de seiscentos mil reais, pela obviedade do absurdo representado pela aquisição, especialmente em razão do momento de estrangulamento financeiro do Governo Distrital, inclusive com atraso de salários<sup>5</sup>.

De toda forma, supõe-se que a aquisição de motos de luxo para patrulhar avenidas da capital federal é um evidente despropósito e caracteriza o que pode ser compreendido como uma *alegoria do luxo*. Basta considerar que dois aventureiros, em viagem posteriormente documentada em livro, escolheram motocicletas BMW para um trajeto que, iniciando no norte da Escócia, passou pela Tunísia, Líbia, Egito, Sudão, Etiópia, Quênia, Uganda, Ruanda, Tanzânia, Malawi, Zâmbia, Botswana e Namíbia, tinha como destino final a África do Sul<sup>6</sup>.

Aparentemente, as necessidades de transporte para atravessar os continentes europeu e africano são semelhantes às necessidades de transporte de servidores públicos do Distrito Federal. Mais grave, entretanto, é considerar a possibilidade de que a citada *alegoria do luxo* possa ser uma realidade generalizável na experiência brasileira. Por exemplo, a partir do relatório *Prestação de Contas* do Detran/DF de 2016<sup>7</sup> é possível constatar outro exemplo representativo: as receitas (R\$ 410,2 milhões) estavam compostas por *receitas diretamente arrecadadas* (R\$ 299,8 milhões) e *receitas multa de trânsito* (R\$ 110,3 milhões).

No que interessa a este artigo, as despesas: R\$ 299,7 milhões a título de *despesas de administração geral e despesas de pessoal*. Ou seja, tudo aquilo que é diretamente arrecadado (R\$ 299,8 milhões) custeia, apenas, a própria estrutura do Detran/DF (R\$ 299,7 milhões). Todas as outras despesas (*engenharia, educação de trânsito, atendimento ao usuário etc.*) são custeadas por recursos oriundos das *multas de trânsito*. Assim, é correto afirmar que o Detran/DF *precisa que a lei seja descumprida* para que haja recursos que possam ser aplicados na fiscalização e aplicação da lei.

Inobstante, o objetivo desse trabalho não é consolidar um apanhado de notícias sobre abusos nos gastos públicos, mas denunciar que o estado brasileiro é pródigo na realização de despesas desnecessárias e/ou equivocadas. Ao que parece, o Estado brasileiro encerra-se em si, buscando garantir o máximo dos recursos disponíveis para sua própria estrutura. Na literatura sociológica, tal situação envolve um traço cultural que seria perceptível na sociedade brasileira: a dificuldade de formalizar “acordos coletivos duráveis em terra onde todos são barões”<sup>8</sup>.

luxo-para-o-detran.shtml. Acesso em: 27 jan. 2016.

<sup>2</sup> Na aquisição realizada pelo Corpo de Bombeiro, foi noticiado que o custo individual das motocicletas foi de R\$ 38.000,00. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2016/01/28/i,515604/corpo-de-bombeiros-do-df-comprou-motos-importadas-da-marca-bmw.shtml>. Acesso em: 28 jan. 2016.

<sup>3</sup> Seria relevante indagar, por exemplo, por que o Corpo de Bombeiros (também do Distrito Federal) considerou adequada a compra de um modelo cujo custo unitário era 18% mais barato.

<sup>4</sup> DISTRITO FEDERAL. *Lei nº 5.601, de 30 de dezembro de 2015*. DODF nº 250 (supl.), de 31 dez. 2015.

<sup>5</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/09/gdf-atrasa-beneficios-de-servidores-pelo-segundo-mes-seguido.html>. Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>6</sup> MCGREGOOR, Evan; BOORMAN, Charles. *Long way down*. London: Hachette Digital, 2007.

<sup>7</sup> Disponível em: <http://www.detran.df.gov.br/prestacao-de-contas-anual.html>. Acesso em: 04 jun. 2018.

<sup>8</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 32.



### 3 Judicialização da política pública e o custo dos direitos

É necessário firmar um conceito adequado à expressão *judicialização da política*, sendo razoável compreendê-la, ao menos neste trabalho, como a lógica jurídico-instrumental que possibilita ao Poder Judiciário adentrar no mérito da política pública para sobrepujar as opções do legislador/administrador e impor as escolhas do Juízo. Obviamente, há defensores e detratores desse tipo de intervenção. Para os primeiros, a judicialização da política é apenas o conseqüente lógico de um sistema hierárquico-decisório constitucionalmente determinado, ou seja, um subproduto necessário e inevitável da Jurisdição Constitucional.

Não se argumenta que a relação constitucionalismo/judicialização excessiva seja universal, mas apenas que é perceptível no exemplo brasileiro. Afinal, “Se tudo é matéria constitucional haverá uma profusão de incidentes de constitucionalidade que deságuam no Supremo.”<sup>9</sup>. Em outra via, conforme a doutrina<sup>10</sup>, as críticas à *judicialização da política pública* envolvem argumentos de duas ordens: i) argumentos de ordem político-institucional, que tratam das questões de *legitimidade política* do Poder Judiciário (fundamentalmente o problema da separação dos poderes); e ii) argumentos de ordem econômico-financeira, que são debatidos sob o prisma do *gasto público*<sup>11</sup>.

Nesse contexto, é necessário enfrentar essas questões com a respectiva *importância democrática*: dada a vedação ao *non liquet*, o Judiciário deve decidir questões de cunho político-econômico-orçamentário. Ao fazê-lo, pode sobrepujar as escolhas e/ou omissões do legislador/administrador, *superando* judicialmente o debate político institucionalizado *também por força da Constituição*. Por conseqüência, o Judiciário deve considerar toda a complexidade do sistema orçamentário-constitucional, que envolve, simultaneamente, elementos espaciais, temporais e funcionais<sup>12</sup>, questões envolvidas num multiverso de contingências e complexidades que não podem ser negligenciadas.

Em suma, e considerando que o Poder Judiciário é convocado rotineiramente a enfrentar questões capitais que envolvem direitos fundamentais e orçamento<sup>13</sup>, é necessário enfrentar o problema do *custo dos direitos*: enquanto o orçamento é construído com base em uma lógica econômica que envolve a *mais adequada alocação dos recursos*<sup>14</sup>, a lógica jurídica volta-se a desnaturalizar<sup>15</sup> a expressão *melhor alocação* e abordar o tema sob um ideal de justiça. Tal situação permite afirmar que a *judicialização das políticas públicas* induz a um tipo de *transtorno dissociativo de identidade* na relação direito/economia-orçamento, já que o Direito se apresenta, concomitantemente, como *instrumento de viabilidade* e como *instrumento de limitação* das relações econômicas<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008. p. 446.

<sup>10</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. *Fórum Administrativo – Dir. Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, 2009. p. 9.

<sup>11</sup> É razoável supor que o debate sobre o gasto público é ponto central no debate sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul./dez. 2008. p. 540.

<sup>12</sup> Na Constituição Federal, os artigos 165 e seguintes tratam de diversos temas, por exemplo: i) o planejamento regionalizado e federal; ii) orçamentos anuais, diretrizes orçamentárias e plano plurianual (ou seja, questões de curto, médio e longo prazos); iii) o objetivo de reduzir desigualdades inter-regionais (dentre outras funções).

<sup>13</sup> Um debate recente envolve ações judiciais para obrigar a distribuição, à custa do Erário, das denominadas “cápsulas contra o câncer” — a fosfoetanolamina. A particularidade mais interessante é que tal farmacológico sequer cumpriu exigências científicas mínimas para receber a denominação de medicamento: “Segundo a decisão do ministro, proferida na Ação Cautelar (AC) 4081, as informações serão necessárias à análise do pedido, uma vez que faltam dados sobre a segurança da substância para a saúde dos pacientes.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=307455&caixaBusca=N>. Acesso em: 15 fev. 2016.

<sup>14</sup> Essa lógica da melhor alocação dos recursos envolve, então, a relação custo-benefício, “[...] que demanda conhecer e mensurar as vantagens e desvantagens que envolvem a tomada de uma decisão política, como no caso de decidir entre a construção de usina termoeletrica, hidroeletrica ou atômica.” SILVA, Lino Martins. *Contabilidade governamental: um enfoque administrativo da nova contabilidade pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 348.

<sup>15</sup> Conforme a doutrina, naturalizar um conceito é selecionar de forma arbitrária e autoritária um dos possíveis modos de pensar a questão, ignorando outras dimensões e significados que poderiam ser considerados e/ou aplicados ao problema em questão. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: FVG, 2013.

<sup>16</sup> GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 15.

### 3.1 O paradigma da “suprafundamentalidade”

No tema das políticas públicas, o Supremo Tribunal consigna que o postulado da dignidade da pessoa humana antecede todo e qualquer rol de direitos constitucionais. A dignidade, assim, seria uma espécie de direito *suprafundamental*, cuja íntima relação com a intangível ideia de *mínimo existencial* deve guardar as condições de uma *existência digna* — que ocorreria com a *plena fruição* de direitos sociais básicos<sup>17</sup>. O referido acórdão<sup>18</sup> perfaz um exemplo paradigmático nessa discussão, pois, ao mesmo tempo em que declara a *escassez de recursos*, afirma a impossibilidade de que tal escassez possa inviabilizar quaisquer políticas públicas definidas na Constituição.

Nessa ordem, parece haver contradição performática no raciocínio: se, realmente, há escassez (*falta água*), é impossível ordenar o atendimento integral da pretensão (*matar a sede*). Nesse sentido, poder-se-ia no máximo analisar o quanto dos recursos (*de água*) cada um poderá titularizar individualmente com base nas reais necessidades e disponibilidades. Ademais, em nada ajuda a menção jurisprudencial ao *postulado da essencial dignidade da pessoa humana*, já que tal postulado não tem o condão de *produzir* recursos. O debate, então, parece equívocado: ou há escassez de recursos e as pretensões constitucionais não serão integralmente atendidas, ou não há escassez propriamente dita, mas sim um desvio da ordenação de prioridades.

Nesse contexto, o uso dos vocábulos *mínimo existencial*, *reserva do possível*, ou *dignidade da pessoa humana* são interessantes apenas no que se refere à significação poética, pois são usados para evitar o necessário *debate concreto* sobre as *reais* disponibilidades que devem suprir as *reais* necessidades (e em qual medida). É importante perceber a complexidade que permeia o aspecto funcional das palavras: por exemplo, algo só pode ser considerado *excessivamente* oneroso em face de um ponto ótimo previamente estipulado, um *equilíbrio desejado*. Tal equilíbrio, entretanto, vai depender da natureza e tipo específico da relação controversa: “[...] em um contrato de compra e venda de um medicamento de uso contínuo será avaliado segundo certos critérios, enquanto em um contrato de leasing de veículo, a mesma questão será avaliada segundo outros critérios.”<sup>19</sup>

Assim, os termos acima, classificados como poéticos, apresentam função avaliatória e, nessa condição distinguem-se daqueles que apresentam função descritiva, sendo especialmente necessário distinguir esse aspecto funcional da linguagem quando se trata do discurso jurídico. O ponto fundamental é compreender que as palavras são utilizadas com base em critérios previamente determinados por aquele que emite a mensagem, e que o uso de termos avaliatórios, sem a necessária explicitação de sentido que demonstre quais critérios foram utilizados por quem discursa, representará um déficit de fundamentação da decisão judicial<sup>20</sup>.

Nesse contexto, o uso da expressão *dignidade da pessoa humana*, sem a necessária ampliação de sentido, representa, apenas, um conceito naturalizado e formaliza aquilo denominado *zona de antarquia*, uma *falsa justificação* das decisões judiciais<sup>21</sup>. Na essência, a expressão *dignidade da pessoa humana* não apresenta um real

<sup>17</sup> Trecho do julgado: “A cláusula da reserva do possível — que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição — encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337/SP*, Rel. Min. Celso de Mello. DJe nº 177, publicado em: 15 set. 2011.

<sup>18</sup> Sobre o acórdão identificado na nota anterior, é datado de 2011, e posterior ao julgamento da STA 91 (que enfrentou problema do limite material dos recursos como excludente para a obrigatoriedade do Estado em fornecer medicamentos). Daí se permite concluir que a jurisprudência do STF ainda oscila no debate sobre *necessidades versus possibilidades*, sendo perceptível um padrão argumentativo “[...] que não considera o orçamento público como um meio para se realizar políticas públicas, mas como um obstáculo a elas.” WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul./dez. 2008. p. 547.

<sup>19</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009. p. 153.

<sup>20</sup> FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009. p. 153.

