



# Reflexões de Direito Público

Ana Cristina Aguilar Viana  
Bárbara Mendonça Bertotti  
Letícia Regina Camargo Kreuz  
(Orgs.)

45

|  $\varphi$

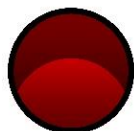
Em tempos estranhos, quando parece ruir o ideário da ciência jurídica como instância teórica de proteção da ordem constitucional democrática, emerge inevitável a questão: o Direito vale a pena? Qual o papel da ciência jurídica diante de um quadro de ensino jurídico vulgarizado e “esquemático”, de fragmentação teórica e de proliferação de subjetivismos e moralismos no exercício do Direito por diversos de seus operadores? A ciência jurídica no Brasil caminha perigosamente para um ambiente consequencialista, especialmente no exercício da jurisdição. Essa vertente se caracteriza por pautar a interpretação do direito positivo, sobretudo a Constituição Federal, nas possíveis consequências geradas pela decisão na sociedade. Intimamente relacionada a uma visão pragmática do Direito, a corrente carrega consigo a semente do messianismo jurídico, pois erige as cruzadas pessoais de cada julgador ou operador do direito a fundamento legítimo para a atuação jurídica. A leitura da coletânea é um alento para o estudioso do Direito e revela que é possível confiar na ciência e na pesquisa jurídicas como instrumentos de defesa das bases democráticas do Estado de Direito.

**Saulo Lindorfer Pivetta**



**editora fi**  
www.editorafi.org

# **Reflexões de Direito Público**



Série  
Ciências Jurídicas & Sociais

### ***Comitê Editorial***

---

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Liane Tabarelli**

PUCRS, Brasil

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marcia Andrea Bühring**

PUCRS, Brasil

**Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira**

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

**Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes**

PUCRS, Brasil

**Prof. Dr. Thadeu Weber**

PUCRS, Brasil

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Fernanda Medeiros**

PUCRS, Brasil.

# Reflexões de Direito Público

**Organizadoras:**

Ana Cristina Aguilar Viana

Bárbara Mendonça Bertotti

Letícia Regina Camargo Kreuz

*φ editora fi*

**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Lucas Fontella Margoni

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0  
[https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Ciências Jurídicas & Sociais — 45

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

VIANA, Ana Cristina Aguiar; BERTOTTI, Bárbara Mendonça; KREUZ, Letícia Regina Camargo (Orgs.)

Reflexões de Direito Público [recurso eletrônico] / Ana Cristina Aguiar Viana; Bárbara Mendonça Bertotti; Letícia Regina Camargo Kreuz (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

388 p.

ISBN - 978-85-5696-314-7

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Reflexões, 2. Ensaios, 3. Direito público 4. Filosofia do direito I. Título. II. Série

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

Prefácio.....	11
---------------	----

## Parte I

### Direito econômico e ambiental: análises sobre desenvolvimento

1.....	17
--------	----

**Fontes de energia e matriz energética brasileira: conflito entre desenvolvimento econômico e os impactos socioambientais na construção da usina de Belo Monte**

Dylliardi Alessi

Marcos Costódio

William G. Azevedo

2.....	47
--------	----

**A importância do *compliance* ambiental para as empresas: interface entre governança corporativa e impactos socioambientais**

Arlei Costa Junior

Felipe Santos Ribas

3.....	75
--------	----

**Valoração aduaneira: o imposto de importação e o acordo geral sobre tarifas e comércio**

João Guilherme Holzmann Duarte

Guislayne Alves Carlotto

## Parte II

### Direitos fundamentais: teoria e aplicação

4.....	103
--------	-----

**A utilização da reserva do possível em matéria de direitos sociais pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise empírica**

Bárbara Mendonça Bertotti

Eduardo Legat Rodrigues

5 .....133  
**Óbices à efetivação dos direitos sociais: a reserva do possível sob a luz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**  
Pedro Henrique Machado da Luz  
Diego Gonçalves Zulato