<sup>21</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: FVG, 2013.

conteúdo argumentativo que sirva de fundamento para uma decisão judicial no tema “finanças públicas e orçamento”. Para confirmar tal afirmação, basta imaginar um cenário hipotético em que há ordem judicial para determinar a internação de pessoa em estágio terminal de câncer na única vaga disponível de Unidade de Terapia Intensiva – UTI ao mesmo tempo em que chega àquela UTI um cidadão acidentado. Nessa hipótese, faz sentido afirmar que a vida (protegida por sentença judicial) é *mais digna* do que a vida do cidadão acidentado<sup>22</sup>?

E há inúmeras implicações, como, *e.g.*, a tese da *derrotabilidade da norma*, essencialmente baseada na premissa de que a norma jurídica pode ser desconsiderada a partir de um contexto factual<sup>23</sup>. Ora, se a dignidade da pessoa humana justifica a concessão da fosfoetanolamina<sup>24</sup> para atender um pleito judicial específico, por que restringir os efeitos da decisão apenas para aquela hipotética ação individual? Afinal, se o argumento da dignidade da pessoa humana se presta a superar questões científicas sobre a viabilidade medicamentosa da substância, por que também não *derrotar* as questões processuais relativas aos efeitos *inter partes* das decisões judiciais<sup>25</sup>?

Portanto, a questão afeita aos custos dos direitos constitucionais deve ser enfrentada com base em um alerta: ainda que exista razão na crítica ao *conforto do pragmático*, que desconsidera questões teóricas importantes no afã de resolver problemas concretos, também é válida a reprimenda àquilo que agora se denomina de *conforto do crítico* que, orientado a corrigir “injustiças sociais”, faz uso de expressões avaliatórias para dar relevo a *proclamações abstratas*, desprovidas de real conteúdo normativo<sup>26</sup> e irresponsáveis em relação às consequências e efeitos derivados<sup>27</sup>.

De qualquer forma, ainda que não devamos confundir as noções de *preço e valor*<sup>28</sup>, é necessário perceber que a *dignidade* impõe reflexos no preço, e tal reflexo importa na reflexão sobre a dimensão econômica — o *custo-benefício* — da política pública judicializada. Assim, ainda que seja evidente o equívoco de tentar reduzir a Teoria do Direito ao utilitarismo, também não se pode olvidar que o Direito é ciência social *aplicada* e exige um diálogo com outras ciências, inclusive a Economia e seu primado de *padrões normativos de avaliação*<sup>29</sup>.

Por óbvio, não se pretende defender a *ciência racionalista* como um tipo de *bastião-redentor* dos problemas sociais. Sabe-se, nessa quadra histórica, que o conhecimento científico é hipotético e conjectural<sup>30</sup> dado que

<sup>22</sup> É evidente a necessidade de critérios de prioridade a serem observados pelos profissionais competentes, considerando que a limitação de vagas (ou de qualquer outro serviço ou produto médico) é um imperativo de racionalidade, não sendo razoável supor que o Estado deva criar e manter vagas em número suficiente para suprir todas as eventualidades imagináveis.

<sup>23</sup> A tese da derrotabilidade supõe que a riqueza da realidade não pode ser predeterminada pelo legislador, e, nessa lógica, seria possível pensar que determinados contextos fáticos teriam o condão de sustar a aplicação da lei. SGARBOSSA, Luís Fernando. *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 61.

<sup>24</sup> Vide nota de rodapé nº 14.

<sup>25</sup> Tal situação permitiria que a sentença individual concedesse a substância para todos os elegíveis — aqueles que detivessem uma prescrição médica para o uso da substância. E, além de debater sobre a seletividade daquilo *derrotável*, quais os outros critérios hermenêuticos necessários para a derrotabilidade da norma? É evidente que a mera ideia de contexto factual é insuficiente — basta lembrar, no exemplo da internação em UTI — que a existência simultânea de dois elegíveis à única vaga para internação também representa contexto factual.

<sup>26</sup> É justamente em face de uma jurisprudência estruturada em proclamações abstratas que as críticas ao ativismo judicial soam tão retumbantes: a abstração permite, ao juiz, *um maior espaço para fazer o que quer, sem controle nem responsabilização*. É pertinente o alerta de que “Se o texto não é um pleno de sentido, tampouco a decisão é criadora de um sentido que nunca existira.” FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009. p. 317.

<sup>27</sup> Afinal, cabe lembrar, não existe tratamento que não apresente algum tipo de efeito colateral.

<sup>28</sup> Aqui, toma-se emprestado o termo valor como sinônimo de dignidade para citar José Reinaldo de Lima Lopes: “O preço é o valor das coisas que se trocam, a dignidade é o valor das coisas que não se trocam.” LOPES, José Reinaldo de Lima. *Decidindo sobre recursos escassos: raciocínio jurídico e economia*. In: *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 272.

<sup>29</sup> “Além de uma teoria científica do comportamento, a economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. As leis não são apenas argumentos arcanos, técnicos; elas são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes. Para conhecer os efeitos das leis sobre esses objetivos, os juízes e outros legisladores precisam ter um método para avaliar os efeitos das leis sobre valores sociais importantes. A eficiência sempre é relevante para a definição de políticas já que é melhor atingir qualquer política dada a um custo menor do que a um custo mais alto.” COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 26.

<sup>30</sup> POPPER, Karl. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 158.

a verdade científica nada mais é do que o momento atual de um paradigma obrigatoriamente precário. Aliás, a denominação *hipótese científica* decorre justamente da precariedade do paradigma científico — cuja aplicação decorre tão somente de uma falseabilidade ainda não demonstrada: “Por um lado, a teoria de Einstein destruiu não apenas a autoridade de Newton, mas também o autoritarismo da ciência”<sup>31</sup>. Não se trata, então, de estabelecer “certezas científicas” no âmbito do Direito, mas de compreender e aceitar o primado da razão enquanto critério de avaliação do discurso jurídico, o que não é possível com o uso de expressões vazias tais como *suprafundamentalidades*, *dignidades* ou *mínimos existenciais*, quando utilizadas sem nenhum tipo de controle linguístico.<sup>32</sup>

## 4 O orçamento como carta de intenções

É adequado esclarecer que apenas é possível discorrer razoavelmente sobre o *critério da reserva do possível* enfrentando argumentos que, a princípio, soam estranhos ao debate jurídico. Talvez essa estranheza seja justamente o cerne do problema, porque parece haver, no âmbito do direito, certa dificuldade em entender as dimensões ontológicas e deontológicas do orçamento, que compreende diversos aspectos (jurídico, político, econômico e técnico-contábil)<sup>33</sup>. Há uma pertinente crítica sobre uma denominada *visão formalista-tradicional* sobre orçamento, descreve que a lei orçamentária estaria *fechada a influências externas*, “[...] isolada dos contextos histórico, econômico, político e social [...]”.<sup>34</sup>

O problema, no particular, é o equívoco de perceber o orçamento como mera formalidade administrativa, em detrimento de entendê-lo como efetivo instrumento de gestão, especialmente pelo fato de que a *dimensão gerencial* do processo orçamentário — ferramenta de planejamento governamental — está definida no próprio texto constitucional<sup>35</sup>. Ademais, apesar da aparente tautologia, é necessário uma certa maturidade gerencial para compreender a *complexidade orçamentária* que envolve a importância da receita pública na formulação do *princípio do equilíbrio orçamentário*<sup>36</sup>. Ora, o debate sobre o argumento orçamentário não perpassa apenas o âmbito das despesas assumidas pelo ente público, mas pela lógica de equilíbrio orçamentário e fiscal que deve ser considerada pelo administrador público.

Lembrando o texto-padrão da ementa de qualquer lei anual de orçamento (o trecho “*Estima a receita e fixa a despesa [...]*”), cabe compreender que a receita pública é uma estimativa, uma grandeza *conceitualmente dinâmica* que varia conforme a assertividade dos critérios utilizados na estimativa, numa ordem diretamente proporcional<sup>37</sup>. Por exemplo, se o administrador subavaliar o impacto da sonegação fiscal — critério estatisticamente aferível — a receita efetiva será inferior àquela prevista. Por conseguinte, a receita efetiva não atenderá à integralidade das despesas previstas inicialmente e exigirá algum tipo de realocação dos recursos.

<sup>31</sup> POPPER, Karl. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 155.

<sup>32</sup> Cabe lembrar que os críticos de Copérnico não estavam exatamente certos, nem errados: “Parte do que entendiam pela expressão “Terra” referia-se a uma posição fixa. Tal Terra, pelo menos, não podia mover-se. Do mesmo modo, a inovação de Copérnico não consistiu simplesmente em movimentar a Terra. Era antes uma maneira completamente nova de encarar os problemas da física e da astronomia, que necessariamente modificava o sentido das expressões “Terra” e “movimento”. KUHNS, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 248.

<sup>33</sup> AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito financeiro: a lei 4.320 – comentada ao alcance de todos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 33.

<sup>34</sup> CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 977.

<sup>35</sup> SILVA, Lino Martins. *Contabilidade governamental: um enfoque administrativo da nova contabilidade pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 171.

<sup>36</sup> “No momento da elaboração do orçamento, o montante fixado para as despesas seja, igualmente, o mesmo valor previsto para as receitas.” AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito financeiro: a lei 4.320 – comentada ao alcance de todos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 43.

<sup>37</sup> Quanto maior a assertividade dos critérios maior será o resultado apurado a título de receita.



Consoante, debater o critério da reserva do possível apenas em face da despesa é uma forma equivocada de análise, pois olvida a importância da estimativa das receitas em relação ao equilíbrio orçamentário e em relação às reais expectativas e possibilidades orçamentárias. Tal questão é especialmente sensível quando se constata a possibilidade de existência de uma *ilegítima manipulação* na estimativa das receitas, no sentido de distorcê-la até que os valores estimados satisfaçam *formalmente* as previsões legais que tratam do equilíbrio e responsabilidade fiscal.

Nessa lógica, as receitas não seriam tecnicamente mensuradas, mas politicamente fixadas no sentido de alcançar um equilíbrio orçamentário meramente formal, descaracterizando qualquer pretensão de técnica orçamentária. Lembrando da importância dos efeitos da atividade econômica (produção de riqueza) sobre a receita pública (apropriação de parcela da riqueza pelo Estado), a variabilidade daquela atividade econômica formata o argumento da *imprevisibilidade da economia*. Por sua vez, essa *imprevisibilidade* parece ser o pilar da hipótese de manipulação na estimativa das receitas<sup>38</sup>.

Esse ponto é fundamental, pois representa com assertividade aquilo que se percebe na práxis, em que há dados que sugerem que a estimativa da receita se dá com base em critérios profundamente questionáveis e permite afirmar que o orçamento público brasileiro é tratado como mera carta de intenções. De fato, há desafios na formulação de expectativas econômicas assertivas, e tal situação é parodiada até pelos especialistas: “É verdade que os mercados de ações podem prever os ciclos econômicos. O mercado de ações previu *nove* das últimas *cinco* recessões”<sup>39</sup>. Entretanto, ainda que se reconheçam as dificuldades, o administrador não fica autorizado a ignorar o conteúdo técnico do orçamento, e muito menos a necessidade de considerar o orçamento a partir de sua dimensão gerencial.

#### 4.1 A dimensão gerencial da política pública: uma notável desconhecida

Um alerta inicial: gerenciar não é, *per se*, cortar luxos (o que poderia ser equivocadamente deduzido da *parábola do BMW*), mas é medir, parametrizar, planejar, implementar, controlar, revisar e auditar. Assim, uma *política gerencial* deve considerar premissas e condições, determinar metas e estabelecer as ações necessárias para a concretização do resultado, considerando ainda os custos envolvidos<sup>40</sup>. Um segundo alerta: o trabalho acadêmico demanda um corte metodológico, que tanto será arbitrário quanto necessário. Assim, é necessário superar algumas questões orbitais (*e.g.*, o enredo histórico da tentativa de modernização da burocracia brasileira na era Vargas, ou o problema sobre a burocracia weberiana como modo de dominação), e iniciar esta análise em meados da década de 1990, quando o Brasil teria adotado o ideário do *new public management*<sup>41</sup>.

Também cabe ressaltar que não há a intenção de defender o modelo gerencial como a melhor ou única forma de refletir sobre a Administração Pública, mas apenas ressaltar a importância de referências e conceitos fundamentais, aparentemente negligenciados na experiência brasileira<sup>42</sup>. Superados os alertas, veja-se

<sup>38</sup> Veja-se que a legislação em vigor determina que a variação do Produto Interno Bruto-PIB seja observada nas propostas orçamentárias. BRASIL. *Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000*. DOU nº 86, de 05 maio 2000.

<sup>39</sup> Frase proferida por Paul Samuelson, ganhador do prêmio Nobel de economia no ano de 1970. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/f1412200913.htm>. Acesso em: 18 fev. 2016.