6 .....159  
**Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac): críticas e propostas de aperfeiçoamento à Lei Rouanet**  
Rennan Gustavo Ziemer da Costa

### Parte III

#### Administração pública: estruturas de poder, controle e corrupção

7 ..... 191  
**Patologias corruptivas no Poder Judiciário: o efeito direto na cidadania e a necessidade de enfrentamento**  
Leonardo Jensen Ribeiro

8 ..... 215  
**Foro por prerrogativa de função: uma perspectiva crítica de seu atual sistema de atribuição em busca de uma solução**  
Rodrigo Sánchez Rios  
André Wasilewski Duszczak

9 ..... 247  
**Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC)**  
Tarso Cabral Violin

### Parte IV

#### Constitucionalismo e democracia: aspectos críticos e teorias

10 .....277  
**Teorias democráticas, constitucionalismo popular e as particularidades do constitucionalismo latino-americano**  
Ana Cristina Aguilar Viana  
Letícia Regina Camargo Kreuz



**11.....301**  
**Liberdade de expressão, limites e restrições – uma análise em prol de uma construção republicana e democrática**  
Cristina Borges Ribas Maksym

**Parte V**  
**Direito à cidade e democracia**

**12..... 339**  
**Direito à cidade e cidades inteligentes: o uso da tecnologia na gestão democrática**  
Nicholas Arena Paliologo  
Daniel Machado Gomes

**13.....357**  
**(Re)Pensar a democracia a partir da cidade - fundamentos da participação política a partir do espaço local no Brasil**  
Guilherme Estima Giacobbo  
Ricardo Hermany



## Prefácio

Em tempos estranhos, quando parece ruir o ideário da ciência jurídica como instância teórica de proteção da ordem constitucional democrática, emerge inevitável a questão: o Direito vale a pena? Qual o papel da ciência jurídica diante de um quadro de ensino jurídico vulgarizado e “esquemmatizado”, de fragmentação teórica e de proliferação de subjetivismos e moralismos no exercício do Direito por diversos de seus operadores?

A ciência jurídica no Brasil caminha perigosamente para um ambiente *consequencialista*, especialmente no exercício da jurisdição. Essa vertente se caracteriza por pautar a interpretação do direito positivo, sobretudo a Constituição Federal, nas possíveis consequências geradas pela decisão na sociedade. Intimamente relacionada a uma visão pragmática do Direito, a corrente carrega consigo a semente do *messianismo jurídico*, pois erige as cruzadas pessoais de cada julgador ou operador do direito a fundamento legítimo para a atuação jurídica.

O Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, tem encampado esta perspectiva teórica. No julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752, o Ministro argumentou, a partir do consequencialismo, que “o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação. Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo”.<sup>1</sup> O Ministro faz ressalvas: o expediente seria delimitado pelas possibilidades e limites textuais da norma, e

---

<sup>1</sup> O voto na íntegra ainda não foi publicado. Mas seu resumo pode ser conferido em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf>> acesso em 09 abr. 2018.

não seria aplicável quando estivesse em questão valores e direitos fundamentais.

Ocorre que a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para decidir o que é “melhor para a sociedade” parece esvaziar por completo a possibilidade constitucional de adoção dessa vertente teórica como norteadora da atividade jurisdicional. Para chegar a essa conclusão não é preciso ir longe: o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição, assenta que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. As melhores decisões para a sociedade, na perspectiva democrática adotada pelo texto constitucional, devem ser realizadas pelos representantes eleitos ou pelo próprio povo. Cabe ao Poder Judiciário zelar para que tais decisões, de nível constitucional e infraconstitucional, sejam devidamente observadas em âmbito privado ou público.

Um segundo aspecto problemático dessa perspectiva consequencialista é a inserção de *argumentos de política* no exercício da jurisdição. Na clássica lição de Ronald Dworkin, os argumentos de política são utilizados legitimamente pelo legislador para justificar a elaboração de uma norma destinada a gerar um bem-estar coletivo. Diferentemente, os juízes devem se valer de *argumentos de princípio* para justificar sua decisão, ou seja, os fundamentos decisórios devem levar em conta a integridade do Direito, repelindo-se, com isso, subjetivismos por parte do julgador.<sup>2</sup>

A utilização de argumentos de política na esfera judicial acarreta a perigosa mescla da figura do juiz com a do legislador, e coloca no leito da morte qualquer teoria da decisão jurídica.<sup>3</sup> Esse é o caldo ideal para o fortalecimento de um messianismo jurídico, capaz de respingar inclusive em matérias relativas a direitos fundamentais, como ocorreu no julgamento do próprio *Habeas*

---

<sup>2</sup> A distinção é debatida pelo autor em: DWORKIN, Ronald. *Levando os princípios a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 128 e ss.

<sup>3</sup> Lenio Streck tem defendido de maneira enfática a necessidade de estruturação de uma teoria da decisão consistente para evitar subjetivismos por parte do julgador e a apreensão do Direito pelo moral. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

*Corpus* nº 152.752, em que se discutiu a extensão a ser dada à presunção de inocência prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição – direito fundamental, portanto, e que foi restringido, também, em razão de argumentos de política calcados no consequencialismo.

Nesse panorama, o consequencialismo faz o Direito ser reduzido ao que o Poder Judiciário, em especial o STF, diz ser. Além de perigosa para a democracia, a manobra representa um golpe frontal contra séculos de doutrina jurídica que busca delimitar sob contornos racionais a decisão jurídica, que deve respeitar limites procedimentais e substantivos.

É papel da pesquisa jurídica questionar e criticar o obscuro caminho por onde tem sido conduzido o Direito no Brasil. A obra coletiva “Reflexões de Direito Público”, organizada pelas jovens e talentosas Ana Cristina Aguilar Viana, Bárbara Mendonça Bertotti e Letícia Regina Camargo Kreuz, constitui trincheira de luta pela ciência jurídica afinada com o Estado Democrático de Direito. Os textos ali reunidos debatem questões atuais e instigantes da dogmática e da teoria do Direito Público, e sua leitura é fortemente recomendada para a compreensão dos temas tratados.

O livro é dividido em cinco partes. A primeira é dedicada ao Direito Econômico e Ambiental, com especial enfoque aos temas relativos ao desenvolvimento. Há artigos sobre as fontes de energia e matriz energética brasileira (Dylliardi Alessi, Marcos Costódio e William G. Azevedo), sobre a importância do *compliance* ambiental para as empresas (Arlei Costa Junior e Felipe Santos Ribas) e sobre o imposto de importação (João Guilherme Holzmann Duarte e Guislayne Alves Carlotto).

A segunda parte reflete sobre a teoria e a aplicação de direitos fundamentais. Há artigos sobre a aplicação da teoria da reserva do possível pelo Supremo Tribunal Federal (Bárbara Mendonça Bertotti e Eduardo Legat Rodrigues) e pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Pedro Henrique Machado da Luz e Diego Gonçalves Zulato), e também sobre o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Rennan Gustavo Ziemer da Costa)

A terceira parte é destinada à análise da Administração Pública, especialmente as estruturas de poder, controle e corrupção. São analisadas as patologias corruptivas no Poder Judiciário (Leonardo Jensen Ribeiro), o foro por prerrogativa de função (Rodrigo Sánchez Rios e André Wasilewski Duszczak) e o marco regulatório das Organizações da Sociedade Civil (Tarso Cabral Violin).

A quarta parte reflete sobre questões contemporâneas do constitucionalismo e da democracia, com textos sobre teorias democráticas e constitucionalismo popular (Ana Cristina Aguilar Viana e Letícia Regina Camargo Kreuz) e sobre os limites democráticos à liberdade de expressão (Cristina Ribas Maksym).