<sup>40</sup> Qualquer exercício mental é capaz de evidenciar que, dadas condições específicas, há um modelo ideal de alocação de recursos. Por exemplo: dadas condições bioquímicas próprias, a quantidade de calorias ingeridas e calorias gastas apresenta um resultado ideal (peso adequado) ou não (desnutrição ou sobrepeso). Por sua vez, a correção do resultado não-ideal envolve custos financeiros (*e.g.*, meios para entrar em contato com o nutricionista) e não financeiros (o esforço pessoal de observar a dieta).

<sup>41</sup> É razoável afirmar que os temas da reforma administrativa e da administração pública *gerencial* apenas voltam à discussão política no Brasil a partir de 1994. MATIAS-PEREIRA, José. *Curso de administração pública: foco nas instituições e ações governamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>42</sup> Ana Paula Paes de Paula descreve que a ideia de nova administração pública pareceu, naquele momento, o modelo ideal para o gerenciamento do Estado, prescrevendo, entretanto, um outro modelo que considera mais adequado: um tipo de ponderação entre administração pública *gerencial* e o que ela denomina de *administração pública societal*. PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

que, a partir do quadriênio 2000/2003, a gestão federal foi organizada em ações governamentais (*programas*), estruturadas sob a forma de *ciclo de gestão*, entendido como um modelo de atuação segmentado em formulação (planejamento), implementação (execução) e avaliação (controle e auditoria).

Por exemplo, confira-se a Lei 9.989 de 21/07/2000: o Anexo I descreve diretrizes estratégicas e *macro-objetivos* para (dentre outros objetivos) *modernizar a infraestrutura a melhorar serviços de telecomunicações*; o Anexo II-A formaliza o *programa 0274* (energia elétrica), com o objetivo de *assegurar condições para o pleno atendimento aos consumidores*, fixando ações/metast/custos (por exemplo, *ação cód. 2409, tipo A, Autorização de construção de pequena central hidroelétrica, R\$ 789.150*); por fim, o Anexo III apresenta ainda os *valores totais por programa* (por exemplo – *Programa 0274 – Valor PPA 2000-2003 – R\$ 109.809.169,00*).

O relato acima apresenta um modelo de gestão que parametriza *objetivos, condições, ações e custos*, ou seja, uma predeterminação de intenções e uma vinculação orçamentária. Tal situação: i) exige do administrador clareza de propósitos; ii) exige que os objetivos pretendidos sejam organizados em face do orçamento; e iii) torna factível o monitoramento da atuação do administrador em face do planejamento realizado. Esse paradigma evidencia a importância do orçamento enquanto ferramenta de gestão que viabiliza a materialização das escolhas políticas do administrador.

Nesse momento, talvez fosse possível supor uma contradição neste texto: se, na década de 1990, o país adotou a *nova gestão pública*, e, na década de 2000, adotou a *gestão programática*, como afirmar aqui que a dimensão gerencial da política pública é desconhecida? De forma mais imediata e simplista, a resposta envolve a distinção entre o *plano do discurso* e o *plano da ação*, aquela separação entre discurso e conduta que é absolutamente corriqueira no plano político brasileiro. No ponto, a doutrina sociológica explica que a linguagem pode operar uma divisão na realidade política: um contexto *institucional*, ou seja, o mundo normativo que é ostensivo e público; e um contexto factual, *aquilo que estaria de fato acontecendo*, que existe nos bastidores das reuniões fechadas<sup>43</sup>.

Ademais, para explicar a suposta contradição aludida acima, também é possível arriscar uma resposta mais complexa, estruturada em duas razões: uma razão jurídico-cultural (que será explicada em outro tópico) e uma razão técnico-orçamentária. A resposta técnico-orçamentária envolve aquela citada dificuldade na compreensão das diversas dimensões do orçamento e supõe que a *inabilidade financeira* do Estado decorre de uma *inabilidade administrativa*, constatável ainda na fase inicial do ciclo de gestão (o planejamento).

Supõe-se que não há clareza sequer na construção teórica do conceito de orçamento, justamente o problema de ser percebido como carta de intenções. Conceitualmente distorcido e funcionalmente ineficaz, o orçamento só pode existir enquanto instrumento meramente formal, desconectado do processo de tomada de decisões.

## 4.2 Um exemplo sobre planejamento orçamentário

Considerando-se a universalidade de fatores que impactam a execução orçamentária, talvez fosse possível concluir pela possibilidade de uma *legítima frustração* da receita pública<sup>44</sup>. Entretanto, tal hipótese não parece adequada na experiência brasileira, pois há sólidos argumentos que sustentam a ideia de manipulação na estimativa das receitas. Tal situação, se confirmada, representaria a própria essência do desequilíbrio orçamentário, pois o orçamento já nasceria desequilibrado por uma estrutura de despesas financeiramente inviável: as despesas não estariam *efetivamente* albergadas por estimativas *realistas* de receitas, mas apenas *formalmente* albergadas por estimativas *ficcionais*<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> ABREU, Luiz Eduardo. A troca das palavras e a troca das coisas: política e linguagem no Congresso Nacional. *Revista Mana*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, 2005.

<sup>44</sup> Por exemplo, aumento de impostos (que pode resultar em desvio na curva padrão de sonegação e ter efeito negativo nas receitas), inflação, despesas extraordinárias decorrentes de calamidades etc.

<sup>45</sup> É o que se percebe, por exemplo, na análise do planejamento perpetrado pela lei de diretrizes orçamentárias do ano de 2013 e a subsequente lei de orçamento de 2014. Cabe explicar que o exercício de 2014 foi escolhido por um critério de proximidade temporal

Por exemplo, em janeiro/2014, a Lei de Orçamento fixou a receita pública no valor de 2,3 trilhões de reais<sup>46</sup>. Ao final daquele exercício, a receita *efetivamente* auferida totalizou 2,2 trilhões de reais<sup>47</sup>, uma diferença aproximada de 6% que, a princípio, não parece colossal ou absurda. Entretanto, em termos financeiros, tal diferença equivale ao montante de R\$ 153 bilhões, valor relevante em qualquer análise, especialmente em face de um parâmetro comparativo: no mesmo ano de 2014, aquela citada Lei 12.952/2014 fixou o gasto total com o Ministério da Saúde no valor 106 bilhões de reais.

A comparação com o orçamento anual do Ministério da Saúde é deliberada, pois é justamente nas ações judiciais relativas ao direito de saúde que o argumento da reserva do possível se torna tão etéreo: como dizer que faltam verbas para a saúde, quando apenas o erro da estimativa da receita pública foi equivalente a 144% do valor de todo orçamento para a saúde pública? Ademais, e supondo que a própria existência de demandas judiciais relativas à saúde demonstra, em alguma medida, uma inexistência do planejamento público<sup>48</sup>, talvez a pergunta mais óbvia: quanto custa o sistema de saúde *oferecido* e quanto custaria aquele que *deveria ser oferecido*?

Assim, o problema envolve um grau de *perpetuação de carências* e corrobora a tese de planejamento inadequado, já que o processo de gestão envolve a atividade de rever (a fase de controle) tanto a execução quanto o planejamento, justamente para corrigir os problemas verificados. E há questão mais delicada, que envolve não apenas o problema burocrático de gestão deficiente, mas o problema político que se constata pela formatação, consciente e irresponsável, de estimativas de receita baseadas naqueles citados *critérios poéticos*.

Por óbvio, uma estimativa fictícia da receita pública invalida qualquer validade do argumento da reserva do possível: não é possível argumentar sobre escassez de recursos, quando o próprio Estado não estipula suas receitas e despesas dentro de uma racionalidade econômica mínima. Seria como um devedor civil que se negasse a pagar suas dívidas com base no argumento de que a receita da “*rubrica loterias e jogos de azar — mega-sena e jogo do bicho*”, considerada no orçamento pessoal, não houvera se concretizado<sup>49</sup>. Aliás, essa anedota também resume a *alegoria do BMW* suscitada neste trabalho: o devedor assume despesas obrigatórias, facultativas e voluptuárias para além das receitas factíveis para depois usar o argumento de que não há verbas para cumprir a integralidade das despesas obrigatórias.

A questão, então, passa pela análise da afirmação de que o Estado considera no orçamento receitas não realizáveis, havendo pelo menos um argumento que suporta tal afirmação — justamente a importância da economia para a receita pública<sup>50</sup>. Assim, as prospecções sobre o crescimento do PIB não são tão etéreas quanto parecem em primeira análise, e são *explicitamente* consideradas nas propostas orçamentárias (conforme dispõe o artigo 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF<sup>51</sup>). Confira-se a Tabela 1 (Parâmetros Macroeconômicos Projetados), no Anexo IV (metas fiscais anuais) da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2013<sup>52</sup> — que registra as *expectativas estatais* para economia o ano de 2014: o PIB teria um crescimento real de 4,5% ao ano; a taxa selic efetiva encerraria no percentual de 7,28% ao ano; o dólar encerraria o ano na cotação de R\$ 2,06.

Comparando aquelas expectativas estatais com aquilo efetivamente verificado em 2014: o crescimento

---

com a construção deste texto (iniciado em 2016).

<sup>46</sup> BRASIL. *Lei 12.952 de 21 de janeiro de 2014*. DOU no 14 de 21 jan. 2014.

<sup>47</sup> Disponível em: <http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=92787>. Acesso em: 28 fev. 2016.

<sup>48</sup> De fato, há situações imprevisíveis que escapam a qualquer planejamento. Entretanto, a excepcionalidade não parece ser o caso das atuais demandas de saúde, como bem exemplifica o trabalho de Daniel Wang. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul./dez. 2008.

<sup>49</sup> Esse argumento de tipo *reductio ad absurdum* é válido justamente porque se pretende argumentar que a diferença entre receita estimada e receita auferida, na experiência brasileira, está mais relacionada com uma deliberada e intencional distorção na estimativa da receita do que com aquilo que seria razoável em termos de oscilação natural das estimativas.

<sup>50</sup> Quanto maior a atividade econômica, maiores serão as receitas públicas: “[...] deve ser realçado que o orçamento público se funda no valor da parcela da renda nacional, ou produto nacional bruto que lhe é destinada para garantir o custeio das ações governamentais [...]”. AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito financeiro: a lei 4.320 – comentada ao alcance de todos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 37.

<sup>51</sup> BRASIL. *Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000*. DOU no 86, de 05 maio 2000.

<sup>52</sup> BRASIL. *Lei 12.919 de 26 de dezembro de 2013*. DOU de 26 dez. 2013 – ed. extra.

real do PIB foi de 0,1%<sup>53</sup>; a taxa selic (efetiva) fechou no percentual de 11,65% ao ano<sup>54</sup>, e o câmbio encerrou o ano com US\$1 cotado a R\$ 2,65<sup>55</sup>. Não apenas as previsões governamentais foram frustradas, mas os percentuais de erro foram substanciais, dando relevo a uma questão fundamental: quais os fundamentos para a previsão de crescimento do PIB realizada pelo administrador para o ano de 2014, da ordem de 4,5%? Ao que parece, havia apenas *fé* — e uma excelente campanha publicitária voltada para a eleição daquele ano — especialmente quando se constata a *divergência prévia* (ainda em janeiro/2014) de informações econômicas havida entre governo e mercado:

São Paulo, **13 de Janeiro de 2014** — Depois de mais um resultado abaixo das expectativas em 2013, o mercado financeiro brasileiro decidiu melhorar um pouco suas projeções para o crescimento da economia até o fim de 2014. De acordo com o Relatório Focus do dia 10 de Janeiro, o **Produto Interno Bruto (PIB)** brasileiro crescerá 1,99% nesse ano. No relatório anterior, de 03 de Janeiro, a previsão era de uma alta de apenas 1,95% até o fim de 2014.<sup>56</sup>

Para aqueles que acompanham rotineiramente o tema, é notória a dissonância entre Estado e mercado em relação às informações econômicas em geral, como exemplifica o ano de 2014: a) o Estado *afirma em lei* que o PIB vai crescer 4,5%; b) o mercado *projeta* que o PIB vai crescer 1,99%; c) o PIB *efetivamente cresceu* 0,1%. Alguns podem supor que o mercado atua com projeções *autorrealizáveis*, numa espécie de *política econômica antiestatal*; outros podem dizer que, em 2014, *tanto* o Estado *quanto* o mercado erraram em suas projeções.

Na primeira hipótese parece improdutivo discutir teorias econômicas conspiratórias neste trabalho; na segunda, parece inadequado equiparar equívocos de gradação distintos, já que, na dimensão do PIB brasileiro, um erro de 4,4% é bem diferente do erro de 1,98%. Assim, com base na ideia da *Navalha de Ockham*<sup>57</sup>, alude-se à terceira hipótese: o Estado atua com projeções orçamentárias *fictícias* no sentido de manter um programa de marketing político-eleitoral, legando para dezembro/ano a prova do erro perpetrado em janeiro/ano, em um sistema de equívocos orçamentários que é *anualmente renovável* e objetiva primariamente manter o *status quo* político.