Encerrando a obra, a quinta parte trata do Direito à Cidade em uma perspectiva democrática, com reflexões sobre cidades inteligentes (Nicholas Arena Paliologo e Daniel Machado Gomes) e democracia a partir do espaço local (Guilherme Estima Giacobbo e Ricardo Hermany).

A leitura da coletânea é um alento para o estudioso do Direito e revela que é possível confiar na ciência e na pesquisa jurídicas como instrumentos de defesa das bases democráticas do Estado de Direito.

**Saulo Lindorfer Pivetta**

Doutor em Direito do Estado pela UFPR

## **Parte I**

# **Direito econômico e ambiental: análises sobre desenvolvimento**





# Fontes de energia e matriz energética brasileira: conflito entre desenvolvimento econômico e os impactos socioambientais na construção da usina de Belo Monte

*Dylliardi Alessi<sup>1</sup>*

*Marcos Costódio<sup>2</sup>*

*William G. Azevedo<sup>3</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Fontes de energia: definições, classificações e características. 3. Dados e estatísticas. 3.1. A Matriz Energética Brasileira. 3.2. O Crescimento da Geração Distribuída de Energia Elétrica. 4. Caso da Usina Belo Monte: o conflito entre a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduado em Direito Eleitoral pelo Centro Universitário Curitiba (2013). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba (2009) e em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2011), com ênfase em Administração Internacional de Negócios. Diretor Legislativo e da Escola do Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. E-mail: dylliardi@gmail.com

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba (2007). Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. E-mail: marcos@cecadv.com.br

<sup>3</sup> Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (2017). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2015). Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. E-mail: wgazevedoo@gmail.com

## **1. Introdução**

O presente artigo acadêmico pretende promover a análise da temática das fontes de energias em um panorama geral, bem como reconhecer a matriz energética brasileira, baseada em energia elétrica produzida por usinas hidrelétricas e, a partir da análise da usina hidrelétrica de Belo Monte, ressaltar o conflito entre desenvolvimento energético e os impactos socioambientais da sua implementação.

Adotar-se-á o método hipotético-dedutivo e o descritivo, realizando-se os apontamentos tanto das formas de energia e quanto dos problemas socioambientais da usina hidrelétrica de Belo Monte, respaldado por dados estatístico obtidos em órgãos governamentais.

Isso porque, é inconteste o dever de o Poder Público agir em prol da tutela ambiental, a administração deve assumir seu papel constitucionalmente definido dentro do estado democrático de direito brasileiro. Com o advento da Constituição da República Federativa de 1988, o Estado deve inserir a sustentabilidade como objetivo.

Portanto, no primeiro capítulo definem-se as fontes de energia conhecidas e utilizadas pela sociedade, demonstrando suas características e peculiaridades. No segundo e terceiro capítulo apresentam-se dados estatísticos da matriz energética brasileira. Por fim, no quarto capítulo, examina-se o caso atual mais emblemático dessa relação tensa entre o desenvolvimento e os seus impactos socioambientais: a usina hidrelétrica de Belo Monte.

## **2. Fontes de energia: definições, classificações e características**

Objetiva-se, nesse capítulo introdutório, apontar quais são as principais fontes de energia conhecidas e utilizadas pela sociedade, definindo-as, classificando-as e caracterizando-as, sem, contudo, realizar qualquer juízo valorativo sobre elas.

As fontes energéticas, na forma que o próprio termo já induz, conceituam-se por serem as diferentes formas de recursos, naturais ou artificiais, que direta ou indiretamente produzem energia para movimentar as atividades humanas (o comércio, a indústria, o agronegócio, toda a cadeia de transporte dentre as demais atividades humanas).

As fontes primárias são definidas como “os recursos naturais em forma direta ou indireta que não sofrem nenhuma modificação química ou física para seu uso energético”.<sup>4</sup> São alguns dos exemplos de fontes primárias o gás natural, combustíveis fósseis, a hidroeletricidade, geotérmica, solar, eólica e bagaços.

Por sua vez, as fontes secundárias caracterizam-se por ser “o conjunto de produtos energéticos que sofreram algum processo de transformação química ou física, que os fazem mais aptos a utilização final”.<sup>5</sup> Em outros termos, trata-se da energia proveniente da transformação ocorrida nas fontes energéticas primárias. Como principais exemplos, destacam-se a energia elétrica – resultado da transformação de diversas fontes primárias –, o petróleo, a gasolina, o *diesel*, o querosene, diferentes gases – todos provenientes da modificação dos combustíveis fósseis.<sup>6</sup>

As fontes de energias também podem ser classificadas de acordo com a capacidade natural de regeneração e reposição dos seus recursos: trata-se da clássica distinção entre energias renováveis e não renováveis.

As fontes de energias não renováveis são aquelas que, embora ainda existam em grande quantidade no planeta, não são

---

<sup>4</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - CEPAL. **Sostenibilidad energética en américa latina y el caribe**: el aporte de las fuentes renovables. Trabalho apresentado na Conferência Regional para América Latina y el Caribe sobre Energías Renovables. São Paulo, 2003. p. 8.

<sup>5</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - CEPAL. **Sostenibilidad energética en américa latina y el caribe**: el aporte de las fuentes renovables. Trabalho apresentado na Conferência Regional para América Latina y el Caribe sobre Energías Renovables. São Paulo, 2003. p. 8.

<sup>6</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - CEPAL. **Sostenibilidad energética en américa latina y el caribe**: el aporte de las fuentes renovables. Trabalho apresentado na Conferência Regional para América Latina y el Caribe sobre Energías Renovables. São Paulo, 2003. p. 8.

naturalmente recuperáveis. Quer dizer: uma vez utilizadas, elas se esgotam (reservas finitas) e não se recuperam, nem mesmo com a intervenção humana. Como exemplo principal, destacam-se os combustíveis fósseis e a energia nuclear.

Os combustíveis fósseis caracterizam-se por serem oriundos de restos orgânicos que, ao longo de milhares de anos, foram se acumulando em camadas da crosta terrestre. Dentre os principais produtos que derivam dos combustíveis fósseis, pode-se destacar o petróleo (e todos os seus derivados), o carvão mineral, o xisto betuminoso e o gás natural.

Contudo, em que pese haja diversos benefícios econômicos para utilização dessas fontes energéticas – especialmente pelo fato de possuírem alto rendimento energético, poderem ser utilizadas em diversas formas, com custos baixos – tais fontes de energias são consideradas como sujas. Isso porque, o processo de queima de energia emite uma série de poluentes<sup>7</sup> que prejudicam severamente o meio ambiente.

Ainda, o processo de extração e produção dessas fontes energéticas pressupõe intervenção na crosta terrestre, e possíveis acidentes nessas etapas podem ocasionar desastres socioambientais seríssimos,<sup>8</sup> afetando tanto a flora e a fauna de extensas áreas, como também as populações que residem nas regiões atingidas

No entanto, em escala global e em virtude dos benefícios supramencionados, são os combustíveis fósseis as fontes mais utilizadas,<sup>9</sup> sendo o petróleo e seus derivados hoje a principal fonte

---

<sup>7</sup> Dentre estes poluentes, menciona-se aqueles causadores do efeito estufa e do aquecimento global, além das chuvas ácidas e poluentes em geral, que prejudicam significativamente a saúde da população a ela submetida.

<sup>8</sup> Lembre-se do acidente da BP em 2010, no Golfo do México, onde foram liberados mais de 87 milhões de litros de petróleo cru, em 87 dias de vazamento, conforme intensamente publicado pela mídia à época. (PORTAL G1. **BP declara "responsabilidade compartilhada" no desastre do Golfo do México.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/09/bp-declara-responsabilidade-compartilhada-no-desastre-do-golfo-do-mexico.html>> Acesso em: 09 jan. 2018).