## 5 Na essência do problema

Mais importante, ninguém, em nenhum nível, pode confiar em mais ninguém; os “números” são piadas. E, quando a “disciplina dos números” se vai, o mesmo acontece com restante da disciplina. Os marcos não são atingidos. As promessas não são cumpridas. As más notícias são ocultadas ou distorcidas<sup>58</sup>.

Relembrando os citados *vetores* do argumento orçamentário (a reserva do possível *versus* a impossibilidade de frustração de direitos constitucionais), parece correto afirmar que o trabalho de Daniel Wang, quando

<sup>53</sup> Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/03/1608985-pib-cresce-01-em-2014-aponta-ibge.shtml>. Acesso em: 28 jan. 2016.

<sup>54</sup> Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/Pec/Copom/Port/taxaSelic.asp>. Acesso em: 28 jan. 2016. Há uma diferença técnica entre a taxa Selic META (fixada pelo Comitê de Política Monetária) e taxa selic efetiva (média das taxas praticadas nas operações), mas tal distinção não é relevante neste trabalho.

<sup>55</sup> Disponível em: <http://economia.uol.com.br/cotacoes/cambio/dolar-comercial-estados-unidos/?historico>. Acesso em: 28 jan. 2016.

<sup>56</sup> Disponível em: <http://br.advn.com/jornal/2014/01/boletim-focus-aponta-para-crescimento-do-pib-bem-abaixo-do-estimo-pelo-congresso-nacional>. Acesso em: 28 jan. 2016. Apesar de o Boletim Focus ser publicado pelo Banco Central, trata-se de projeções sobre a economia brasileira coletadas junto a alguns dos principais economistas em atuação no país — ou seja, é uma avaliação realizada pelo mercado. Disponível em: <https://br.advn.com/economia/boletim-focus>. Acesso em: 05 abr. 2017.

<sup>57</sup> Brocardo de senso comum: se em tudo o mais forem idênticas as várias explicações de um fenômeno, a mais simples é a melhor.

<sup>58</sup> PETERS, Tom. *Prosperando no caos*. São Paulo: Harbra, 1989. p. 507. É interessante notar que essa citação foi redigida no longínquo ano de 1989, em contexto absolutamente diverso (mercado corporativo privado) mas ainda assim é pertinente ao aqui e agora das políticas públicas brasileiras e do debate judicial decorrente.



analisou a jurisprudência do Supremo<sup>59</sup>, foi assertivo em argumentar que o Judiciário desconsidera o critério da reserva do possível, por exemplo, em questões relativas ao direito da saúde, mas acolhe-o quando se depara com os argumentos orçamentários em outras áreas, como a questão dos precatórios, onde a Corte teria mais cuidado na análise das finanças do ente público.

Entretanto, o referido trabalho não atentou para a *parábola do BMW* aqui suscitada, pois *analisar as finanças* do ente público não é conferir rubricas orçamentárias totalizadas (*percentuais globais de gastos*), ou proclamar que a hipótese de *despesas maiores que receitas* importa a *legítima* impossibilidade do descumprimento de obrigações<sup>60</sup>. Bem verdade, conferir contas totalizadas é *método de tergiversação*, pois olvida que, na fase de planejamento orçamentário, o ente público assumiu despesas obrigatórias mas também assumiu despesas *facultativas e voluptuárias*. Afinal, a diferença de valor entre uma moto BMW e o modelo equivalente produzido no Brasil não parece constituir despesa obrigatória.

Torna-se necessário, portanto, apurar o quanto da diferença entre receitas e despesas decorre de uma *opção voluntária do administrador*, justamente porque, repete-se, a estimativa de receitas não factíveis se apresenta como o pressuposto metodológico para a construção de um orçamento *poético*. Portanto, se há uma ficção estimativa das receitas, é necessário abordar a própria estrutura de gastos fixada no orçamento, justamente para apurar o quanto do gasto é despesa *realmente* obrigatória. Aliás, conforme a lei de Responsabilidade Fiscal, o gasto com pessoal deve ser limitado a um percentual da receita<sup>61</sup>. Assim, os efeitos de uma abordagem verossímil do orçamento podem ser imediatos e severos, já que a receita pública corretamente estimada poderia importar a imediata adoção das medidas restritivas e punitivas previstas — quando as despesas com pessoal ultrapassam os limites fixados.

Novamente no fio condutor deste trabalho, mas de forma menos alegórica: ao debater o argumento da reserva do possível, é necessário que o Poder Judiciário analise quanto efetivamente é gasto para satisfazer *os gostos da burocracia*, a exemplo de motos BMW ou outros luxos cotidianamente oferecidos à *oligarquia tecnocrata*, para usar a expressão de Paulo Bonavides<sup>62</sup>. Ainda que tais despesas possam ser irrelevantes do ponto de vista fiscal, *devem ter relevo* do ponto de vista jurisdicional, pois, se há uma fila de espera para atendimento básico de saúde, apenas é válido o argumento orçamentário da *reserva do possível* na perspectiva de uma *complexidade orçamentária*, no sentido de avaliar a ordenação das prioridades na fixação das despesas e o paradigma da melhor alocação de recursos.

Portanto, se o Poder Judiciário pode ou deve debater questões políticas judicializadas, deve considerar também as outras dimensões pertinentes na análise, pois, repete-se, analisar as finanças públicas não é adentrar em contas totalizadas para aferir percentuais globais de gastos, mas debater desde o planejamento fiscal até o orçamento executado, e analisar, com profundidade: a) quanto é gasto; b) em que é gasto; c) por que é gasto. Sem uma exaustiva análise sobre tais pontos, tem-se uma jurisprudência absolutamente superficial, particularmente nociva por não se apresentar como uma efetiva declaração do poder público sobre os valores protegidos pelo Judiciário.

E aqui se retoma um ponto do capítulo 3.1 deste trabalho, para tratar da segunda parte da resposta ao problema do desconhecimento da dimensão gerencial do orçamento. Ao que parece, há uma cultura jurí-

<sup>59</sup> O autor também explica que, nas ações relativas à intervenção federal para pagamentos de precatórios, há uma preocupação dos ministros para conhecer a situação concreta das finanças públicas. “É uma postura diferente das decisões que envolvem direito à educação e à saúde, em que, geralmente, não há nenhuma preocupação em se analisar os custos daquilo que se pede em juízo nem a possibilidade fática de o Estado cumprir a decisão tentada em vista as diversas outras obrigações que possui.” WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul./dez. 2008. p. 562.

<sup>60</sup> “Na mesma linha, o Ministro Celso de Melo julgou improcedente o pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo, uma vez que não houve intenção no descumprimento da lei, e este demonstrou que o não pagamento deu-se por insuficiência de recursos, já que as despesas são maiores que as receitas correntes líquidas [...]”. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul./dez. 2008. p. 561.

<sup>61</sup> Confira-se, *e.g.*, o art. 19 da LRF BRASIL. *Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000*. DOU nº 86, de 05 maio 2000.

<sup>62</sup> BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: política e direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 27.

dica refratária ao debate matemático e político-instrumental que envolve o orçamento. Um forte indício desse fato é a própria jurisprudência proclamatória, como se proclamações jurídicas tivessem o condão de gerar recursos. Em suma, parece que o Executivo e o Legislativo fazem uso formal e estratégico do debate orçamentário, e o Judiciário sela os equívocos anteriores ao negar-se a enfrentar o problema de fundo. Ora, é justamente a existência de normas constitucionais e legais sobre a dimensão gerencial do orçamento que exige do Judiciário uma jurisprudência consistente do ponto de vista da *complexidade orçamentária*<sup>63</sup>.

Por exemplo: uma ordem judicial para a realização de uma despesa extraordinária de saúde (sob o argumento de salvar uma vida – o autor da ação) será simplória e equivocada se não enfrentar os subsequentes efeitos da reorganização do orçamento, bastando lembrar que tal reorganização poderia retirar verbas de ações de fiscalização de trânsito que podem evitar outra(s) morte(s). E não se trata de debater o abstrato (o possível dano no trânsito) em detrimento do concreto (o autor da ação), considerando os dados da Organização Mundial de Saúde (*Global Status report on road safety* 2015): o trânsito brasileiro é responsável por mais de 42 mil mortes/ano (5 óbitos por hora)<sup>64</sup> – não havendo absolutamente nada de abstrato no debate político, jurídico e orçamentário sobre as demandas de segurança no trânsito.

No mundo empírico das políticas públicas, não parece adequado um tipo de pensamento jurídico que abraça e festeja princípios e valores abstratos<sup>65</sup> em detrimento de complexidades reais, em que o fornecimento de um fármaco não se dá *apenas* por força de uma declaração judicial, mas depende um complexo funcional de cadeias produtivas primárias, secundárias, dependentes e complementares<sup>66</sup>. Tal abstração principiológica não apenas é estéril, mas é perigosa na medida em que se arvora de um certo tipo de *moral humanista abstrata* para realizar intervenções parciais e circunstanciais em sistemas complexos, sem atentar para os efeitos sistêmicos daquelas intervenções.

Ou seja, simplesmente escrever dignidade da pessoa humana e cumpra-se não pode resumir a responsabilidade do Poder Judiciário<sup>67</sup>, até mesmo por que não parece razoável supor que caiba ao Judiciário atuar como varejista/intermediário de medicamentos ou serviços em caráter rotineiro, em face de uma permanente omissão no cumprimento de deveres sociais por parte das autoridades competentes. Ainda que tal atuação varejista tenha importância, pois efetivamente atende o indivíduo que deveria ser protegido pelo Estado, está equivocada enquanto dissociada da complexidade e da universalidade que envolvem a questão das políticas públicas.

## 6 O autoengano

Todo o exposto permite concluir que o debate orçamentário está consideravelmente equivocado: *pior que o simples desconhecimento é a ignorância potenciada de uma falsa certeza*<sup>68</sup>. Um hipotético caso sobre a fosfoetanol-

<sup>63</sup> Nesse sentido, a questão de fundo é a percepção reduzida da real importância da jurisprudência enquanto instrumento de orientação social, pois o *direito é um sistema social de estabilização de expectativas*. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 121.

<sup>64</sup> Disponível em: [https://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/road\\_safety\\_status/2015/en/](https://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2015/en/). Acesso em: 04 jun. 2018.

<sup>65</sup> Ao tratar da efetividade das normas constitucionais, que alude como um dos marcos do *neconstitucionalismo*, Luiz Roberto Barroso explica: “No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que se tornou fonte de direitos e de obrigações, independentemente da intermediação do legislador.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 518.

<sup>66</sup> Por exemplo: recursos humanos, pesquisa, insumos, produção, logística, transporte, estoque, armazenamento, controle de efeitos colaterais etc.

<sup>67</sup> Especificamente sobre a jurisprudência do STF, é razoável supor que: i) não produz reflexões suficientemente densas sobre os temas justiça e distribuição; ii) não adentra nas particularidades necessárias de uma hermenêutica voltada à concretização de direitos dependentes de políticas públicas; iii) não trata de forma razoavelmente unívoca os conceitos de “políticas públicas”, “direito à saúde”, “direito à educação” e “direito à segurança”, sequer reconhecendo as diferenças e convergências. LIRA, Daiane Nogueira *et al.* Políticas públicas e protagonismo judicial no STF: relatório de pesquisa do grupo de estudo e pesquisa em políticas públicas e hermenêutica. *Revista Universitas JUS*, Brasília, v. 22, n. 2, p. 105-196, jul./dez. 2011. p. 106.

<sup>68</sup> GIANETTI, Eduardo. *Auto-engano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 11.

mina<sup>69</sup> bem caracterizaria a cadeia de autoenganos em que se encontra o debate atual: a) o autor pediria um direito à saúde em caráter absoluto sem enfrentar a problemática de que a pretensão pode, na verdade, importar em dano à saúde<sup>70</sup>; b) o sistema público de saúde negaria o atendimento sob o argumento da reserva do possível, sem adentrar o mérito do planejamento fiscal e sem discorrer sobre as escolhas administrativas realizadas; c) o Judiciário enfrentaria as questões emitindo proclamações superficiais sobre dignidade, com base na análise de despesas totalizadas. Todos os atores da cena enganando-se a si mesmos e mutuamente, com base em *mal-entendidos espontâneos*:

Conclui-se, então, que Deus mentiu? Que tentou abafar a aspiração humana de conhecimento e transcendência com uma falsa ameaça? Não necessariamente. No sentido literal da verdade, por estranho que pareça, a serpente foi mais honesta que Deus. O que transparece, contudo, é que a morte a que Deus se referia em sua ameaça não era a morte súbita e literal do organismo, mas a consciência antecipada da morte — a experiência aguda da amarga condição de finitude que nos junta e separa, liga e arranca da união com tudo o que vive. O engano original da queda, portanto, teria partido de um engano de entendimento acerca da palavra divina. A serpente não mentiu. O que ela fez foi explorar a porta aberta por um mal-entendido espontâneo, ou seja, pela atribuição ingênua e indevida de literalidade a uma ameaça igualmente real<sup>71</sup>.