<sup>9</sup> Há estimativas que os combustíveis fósseis serão responsáveis por 75% da produção energética nas próximas duas décadas. (ÉPOCA NEGÓCIOS. **Opep diz que combustíveis fósseis serão 75% das fontes**

energética mundial. Até porque, a atual demanda por energia e combustíveis não permitiria que, de plano, a produção dos combustíveis fósseis fosse extinta, por dois motivos: *primeiro*, as demais fontes não seriam capazes de suprir em curto prazo a necessidade energética produzida pelas demais fontes de energia, especialmente as não renováveis e; *segundo*, porque muito dos equipamentos industriais e quase a totalidade dos meios de transporte, hoje são movidos por petróleo (gasolina, *diesel*, dentre outros), não sendo possível, em curto prazo, alterar totalmente a tecnologia neles empregadas.

Já no que se refere aos combustíveis nucleares, eles também apresentam características tanto positivas quanto negativas, na sua utilização.

Os principais fatores que incidem na utilização dessa fonte energética consistem no alto rendimento energético proveniente da produção, e por consistir em uma opção energética viável quando inexistente, em determinada localidade, elementos naturais passíveis de permitir a produção em quantidade necessária de energia.

Essa segunda característica decorre do próprio modo de produção dessa modalidade energética, quando, a partir de técnicas físicas de fissão e/ou fusão do átomo executadas em usinas nucleares, consegue-se produzir energia em grande escala.

Veja-se que não há necessidade da existência de recursos naturais (a exemplo de quedas acentuadas de água ou ventos constantes) para a sua produção: para tanto, basta que a usina, a partir de elementos radioativos provenientes de qualquer localidade, esteja suprida dessa matéria-prima. Por esse motivo, no ano de 2017, levantamento da ONG *World Nuclear Power* apontou a França, acompanhada de diversos países europeus (a exemplo da Bélgica, Suíça e Finlândia), como a nação que mais utiliza e depende dessa fonte energética, representando 75% de toda capacidade

energética:<sup>10</sup> veja-se que são localidades onde inexitem recursos naturais que permitem elevada produção de energia.

Em que pese haja diversas características positivas que pesam a favor da energia nuclear, considera-se essa modalidade, quando considerada no seu conjunto, uma energia suja. São três os principais fatores que levam a essa conclusão.

O primeiro decorre do nível de periculosidade da matéria-prima utilizada. Isso porque a produção de energia nuclear necessita da alteração de elementos atômicos. Sabe-se que esses elementos radioativos não só são altamente prejudiciais para todos os organismos vivos, inclusive para os seres humanos, como os seus efeitos demoram anos para se dissiparem, afetando diversas gerações.

Ainda, a produção de energia nuclear gera uma enorme quantidade de resíduos compostos de elementos radioativos. Tais resíduos demoram anos para se desintegrarem e também são capazes de danificar drasticamente os organismos vivos. Não só isso, pelo fato de demorarem muito tempo para se dissiparem na natureza, a armazenagem deve ser extremamente cuidadosa e qualquer erro pode acarretar desastres catastróficos.

O terceiro decorre da possibilidade de ocorrerem acidentes nucleares, diretos ou indiretos. Diretos, quando o acidente decorre de erro no processo de produção e significativamente a região da usina nuclear. O notório caso do acidente nuclear de Chernobil é um dos exemplos de acidentes nucleares diretos mais dramáticos. Indiretos, quando, por consequência de outros fenômenos (principalmente naturais), a estrutura da usina é afetada e, conseqüentemente o lixo nuclear é lançado no meio ambiente. Como exemplo, destaca-se o *tsunami* que atingiu a cidade de Fukushima e que também afetou a usina nuclear lá estabelecida: como resultado,

---

<sup>10</sup> World Nuclear Association. **World Nuclear Performance Report 2017**. Disponível em: <<http://www.world-nuclear.org/getmedia/b392d1cd-f7d2-4d54-9355-9a65f71a3419/world-nuclear-performance-report-2017.pdf.aspx>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

houve o derretimento de reatores nucleares e quantidades significativas de material radioativo contaminaram o ar e, principalmente da localidade, o que fez milhares de pessoas precisarem abandonar seus lares.