Considerando que a sociedade brasileira atualmente compreende o Judiciário como um ator politicamente apto para adentrar no mérito das políticas públicas, deve também exigir que assuma as respectivas responsabilidades e explique, no contexto das políticas públicas, *se Deus mentiu*. Não basta formular proclamações abstratas, sendo necessário revisar as premissas sobre teorias jurídicas e realidade brasileira para compreender que, ainda que seja prudente e necessário pensar com base em categorias teóricas mais abstratas, há um *aqui e agora* mais simplório, *e.g.*, hierarquizar aquilo que configura uma despesa obrigatória.

Reconhecendo que a “familiaridade representa um desvalor enquanto critério de conhecimento, pois mitiga o esforço de conhecer”, é necessário que “por mais que se conheça, sempre é possível conhecer mais”<sup>72</sup>, o que exige um trabalho jurisdicional de efetivamente atestar se há (ou não) recursos disponíveis, e que esteja organizado sob a forma de uma fundamentação universalizável e apta a explicitar qual a *conduta conforme a regra* que deve ser observada pela sociedade, inclusive sob a perspectiva de uma legitimidade democrática, no sentido de formalizar um tipo de controle da autoridade jurisdicional<sup>73</sup>.

É necessário, *e.g.*, enfrentar o autoengano para reconhecer que não há planejamento estatal adequado, e basta conferir o problema da judicialização da saúde para atestar tal fato: no mínimo, o planejamento deveria observar alguma mensuração estatística das demandas ajuizadas e ajuizáveis, no sentido de integrar o *custo judicial projetado* no próprio orçamento da saúde. Nessa hipótese, é razoável supor que parcela das demandas judiciais fundadas no argumento da reserva do possível restaria eliminada, já que a *verba judicial* para saúde já estaria contemplada no orçamento, ao menos enquanto despesa projetada. E sequer caberia o argumento de que a despesa com a intervenção judicial cresce anualmente, sendo impossível sua mensuração: a variação anual da rubrica, *per se*, já representa um dos critérios para a fixação de um *custo judicial projetado*.

De fato, é absolutamente curioso constatar que o mercado de bairro consegue manter um estoque razoavelmente adequado de alface e outros perecíveis, enquanto a gestão pública de saúde apresenta dificuldades

<sup>69</sup> Vide nota de rodapé nº 14.

<sup>70</sup> A incapacidade reprodutiva é um dos efeitos esperados da farmacologia quimioterápica. Poder-se-ia afirmar que aquele acometido pelo câncer prefere sobreviver a reproduzir (e tal efeito colateral não importaria na efetividade da fosfoetanolamina). Entretanto, uma falência renal decorrente do uso de medicamento leva a óbito tal qual uma falência pulmonar decorrente de uma metástase do câncer de pulmão — ou seja, qualquer medicamento pode apresentar efeitos colaterais tão severos quanto a patologia que pretende curar. Assim, é relevante a diferença entre os efeitos de farmacologia *já testada* e os efeitos *potencialmente desconhecidos* de fármaco que sequer adentrou a fase de testes em seres humanos.

<sup>71</sup> GIANETTI, Eduardo. *Auto-engano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 33-34.

<sup>72</sup> GIANETTI, Eduardo. *Auto-engano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 67-69.

<sup>73</sup> A correta indicação do sentido descritivo dos termos avaliatórios permite o controle crítico das práticas do tribunal. FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009. p. 315.

perenes em relação à compra de insumos básicos e manutenção periódica de máquinas e equipamentos. Assim, parece correto concluir que o argumento da reserva do possível, na forma como é atualmente utilizado no debate judicial, é uma falácia de proporções homéricas, já que não se demonstra a efetiva *inexistência* de recursos, mas apenas a *carência* de recursos levada a termo por uma gestão inepta e ineficiente.

E, subjacente ao argumento da reserva do possível, há outro autoengano entronizado no debate, qual seja a *desorganização orçamentária* eventualmente causada pela intervenção judicial na política pública. No particular, veja-se que, apenas no dia 30/12/2014, foram publicadas 12 normas alterando a Lei de Orçamento do ano de 2014 para formalizar créditos especiais ou suplementares no valor total de R\$ 1,5 bilhão. Ora, se, em um único dia, o orçamento pode ser alterado em R\$ 1,5 bilhão para atender os acordos políticos do momento, não parece razoável supor que o cumprimento de ordens judiciais poderia *desorganizar* aquele orçamento. Afinal, apenas é possível *desorganizar* algo previamente *organizado* — o que certamente não parece ser o caso do orçamento brasileiro.

Assim, no aqui e agora do empírico, parece que restam duas alternativas para o Judiciário: a) declara-se incompetente para adentrar no detalhamento das contas públicas e revê o ideário neoconstitucional brasileiro; ou b) assume a responsabilidade integral que permeia o debate sobre a judicialização da política, e passa a analisar o tema de forma abrangente, enfrentando as dimensões e argumentos políticos, gerenciais, orçamentários e financeiros envolvidos, inclusive assumindo sua parcela de responsabilidade pela *legítima invasão* na gestão pública. Sendo verdade que “o pessimista se queixa do vento, o otimista espera que ele mude, e o realista ajusta as velas”<sup>74</sup>, agora é importante entender que o argumento orçamentário exige uma nova postura do Judiciário, um *ajuste de velas* na jurisprudência que trata de políticas públicas<sup>75</sup>.

## 7 Considerações finais

Este trabalho tentou defender a tese de que há um *aspecto voluntarista* na adoção de critérios para a formulação do orçamento público, baseado em um uma visão anacrônica do orçamento enquanto mero registro de movimentações patrimoniais, o que dificulta uma abordagem mais técnica para a efetiva estipulação de receitas e despesas. Ademais, para além da real complexidade de construir cenários econômicos que sirvam de estrutura para a formulação do orçamento público, parece razoável afirmar que as premissas utilizadas na estimação da receita pública, porquanto mais voluntárias do que técnicas, mais parecem uma manipulação de expectativas (para o atingimento de critérios formais relativos ao equilíbrio orçamentário) do que uma análise realista sobre as possibilidades factíveis de apropriação, pelo estado, de recursos produzidos no contexto econômico. A hipótese supõe que, do voluntarismo orçamentário, resulta um orçamento mais poético do que técnico, o que culmina em uma postura financeira perdulária do Estado, por sequer definir as receitas e despesas de forma adequada e verossímil. Nesse contexto, parece adequada a *alegoria do BMW*: um devedor qualquer pode negar o cumprimento de obrigações fundamentais pelo argumento de que faltariam recursos, especialmente na realidade de custeio integral de *luxos e volúpias*?

Superado o diagnóstico do problema, supõe-se que a solução do problema, do ponto de vista administrativo, envolve o reconhecimento do *enfoque* gerencial do orçamento, entendido aqui como um sistema necessário para a produção de informações que suportem a tomada de decisão. Na perspectiva do Direito, entretanto, a questão é bem mais complexa, já que envolve a existência de uma distorção no argumento

<sup>74</sup> FERRER, Florência. *Gestão pública eficiente: impactos econômicos de governos inovadores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 2.

<sup>75</sup> “As decisões sobre a alocação de recursos comuns devem ser compreendidas na dimensão de regras que têm impacto coletivo e que, portanto, devem ser passíveis de sentido coletivo, em um duplo viés, o da adesão e o das consequências. É nesse ponto que a noção de regra encontra a de isonomia, conceito relativo à justiça, núcleo significativo do próprio direito.” LIRA, Daiane Nogueira et al. Políticas públicas e protagonismo judicial no STF: relatório de pesquisa do grupo de estudo e pesquisa em políticas públicas e hermenêutica. *Revista Universitas JUS. Brasília*, v. 22, n. 2, p. 105-196, jul./dez. 2011. p. 128.



jurídico sobre a reserva do possível, na medida em que postula a existência de um limite material de gastos sem demonstrar a estrutura de gastos que consome os recursos. Nesse contexto, a reserva do possível perfaz argumento superficial e simplório, inclusive após análise e decisão judicial, e formaliza uma jurisprudência também superficial, pois não enfrenta o problema de fundo — a estrutura de receitas e despesas no orçamento. De toda sorte, o objetivo deste trabalho não é defender ou acusar a atuação do Judiciário em questões orçamentárias e de políticas públicas. Não se trata de negar a intervenção judicial, nem de afirmar que o *limite orçamentário* pode ser desconsiderado pela decisão judicial. Trata-se, na essência, de um alerta para o Poder Judiciário — que antes de negar ou conceder direitos com base no argumento do *limite orçamentário* — precisa melhor investigar *qual é* o limite orçamentário.

Ao que parece, apenas falta dinheiro nas áreas em que o administrador *não tem o interesse* de investir, o que evidencia a enorme fragilidade do argumento de que a questão orçamentária é relevante no tema da invasão judicial nas políticas públicas. De fato, parece que a experiência brasileira trata o orçamento de forma despudorada, e o argumento orçamentário é mero subterfúgio para manter essa *hegemonia no exercício do despudor* — evitando que novos atores também figurem como protagonistas na peça teatral que atualmente se apresenta como gestão pública.

## Referências

- ABREU, Luiz Eduardo. A troca das palavras e a troca das coisas: política e linguagem no Congresso Nacional. *Revista Mana*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, 2005.
- AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito financeiro: a lei 4.320 – comentada ao alcance de todos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: política e direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. *Fórum Administrativo – Dir. Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, 2009.
- CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.
- FERRER, Flôrcia. *Gestão pública eficiente: impactos econômicos de governos inovadores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 44, n. 175 jul./set. 2010.
- FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.
- GIANETTI, Eduardo. *Auto-engano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- KOHAMA, Hélio. *Contabilidade pública: teoria e prática*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- LIRA, Daiane Nogueira *et al.* Políticas públicas e protagonismo judicial no STF: relatório de pesquisa do grupo de estudo e pesquisa em políticas públicas e hermenêutica. *Revista Universitas JUS*, Brasília, v. 22, n. 2, p. 105-196, jul./dez. 2011.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Decidindo sobre recursos escassos: raciocínio jurídico e economia. *In: Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MCGREGOOR, Evan; BOORMAN, Charles. *Long way down*. London: Hachette Digital, 2007.
- MATIAS-PEREIRA, José. *Curso de Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MILLS, C. Wright; GERTH, H. H. *Max Weber: ensaios de sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.
- PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.
- PETERS, Tom. *Prosperando no caos*. São Paulo: Harbra, 1989.
- POPPER, Karl. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Lisboa: Edições 70, 1996.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SILVA, Lino Martins. *Contabilidade governamental: um enfoque administrativo da nova contabilidade pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008.
- WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul./dez. 2008.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O poder constituinte**  
Constituent power

José Levi Mello do Amaral Júnior

# O poder constituinte\*

## Constituent power

José Levi Mello do Amaral Júnior\*\*

### Resumo

O artigo é relativo ao Poder Constituinte. Examina o poder de fazer uma nova Constituição e o poder de emendá-la. Adota a metodologia de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Avalia o número de emendas constitucionais à Constituição brasileira de 1988 e conclui que não discrepa da experiência de diversos outros países democráticos.

**Palavras-chave** : Poder Constituinte. Emenda Constitucional.

### Abstract

This paper is related to the Constituent Power. It examines the power to make a new Constitution and the power to amend it. It adopts the methodology of bibliographical and jurisprudential research. It assesses the number of constitutional amendments to the Brazilian Constitution of 1988 and concludes that it does not disagree with the experience of several other democratic countries.

**Keywords** : Constituent Power. Constitutional Amendment.

## 1 Introdução

A presente exposição trata do poder constituinte. Trata, inicialmente, da origem da respectiva doutrina, inclusive o contexto em que surge, sobretudo para detalhar de modo direto obra clássica do tema. Chega, então, à tipologia do poder constituinte. A seguir, lembra algumas das várias questões que são suscitadas acerca do assunto, para, por fim, avaliar o número de emendas constitucionais conhecidas pela Constituição brasileira de 1988, e debater o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

## 2 Origem e tipologia do Poder Constituinte

### 2.1 O contexto de Sieyès

A doutrina do poder constituinte tem autor bem conhecido e objetivo bastante claro.

\* Recebido em 05/12/2018  
Aprovado em 09/01/2019

\*\* Professor de Direito Constitucional (USP e UniCEUB). Livre-Docente em Direito Constitucional e Doutor em Direito do Estado (USP).  
Email: jose.levi@uol.com.br



Deve-se à obra do abade francês Emmanuel-Joseph Sieyès. Seu objetivo era reivindicar papel para o Terceiro Estado na Revolução Francesa.

Sieyès, em um primeiro momento, não foi ordenado porque seus superiores consideraram que carecia de vocação e disseram dele: “É fraco de corpo, mas perigoso de espírito.”<sup>1</sup>

Ordenado, e após tropeços iniciais na carreira eclesiástica, tornou-se secretário episcopal e, mais tarde, representante da sua ordem em Orleans<sup>2</sup>, onde se deparou com as “resistências da aristocracia à renúncia de seus privilégios”<sup>3</sup>, não obstante a crise econômica. Então, “abraçou a causa do povo”<sup>4</sup>.

A aristocracia negou-se a aceitar as reformas fiscais. De outro lado, os Estados Gerais não eram convocados desde 1614. Por fim, dado o movimento geral, o Governo capitulou e a convocação aconteceu em 5 de julho de 1788<sup>5</sup>.

A literatura registra que a Monarquia francesa pediu a opinião do Reino na definição da sua Constituição política, o que levou a uma inesperada liberdade de imprensa que permitiu “fosse analisado e criticado todo o sistema político, econômico e social”<sup>6</sup>.

Nesse contexto surgiram escritos de Sieyès, inclusive o célebre “O que é o Terceiro Estado?” adquiriu tanto prestígio que foi eleito por Paris representante do Terceiro Estado aos Estados Gerais<sup>7</sup>. A literatura registra que a sua influência foi chamada “revolução jurídica”. Inclusive, o seu trabalho é sintetizado na seguinte frase: “A França deve a Sieyès três coisas: a abolição das ordens, a organização da guarda nacional e a divisão da França em departamentos.”<sup>8</sup>

No seu trabalho mais conhecido, vaticinou que, impedido o Terceiro Estado de compor os Estados Gerais, tanto melhor: comporia uma Assembleia Nacional<sup>9</sup> (que Sieyès veio a presidir).

Mostrou-se um moderado, flertou com a Monarquia<sup>10</sup>, mas, “se não podia ser um rei, teria que ser um militar”<sup>11</sup>. Para ele, faltavam duas coisas à França: “uma cabeça e um sabre”<sup>12</sup>. O sabre seria Napoleão, “que considerou não precisar de nenhuma cabeça”<sup>13</sup>. Foi nomeado presidente do Senado, abdicou, aceitou um

<sup>1</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 8. “[...] a opção pelo clero foi mais uma escolha de profissão do que uma vocação religiosa. Sieyès sempre encarou o clero como uma modalidade de *serviço civil*, como a atividade de um funcionário público dedicado a determinadas tarefas, como o culto e a educação.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 10).

<sup>2</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 9.

<sup>3</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 10.

<sup>4</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989 p. 10.

<sup>5</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 10-11.

<sup>6</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 11.

<sup>7</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 12.

<sup>8</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 12.

<sup>9</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 12.

<sup>10</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 13-14.

<sup>11</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 14.

<sup>12</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 14.

<sup>13</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 14.

castelo, uma renda e um título de nobreza<sup>14</sup>. Com a queda do Império exilou-se em Bruxelas. Em 1830 voltou a Paris. Morreu em 1836 “fora da Igreja”<sup>15</sup>.

Para derrubar o “Antigo Regime” (fórmula de Mirabeu que foi celebrizada por Tocqueville), Sieyès, em “O que é o Terceiro Estado?”, “elaborou um projeto de ação revolucionária para transformar o governo antigo, o que alguns chamam Estado absoluto”<sup>16</sup>.

Discorre sobre cinco conceitos fundamentais: (i) Constituição; (ii) nação; (iii) cidadão; (iv) representação; e (v) poder constituinte<sup>17</sup>.

Assim, Sieyès: (i) supera as velhas Leis Fundamentais do Reino com a criação de uma nova Constituição pelo poder constituinte<sup>18</sup>; (ii) identifica a Nação com o Terceiro Estado, excluindo dela os privilegiados<sup>19</sup>; (iii) opõe cidadão a súdito<sup>20</sup>; e (iv) cria, distinguindo poder constituinte (*pouvoir constituant*) e poder constituído (*pouvoir constitué*), a ferramenta que leva à prática do contrato social, qual seja, a representação, portanto, nisso, com abandono de Rosseau<sup>21</sup>.

Feita essa síntese de contexto, importa examinar, diretamente, o escrito “O que é o Terceiro Estado?”

## 2.2 A doutrina de Sieyès

“O que é o Terceiro Estado?” tem epígrafe que termina com a seguinte colocação: “Se o filósofo não está em seu objetivo, não sabe onde está. Se o administrador não vê o seu objetivo, não sabe para onde vai.”<sup>22</sup> Nota-se, desde logo, que se trata de uma obra militante<sup>23</sup>.

Então, Sieyès expõe o plano da obra<sup>24</sup>: são seis capítulos que começam com três perguntas, de pronto respondidas:

O que é o Terceiro Estado? Tudo.

O que tem sido o Terceiro Estado? Nada.

O que ele demanda ser? Alguma coisa.

O êxito da obra deve-se, em parte, à forma interrogativa de colocar o tema, seja no título, seja nessas três primeiras questões, o que se tornou modelo no Século XIX, bastando recordar “O que é a propriedade?”, de Proudhon, e “O que é uma Constituição?”, de Lassale<sup>25</sup>.

<sup>14</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 14-15.

<sup>15</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 15.

<sup>16</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 20.

<sup>17</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 23.

<sup>18</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 23-26.

<sup>19</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 26-27.

<sup>20</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 27-28.

<sup>21</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 28.

<sup>22</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 1.

<sup>23</sup> “Na verdade, esse livro foi o manifesto da Revolução Francesa; está como manifesto para ela assim como está o de Marx para a Revolução Russa.” (FERREIRA FILHO, *O poder constituinte...*, p. 11).

<sup>24</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 1.

<sup>25</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 84.

O primeiro capítulo, em seu próprio título, desdobra a primeira resposta: “O Terceiro Estado é uma nação completa.”<sup>26</sup> A doutrina explica de modo simples e direto: “se desaparecessem a Nobreza e o Clero, o Terceiro Estado daria conta da vida da mesma forma”<sup>27</sup>. Sieyès adianta, nesse primeiro capítulo, uma primeira aproximação do que seria, para ele, Nação: “Um corpo de associados vivendo sob uma lei comum e representado pela mesma legislatura etc.”<sup>28</sup> Explícite-se, desde logo, o que é essencial para a doutrina de Sieyès: “sob uma lei comum” significa, sobretudo, **sem privilégios**.

Logo no início do segundo capítulo, Sieyès afirma que “não se é livre por privilégios, mas pelos direitos de cidadão, direitos que pertencem a todos”<sup>29</sup>. Entende por Terceiro Estado “o conjunto de cidadãos que pertencem à ordem comum”<sup>30</sup>. Portanto, aqueles que têm privilégios (que excepcionam a lei comum), “não pertencem ao Terceiro Estado”<sup>31</sup>. Ademais, “uma lei comum e uma representação comum, isso é o que constitui uma nação”<sup>32</sup>. Então, o diagnóstico: “É absolutamente verdadeiro, sem dúvida, que não se é nada na França quando se tem apenas a proteção do direito comum.”<sup>33</sup> Para Sieyès, Terceiro Estado e Nação confundem-se em uma mesma ideia<sup>34</sup>. Porém, os Estados Gerais eram uma tríplice aristocracia do clero, da nobreza e da magistratura<sup>35</sup>. Resume Sieyès, o Terceiro Estado nunca teve autênticos representantes nos Estados Gerais: “seus direitos políticos são nulos”<sup>36</sup>.

Do terceiro capítulo constam as três demandas do Terceiro Estado para que venha a ser alguma coisa: (i) que os representantes do Terceiro Estado sejam escolhidos dentre cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado<sup>37</sup>; (ii) que os seus deputados sejam em número igual àquele dos das ordens privilegiadas<sup>38</sup>; e (iii) que os Estados Gerais votem não por ordens, mas por cabeças<sup>39</sup>.

No quarto capítulo, Sieyès expõe o que o Governo tentou e o que os privilegiados propuseram em favor do Terceiro Estado (assembleias provinciais etc.)<sup>40</sup>. Recusa copiar a Constituição inglesa. Afirma que os produtos da arte política devem ser melhores no final do Século XVIII do que foram no final do Século XVII: “Os ingleses não ficaram abaixo das luzes do seu tempo; não permanecemos abaixo das luzes do nosso.”<sup>41</sup>

É no quinto capítulo, sobre “O que deveria ter sido feito”, que Sieyès expõe a Teoria do Poder Constituinte em si mesma: (i) o corpo de representantes apenas existe sob a forma que lhe deu a nação<sup>42</sup>; (ii) “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei. Antes e acima dela, só existe o direito natural.”<sup>43</sup> (iii) as leis constitucionais são ditas fundamentais “porque os corpos que existem e atuam por meio delas não podem modificá-las”<sup>44</sup>. Ademais, “a Constituição não é obra do poder constituído [*constitué*], mas do poder constituinte [*constituant*]”<sup>45</sup> e “o delegado não pode mudar as

<sup>26</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 2.

<sup>27</sup> FERREIRA FILHO, O *poder constituinte...*, p. 11.

<sup>28</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 5.

<sup>29</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 8.

<sup>30</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 9.

<sup>31</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 9.

<sup>32</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 9.

<sup>33</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 9.

<sup>34</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 10.

<sup>35</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 11.

<sup>36</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 11.

<sup>37</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 16 e ss. Tocqueville inclusive conta que Lavoisier, ao pretender votar pelo Terceiro Estado nas eleições que antecederam à reunião dos Estados Gerais, foi impedido porque havia comprado um cargo que lhe conferia título de nobreza.

<sup>38</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 21 e ss.

<sup>39</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 25 e ss.

<sup>40</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 30 e ss.

<sup>41</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 46.

<sup>42</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 52-53.

<sup>43</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 52-53.

<sup>44</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 53.

<sup>45</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 53.

condições da delegação<sup>246</sup>; (iv) a nação forma-se tão-só por Direito natural enquanto o governo só pode pertencer ao direito positivo<sup>47</sup>; (v) a nação manifesta-se por meio de representantes extraordinários: têm eles o poder que lhes quis dar a nação<sup>48</sup>; (vi) “a nação é sempre dona de reformar a sua constituição”<sup>49</sup>; (vii) “Aqui, a realidade é tudo, a forma não é nada.”<sup>50</sup> Ou seja: a manifestação do poder constituinte “não está submetida a nenhuma forma em particular”<sup>51</sup>. Por outro lado, onde está e como consultar a nação? Sieyès responde: nas 40 mil paróquias. Sugere circunscrições de 20 ou 30 paróquias, que se reuniriam em províncias e daí sairiam os representantes extraordinários<sup>52</sup>. Em outras palavras, uma representação distrital, ainda que escalonada. Assim, Sieyès condena a divisão dos cidadãos por ordens: “uma nação não pode estatuir que a sua vontade comum deixará de ser sua vontade comum”<sup>53</sup>. Mais: “uma nação não pode estatuir que os direitos inerentes à vontade comum, é dizer, à pluralidade, passem à minoria”<sup>54</sup>.

Enfim, no capítulo sexto, Sieyès discorre sobre o que falta fazer. Convida à revolução. Afirmo que o Terceiro Estado deve perceber “que não pode esperar nada a não ser das suas luzes e da sua coragem”<sup>55</sup>. Para tanto, “o Terceiro Estado deve reunir-se à parte; não deve cooperar com a nobreza e com o clero, não deve votar com eles por ordem, nem por cabeças”<sup>56</sup>. Os representantes do Terceiro Estado têm procuração dos 25 ou 26 milhões que formam a nação, excetuados 200 mil nobres e clérigos<sup>57</sup>. Então, para tanto, a nação deve convocar os seus representantes extraordinários<sup>58</sup>. Sieyès enfatiza que a Assembleia Nacional deve expressar o interesse comum da nação<sup>59</sup>. Menciona as dificuldades para tanto havidas, inclusive em relação às Assembleias representativas ordinárias, em razão do que sugere sejam elas renovadas em um terço a cada ano, vedada a reeleição por tempo suficiente que permita que outros cidadãos venham a participar da coisa pública<sup>60</sup>.

### 2.3 Tipologia do poder constituinte e respectivas caracterizações

O poder constituinte originário, de que decorre a própria Constituição, é inicial, ilimitado e incondicionado<sup>61</sup>.

É dito inicial, porque funda a própria ordem jurídica. Por outro lado, em não se tratando da primeira Constituição da História do país, implica refundação da ordem jurídica, dando-lhe novo fundamento de validade, novando-lhe o fundamento de validade. Tem-se, aqui, o fenômeno da recepção da ordem jurídica infraconstitucional em tudo aquilo que não conflitar — do ponto de vista material, substancial — com o novo texto constitucional.

É materialmente ilimitado, porque pode tomar as decisões políticas fundamentais do modo que entender melhor (por exemplo, decidindo livremente acerca da forma de Estado, da forma de governo, do sistema de governo e do regime de governo)<sup>62</sup>.

<sup>46</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 53.

<sup>47</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 54.

<sup>48</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 56.

<sup>49</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002, p. 56.

<sup>50</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 57.

<sup>51</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 57.

<sup>52</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002, p. 57.

<sup>53</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 59.

<sup>54</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002, p. 59.

<sup>55</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 65.

<sup>56</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 67.

<sup>57</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 68-69.

<sup>58</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 71 e ss.

<sup>59</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 73 e ss.

<sup>60</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 75.

<sup>61</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 13-15.

<sup>62</sup> A propósito, SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 94-95.



Por fim, é formalmente incondicionado, porque não há formas apriorísticas para a sua manifestação, por exemplo: (i) pode decorrer de uma assembleia nacional constituinte exclusiva, ou seja, reunida ou convocada especificamente para elaborar a Constituição; (ii) pode ou não sujeitar-se a uma consulta popular etc.

Discute-se se o poder constituinte originário seria um poder de fato ou um poder de direito<sup>63</sup>. A primeira vertente (poder de fato) é positivista. A segunda (poder de direito) jusnaturalista. Não se trata de mera teoria. Para o positivismo, decorrendo o poder constituinte de fatos que se impõem livremente, a ilimitação material é absoluta<sup>64</sup>. Para o jusnaturalismo, há um Direito anterior e superior que, de algum modo, determina o poder constituinte originário, ele próprio um poder de Direito com fundamento de validade naquele Direito anterior e superior (por exemplo, o Direito Natural)<sup>65</sup>. Há exemplos concretos que parecem corroborar a segunda compreensão. Os convencionais da Filadélfia estavam limitados pela consideração de uma única forma de governo: a republicana. Sabiam não ser possível propor uma monarquia ou uma aristocracia (e Hamilton era simpático à monarquia). Ademais, a federação impunha-se: estava fora de discussão que os elementos fundamentais permaneceriam com os Estados; a questão a ser debatida era se e quanta autonomia seria concedida ao governo central<sup>66</sup>. Na História brasileira recente, há o exemplo do art. 4º da Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, que convocou Assembleia Nacional Constituinte e, ela própria, concedeu anistia, como que assegurando a Lei de Anistia em face do processo constituinte<sup>67</sup>. A propósito, veja-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A emenda constitucional produzida pelo Poder Constituinte originário [sim, digo eu, o poder constituinte originário, no caso, manifestou-se por meio de emenda constitucional] constitucionaliza-a, a anistia. E, de modo tal que — estivesse o § 1º desse art. 4º sendo questionado nesta ADPF, o que não ocorre, já que a inicial o ignora — somente se a nova Constituição a tivesse afastado expressamente poderíamos tê-la como incompatível com o que a Assembleia Nacional Constituinte convocada por essa emenda constitucional produziu, a Constituição de 1988.<sup>68</sup>

Tratando-se de uma Constituição rígida, ou seja, que é escrita e que prevê para a sua modificação um processo diferente — no sentido de mais difícil — que aquele previsto para a legislação comum, ordinária, a literatura desenvolve a noção de poder constituinte instituído, “um poder destinado a estabelecer normas com a mesma força das normas constitucionais”<sup>69</sup>. Essa modalidade, “como poder constituído que é”<sup>70</sup>, é derivado, limitado e condicionado.

É dito derivado porque encontra o seu fundamento de validade diretamente na própria Constituição. É, assim, um poder de direito<sup>71</sup>.

É materialmente limitado porque “é limitado pelas regras de fundo eventualmente estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário”<sup>72</sup>. No Direito brasileiro vigente, há, em essência, as quatro decisões políticas fundamentais plasmadas no § 4º do art. 60 da Constituição (a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais).

Por fim, é formalmente condicionado porque “está sujeito às regras de forma estabelecidas pelo Poder Constituinte originário, as regras concernentes ao modo pelo qual se há de fazer a modificação constitucional”<sup>73</sup>. No Direito brasileiro, são regras relativas à iniciativa (quem pode deflagrar a tramitação de

<sup>63</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 53-59.

<sup>64</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 75.

<sup>65</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 76-77.

<sup>66</sup> Esses dois exemplos constam de DAHL, Robert. *How democratic is American Constitution?* 2. ed. New Haven & London: Yale University Press, 2003. p. 11-12.

<sup>67</sup> STF, ADPF n. 153, Voto do Relator, Ministro Eros Grau, 29.04.2010, itens 51-56.

<sup>68</sup> STF, ADPF n. 153, Voto do Relator, Ministro Eros Grau, 29.04.2010, item 54.

<sup>69</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 108.

<sup>70</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 114.

<sup>71</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 110-111.

<sup>72</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 110-111.

<sup>73</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 110-111.

uma proposta de emenda), regras de tramitação e aprovação ou não (duas votações em cada Casa acerca do mesmo texto — configurando um bicameralismo rigorosamente igual, perfeito ou paritário, diferentemente do que se dá no processo legislativo comum — requerida maioria de três quintos dos membros de cada Casa para aprovação). Isso para não mencionar limitações formais outras, como as circunstanciais (impedimento de emendas a Constituição na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou de estado de sítio).

Por sua vez, o poder constituinte instituído parece comportar a seguinte tipologia: poder constituinte de reforma, poder constituinte de revisão e poder constituinte decorrente.

O poder constituinte de reforma é o que permite emendar a própria constituição (é o caso de emendas constitucionais típicas) ou a ela agregar uma lei constitucional, ou seja, disciplina normativa de nível constitucional, mas não consolidada no texto constitucional (é o que se tem com normas transitórias constantes de emendas constitucionais ou de tratado internacional incorporado ao Direito doméstico na forma do § 3º do art. 5º da Constituição).

O poder constituinte de revisão é variante que se pode cogitar para denotar eventual oportunidade periódica ou não de emendar o texto constitucional de um modo simplificado ou facilitado. É o que se deu no Direito brasileiro em 1993 (as Emendas de Revisão foram aprovadas em sessões unicamerais e por maioria absoluta). No Direito português, as revisões são periódicas, ainda que, às vezes, na prática, não aconteçam. Foram muito importantes para superar o dirigismo constitucional originário e para adaptar a Constituição portuguesa às necessidades do Direito Comunitário.

Por fim, em se tratando de federação, é possível cogitar de um poder constituinte decorrente, ou seja, a possibilidade de os entes federados elaborarem Constituições locais na medida da autonomia que lhes seja reconhecida pela Constituição da federação de que são membros. Sim, aqui não se tem propriamente modificação da Constituição da federação. Ainda assim, é poder constituinte por essa instituído e, portanto, dela decorrente em favor dos entes federados, com fundamento de validade na Constituição da federação.

### 3 Problemas atuais acerca do poder constituinte

#### 3.1. Primeira aproximação: questões diversas

O poder constituinte comporta diversas aproximações e problematizações. Por exemplo: (i) a relação do poder constituinte com direito adquirido, havendo diferença sensível entre o Direito brasileiro e o francês, uma vez que aquele protege o direito adquirido em norma constitucional, enquanto esse o faz em norma legal; (ii) a cogitação acerca da eventual existência ou não de limitações materiais implícitas ao poder constituinte de reforma; (iii) a possibilidade ou não de reabrir a revisão constitucional; (iv) o modo de interpretar as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, por exemplo, a eventual compreensão da fórmula “direitos e garantias individuais” como “direitos e garantias fundamentais”, ou seja, de modo a incluir direitos sociais, no mínimo porque os direitos fundamentais são interpretados ampliativamente ou do modo mais protetivo possível; (v) a discussão sobre qual seria o espaço de autonomia para os entes federados no exercício do poder constituinte decorrente; (vi) a possibilidade ou não de dupla revisão; (vii) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de poder constituinte etc.

Por outro lado, sem prejuízo dessas referências feitas a título meramente ilustrativo, sugere-se, neste artigo, cuidar de assunto vinculado especificamente à Constituição brasileira de 1988: teria ela sofrido número excessivo de emendas constitucionais?

Daí deriva discussão que merece atenção como de ocorrência natural da recorrência de emendas constitucionais: o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

### 3.2. Número de emendas à Constituição de 1988

A Constituição de 1988 foi emendada 105 vezes (contadas as seis Emendas Constitucionais de Revisão).

Seria esse um número excessivo?

Em capítulo com o sugestivo título “A vingança de Jefferson”, Cass Sunstein mostra “as visões radicalmente diferentes” que James Madison e Thomas Jefferson ofereciam sobre o constitucionalismo na jovem nação americana<sup>74</sup>.

Para Madison, a Constituição deveria ser relativamente fixa. Seria um documento adotado em período favoravelmente único, em que pessoas de espírito público foram hábeis ao refletir o verdadeiro significado do autogoverno. Aceitava emenda constitucional, mas deveria ser um processo excessivamente difícil, reservado para “grandes e extraordinárias ocasiões”, segundo explica no *Federalista* n. 49<sup>75</sup>.

Por sua vez, Jefferson insistia que “os mortos não têm direitos”: as gerações passadas não poderiam vincular a presente. Para ele, os fundadores devem ser respeitados, mas não reverenciados. Aqueles que escreveram a Constituição são como as pessoas do presente, mas sem a experiência do presente. Em sua interpretação de Jefferson, Sunstein argumenta que “a Constituição deve ser repensada pelas muitas mentes de cada geração”<sup>76</sup>. De fato, Jefferson afirma textualmente: “nem de leve acredito que uma geração não seja capaz como outra de cuidar de si própria e de ordenar os seus próprios assuntos”<sup>77</sup>.

Então, Sunstein aponta a ambiguidade do veridito histórico: a Constituição americana é a mais antiga na face da terra. Sofreu emendas, mas em grau notável os EUA são governados pelo documento originalmente referendado pela geração fundadora<sup>78</sup>.

No entanto, prossegue Sunstein, em aspectos cruciais “a narrativa da estabilidade constitucional é um mito”<sup>79</sup>. Para ele, “Jefferson teve a sua vingança — não por emendas formais, mas por práticas sociais e interpretações que tornaram nossa Constituição muito diferente da Constituição dos fundadores”. Sunstein aponta que isso acontece não apenas por meio de decisões das cortes, mas, também, pelo autogoverno: “Há numerosos fundadores e eles podem ser encontrados em muitas gerações. Nossa Constituição é de muitas mentes.”<sup>80</sup>

Com efeito, constata-se, na prática das Constituições de países ocidentais, um número elevado de emendas constitucionais.

A Constituição de Itália, de 1947, conta 35 Leis Constitucionais, as cinco primeiras já em 1948, sendo a mais recente de 2012.

A Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, foi emendada 62 vezes até maio de 2018<sup>81</sup>.

<sup>74</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009. p. 1.

<sup>75</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009. p. 1.

<sup>76</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009. p. 2.

<sup>77</sup> JEFFERSON, Thomas. Letter to Smanuel Kercheval (12 de junho de 1816). Disponível em: <http://teachingamericanhistory.org/library/document/letter-to-samuel-kercheval/> (consultada em 19 de agosto de 2018).

<sup>78</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009. p. 2-3.

<sup>79</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009. p. 3.

<sup>80</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009. p. 3.

<sup>81</sup> Cf. dado constante do sítio oficial do Governo alemão: <https://www.deutschland.de/en/topic/politics/german-basic-law-the-key-facts> (consultado em 20 de agosto de 2018)

A Constituição francesa, de 1958, tem 24 Leis Constitucionais, algumas de grande impacto e amplitude, como a mais recente, de 2008, que — entre alterações e acréscimos — tratou sobre 45 dispositivos constitucionais<sup>82</sup>.

A Constituição da Áustria, de 1920, contabiliza mais de 800 modificações desde 1945, a maioria à parte do texto constitucional<sup>83</sup>.

A Constituição dos Estados Unidos sofreu 27 emendas desde 1787, as últimas “foram adotadas em 1964, 1967, 1971 e 1992. Isso não significa que o sentido da Constituição não tenha sido modificado pela interpretação. A taxa de emendas estaduais é quase dez vezes a taxa federal.”<sup>84</sup>

A Constituição portuguesa, de 1976, passou por sete revisões constitucionais, a primeira em 1981–1982 e a última em 2005. A primeira, inclusive, “procurou diminuir a carga ideológica da Constituição, flexibilizar o sistema econômico e redefinir as estruturas do exercício do poder político, sendo extinto o Conselho da Revolução e criado o Tribunal Constitucional”<sup>85</sup>.

A exceção à realidade disseminada é a Constituição da Espanha, de 1978, que contabiliza apenas duas alterações constitucionais.

Assim, parece próprio concluir, dessa breve referência, as sete Constituições de países estavelmente democráticos há pelo menos 40 anos, que a Constituição brasileira não merece censura pelo tão-só número de vezes que foi emendada.

### 3.3 Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais

Para COOLEY, o poder de o povo emendar ou revisar a Constituição é limitado pela Constituição americana em dois pontos: (i) abolição da forma republicana de governo: para COOLEY caberia, aqui, intervenção direta do governo dos Estados Unidos; (ii) assumir título de nobreza, violar obrigação contratual, aprovar leis *ex post facto* para punir condutas que eram inocentes quando cometidas: esses casos não demandam intervenção direta do governo da União, mas é dever das Cortes, estaduais e federais, recusar aplicar emendas e leis nesses sentidos e declará-las de nenhum efeito<sup>86</sup>.

De pronto, importa cogitar sobre que razões favorecem ou estimulam a reforma constitucional.

Ademais, o que motiva a adoção e a proliferação de limites constitucionais à reforma constitucional? Com efeito, a existência de limites materiais ao poder de emenda sugere a possibilidade de revisão judicial das emendas levadas a efeito<sup>87</sup>.

HALMAI GÁBOR levanta a seguinte hipótese: “gerações futuras geralmente merecem a falta de confiança — evidenciada por essas cláusulas de eternidade — que as gerações anteriores, ou mais especificamente os autores de suas constituições, tinham nelas”<sup>88</sup>. Em seguida, é sugestivo o conjunto de países que menciona para exemplificar: “Se examinarmos a lista desses países — tais como Alemanha, Turquia, Índia e Brasil — em que tais soluções foram empregadas, normalmente encontraremos antigos regimes despó-

<sup>82</sup> Cf. texto da Constituição francesa de 1958 consultado nos sítios da Assembleia da República Francesa e do Conselho Constitucional francês (acessados em 20 de agosto de 2018).

<sup>83</sup> HALMAI, Gábor. *Judicial review of constitutional amendments and new constitutions in comparative perspective*. *Wake Forest Law Review*, 16 de junho de 2016. p. 101.

<sup>84</sup> HALMAI, *Judicial review of constitutional amendments and new constitutions in comparative perspective...*, p. 102.

<sup>85</sup> Cf. consta do próprio sítio oficial do Assembleia da República Portuguesa: <http://www.parlamento.pt/RevisoesConstitucionais/Paginas/default.aspx> (consultado em 20 de agosto de 2018).

<sup>86</sup> COOLEY, Thomas. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the United States of the American Union*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999. p. 33.

<sup>87</sup> HALMAI, *Judicial review of constitutional amendments and new constitutions in comparative perspective...*, p. 105.

<sup>88</sup> HALMAI, *Judicial review of constitutional amendments and new constitutions in comparative perspective...*, p. 107.



ticos ou coloniais. Nesses casos, as disposições constitucionais colocadas em pedra servem para prevenir a restauração da ditadura.”<sup>89</sup>

Pesquisa de YANIV ROZNAI aponta que 40% das constituições havidas pelo mundo contêm, explicitamente, princípios de restrição à emendabilidade constitucional<sup>90</sup>. Para ele, isso corresponderia à reflexão de RICHARD KAY: haveria alguma coisa errada com a ideia de que uma emenda poderia alterar o caráter essencial de uma constituição enquanto simultaneamente invoca a própria autoridade dessa constituição<sup>91</sup>. Mesmo em países cujas constituições não têm limites explícitos à emendabilidade constitucional, haveria tendência crescente de as cortes reconhecerem um conjunto de princípios implícitos de limitação à emendabilidade constitucional, na linha da “doutrina da estrutura básica” desenvolvida na Índia<sup>92</sup>.

Cita colocação de CHARLES HOWARD MCILWAIN: “uma autoridade constituída é definida, e não pode haver definição que não implique necessariamente uma limitação”, para argumentar que o poder de emenda não é um poder ordinário, mas, ainda assim, é definido e limitado pela autoridade constitucional<sup>93</sup>.

O que a literatura brasileira denomina poder constituinte originário e poder constituinte instituído, ROZNAI chama de poder constituinte primário e poder constituinte secundário. Para ele, esse é delegado e atua como um procurador do primeiro (“trustee”), logo, não pode destruir a Constituição ou substituí-la por uma outra<sup>94</sup>. Em uma perspectiva democrática, é o povo, como titular do poder constituinte primário, que pode decidir sobre transformações constitucionais fundamentais<sup>95</sup>.

Lembra que a tênue linha entre poderes constituintes primário e secundário é borrada nas sociedades contemporâneas. Emendas constitucionais muitas vezes são utilizadas para transformações fundamentais. Menciona o caso da Constituição húngara de 1949, transformada para o comunismo por emendas constitucionais. Também menciona a Constituição chilena, redemocratizada por meio de emendas constitucionais no início dos anos 1990<sup>96</sup>. De certo modo, também foi o que se deu com a Constituição de 1988, fruto de Assembleia Nacional Constituinte que veio a ser convocada por uma Emenda à Constituição anterior.

Poder de emenda ilimitado derruba a distinção entre reforma e substituição constitucional e, consequentemente, extingue o poder constituinte primário. Por outro lado, os limites não se aplicam ao titular do poder constituinte originário: o povo. Se as legislaturas tivessem poderes de reforma ilimitados, o que seria reservado para o povo? Nesse sentido, a doutrina de limitação à reforma constitucional pode ser entendida como salvaguarda do poder constituinte primário do povo<sup>97</sup>. Com efeito, a garantia judicial das limitações às emendas constitucionais serve como mecanismo para assegurar a separação vertical entre poderes constituintes primário e secundário<sup>98</sup>. Não exclui a ocorrência de processos de reforma que imitem “momentos constitucionais” criando deliberação extraordinária e procedimentos de participação popular e lançando ponte no hiato entre os poderes constituintes primário e secundário<sup>99</sup>.

ROZNAI adverte que o poder constituinte primário (=originário) pode levantar limites, inclusive há quem descreva momentos da espécie como um tipo de “oeste selvagem”. Daí a cogitação de limites anteriores (e superiores)<sup>100</sup>.

<sup>89</sup> HALMAI, *Judicial review of constitutional amendments...*, p. 107.

<sup>90</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 227.

<sup>91</sup> ROZNAI, *Unconstitutional constitutional amendments...*, p. 227.

<sup>92</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 227.

<sup>93</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 227.

<sup>94</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 227.

<sup>95</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 227.

<sup>96</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 228.

<sup>97</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 229.

<sup>98</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 228-229.

<sup>99</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 230.

<sup>100</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

Constituições mudam não apenas por emendas, mas, também, pela interpretação judicial e pela prática constitucional. Como as Cortes também são autoridades constituídas, são analogamente limitadas em suas ações<sup>101</sup>. Então, Roznai pergunta se certos princípios não são emendáveis, isso significa que as Cortes não podem interpretar a Constituição de modo que a “revolucione”<sup>102</sup>

ROZNAI aponta a existência de conflito entre o que denomina aproximação democrática e aproximação constitucionalista sobre limites ao poder de emenda. Para democratas, é um obstáculo à tomada de decisão democrática. Para constitucionalistas, há certos princípios que estariam acima da tomada de decisão democrática. A abordagem de Roznai parece posicionar-se em ambos os lados do debate<sup>103</sup>.

A Constituição brasileira de 1988, seguindo perfil que parece usual à tradição de Direito escrito, é analítica (ou seja, não sintética). Traz normas sobre diversos assuntos, alguns são materialmente constitucionais, mas muitos são apenas formalmente constitucionais.

Qual seria a matéria constitucional? Esse é um dado em boa medida cultural e político. No mundo ocidental, o conceito de ARISTÓTELES não parece perder atualidade, no mínimo como ponto de partida. No seu *A política*, descreve as constituições das cidades-estado gregas antigas e assim conceitua: “Ora, a *politeia* [= ‘constituição’] é a organização que, nos Estados, têm as magistraturas, a forma como se encontram distribuídas, bem como a determinação do elemento soberano [*politeia* = ‘governo’ ou ‘poder político’] e do objetivo de cada comunidade.” (*A política*, 1289a15-18)<sup>104</sup>.

É curioso observar que o célebre art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão não discrepa dessa lógica de coisas: “Toda sociedade em que a garantia dos Direitos não esteja assegurada, nem a separação dos Poderes determinada, não tem Constituição.”

Considerando-se que matéria constitucional, em termos bastante contemporâneos, mas com profundas raízes no tempo, pode ser considerada como, ao menos, a afirmação e a garantia de Direitos Fundamentais, além da organização do Estado, é fácil perceber que a Constituição brasileira de 1988 trata de diversos outros assuntos que não são ou que não parecem ser propriamente típicos do texto constitucional.

Nesse contexto, a legislação relativa a assuntos que não são materialmente constitucionais, mas que constam da Constituição (ou seja: são formalmente constitucionais), sujeita-se ao controle de constitucionalidade.

Lógico, a amplitude do parâmetro de controle constitucional não é algo que se dê sem dificuldades, no mínimo porque cria um ônus adicional para o legislador, condicionado que está pelo constituinte originário (ou derivado) inclusive em matérias que não deveriam constar da Constituição. Na impossibilidade de modificar por lei aspectos de certa matéria elevados ao nível constitucional, só resta ao legislador comum levar a efeito o processo de emenda à Constituição (com todas as dificuldades adicionais típicas desse processo). E, havendo limites materiais ao poder de emenda, o próprio constituinte derivado, reformador, fica sujeito a escrutínio judicial (até mesmo preventivo).

Por outro lado, é inescapável: se consta da Constituição, é parâmetro de controle para a lei comum. Portanto, o debate, aqui, deve ser de eventual retirada dos assuntos não materialmente constitucionais do texto constitucional.

---

p. 231.

<sup>101</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

p. 232.

<sup>102</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

p. 232.

<sup>103</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

p. 232.

<sup>104</sup> Tradução de DELFIM FERREIRA LEÃO na Introdução à *Constituição dos Atenienses*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 12-13.

Para tanto, é preciso superar a cultura de desconfiança dos constituintes frente às gerações futuras, sobretudo pela superação dos eventuais traumas do passado da melhor maneira possível: pela persistência e pelo amadurecimento nas boas práticas democráticas, mormente eleições justas, transparentes, sucessivas, periódicas e persistentes, sem perda de fé nas instituições democráticas, o que implica profunda crença na cultura democrática do próprio povo.

## 4 Considerações finais

Constituições mudam não apenas por emendas, mas, também, pela interpretação judicial e pela prática constitucional. Como as Cortes também são autoridades constituídas, são (ou deveriam ser) analogamente limitadas em suas ações<sup>105</sup>. Então, Roznai pergunta se certos princípios não são emendáveis, isso significa que as Cortes não podem interpretar a Constituição de modo que a “revolucione”?<sup>106</sup>

O grande problema é quando as Cortes, ao invés de preservarem os limites constitucionais, passam a desafiá-los por meio da interpretação, revolucionando a Constituição, ou seja, como que assumindo poder constituinte originário.

Enquanto a Constituição for prolixa e, por isso, dominada por normas apenas formalmente constitucionais, mas não materialmente constitucionais, ou seja, por normas que constam da Constituição, mas que não são relativas à matéria constitucional e, sim, à legislação infraconstitucional, é compreensível, natural mesmo e, inclusive, necessário que eventuais emendas constitucionais que tocam às normas apenas formalmente constitucionais sejam objeto de controle de constitucionalidade em face do âmago constitucional.

Por isso, a Constituição brasileira de 1988 parece recomendar, sobretudo, uma “lipoaspiração”, para empregar sugestiva expressão do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, em 08 de fevereiro de 2006, de modo a nela preservar, sobretudo, matéria verdadeira e tipicamente constitucional. E isso inclusive para realçar a autoridade da própria Constituição e a importância da matéria própria ao nível fundamental.

Exemplo ilustrativo dessa compreensão de coisas é a Emenda Constitucional n. 40, de 29 de maio de 2003, que reduziu o art. 192 da Constituição brasileira de 1988 de um **caput** com oito incisos e três parágrafos para, apenas, um **caput** (sem nenhum inciso ou parágrafo), que remete a disciplina do Sistema Financeiro Nacional a “leis complementares”.

As dificuldades contingentes que decorriam do art. 192 da Constituição brasileira de 1988 (a menos que se concorde com a pretensão originária de fixar uma taxa de juros para todo o sempre e sem tomar em consideração a riqueza e as dificuldades próprias à complexidade da vida real) são análogas àquelas dificuldades que são geradas por outras matérias estranhas à Constituição, mas que, por algum motivo (por mais justificado que seja), foram elevadas ao nível constitucional formal.

## Referências

COOLEY, Thomas. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the United States of the American Union*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999

<sup>105</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 232.

<sup>106</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 232.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Marta. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989.

ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002

SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009



## Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site [www.publicacoes-academicas.uniceub.br](http://www.publicacoes-academicas.uniceub.br), com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

### **Envio dos trabalhos:**

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico [www.rdi.uni-ceub.br](http://www.rdi.uni-ceub.br)

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

# REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

V. 9, nº1