Por sua vez, as fontes de energia renováveis caracterizam-se pela possibilidade de se regenerarem naturalmente (ou pela intervenção humana em prazo útil), o que permite a utilização dessas fontes por muitos anos.

Embora sejam, a priori caracterizadas como limpas (não poluentes), quando comparadas com as energias não renováveis (menos poluentes) –, faz-se necessário apontar que as energias recuperáveis são apenas preponderantemente limpas, visto que todas as fontes energéticas acarretam, em algum momento da sua transformação, impactos socioambientais.<sup>11</sup>

Ademais, a utilização de fontes renováveis de energia não é um assunto novo.<sup>12</sup> Embora a preocupação com essa modalidade energética, conforme leciona Leite, tenha renascido em 1968 com o Clube de Roma, ante a preocupação dos países que integraram aquela reunião acerca da extensão dos recursos não renováveis frente ao extenso crescimento do consumo.<sup>13</sup> “De fato, os primeiros aproveitamentos datam de muitos séculos atrás, fazendo parte da própria história da humanidade”.<sup>14</sup>

São consideradas como as principais fontes de energia renováveis as seguintes: hidráulica, solar, eólica, biomassa, geotérmica.

---

<sup>11</sup> Os benefícios e malefícios das principais fontes energéticas serão, ainda nesse capítulo, individualmente especificadas.

<sup>12</sup> Antes do desenvolvimento técnico da energia proveniente do carvão e, posteriormente, do petróleo e seus derivados – o que permitiu o desenvolvimento de máquinas a vapor e o nascimento dos principais meios de transporte – a energia utilizada pela humanidade era oriunda, quase que na sua totalidade, de fontes renováveis.

<sup>13</sup> LEITE, Antonio Dias Leite. **A energia do Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 31-32.

<sup>14</sup> DUPONT, Fabrício Hoff; GRASSI, Fernando; ROMITTI, Leonardo. Energias Renováveis: buscando por uma matriz energética sustentável. **Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental**. Santa Maria, v. 19, n. 1, ed. Especial, p. 70-83, 2015. p. 73.

A energia hidrelétrica caracteriza-se como renovável, porquanto é produzida a partir do aproveitamento do potencial hidráulico decorrente da queda d'água dos rios. Assim, sendo o fluxo das águas “o combustível da geração de eletricidade a partir da fonte hidráulica”,<sup>15</sup> e sendo constantes, em tese, as chuvas que alimentam esses fluxos, torna-se compreensível porque a energia hidráulica é caracterizada como renovável.

Trata-se de uma ótima fonte energética para regiões, como o Brasil,<sup>16</sup> que possuem enorme número de rios e grandes áreas alagáveis, o que facilita a construção de hidroelétricas e minimiza os custos de produção de energia.

Embora a matéria-prima (água) não coloque, por si só, em risco o meio ambiente e a sociedade, além de se regenerar naturalmente, a produção de energia pela via hidráulica causa sim, diversos impactos socioambientais.<sup>17</sup>

Isso porque a construção das usinas hidrelétricas, especialmente as de grande porte, necessitam do alagamento de grande extensão de terra, o que acarreta a destruição do ecossistema (fauna, flora e solo) locais, com a extinção de diversas espécies. Outrossim, o processo natural de apodrecimento da vegetação e dos animais mortos pelo alagamento emite gases nocivos à saúde e à atmosfera, embora não sejam na quantidade e nocividade dos gases decorrentes da queima dos combustíveis fósseis.

Ainda, a construção de hidroelétricas implica em impactos sociais perversos: o deslocamento forçado (ou até mesmo extinção) de comunidades ribeirinhas e indígenas, as quais acabam perdendo

---

<sup>15</sup> Câmara De Comercialização De Energia Elétrica - CCEE. **Fontes.** Disponível em: <[https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/onde-atuamos/fontes?\\_adf.ctrl-state=nvsmzlf1\\_4&\\_afLoop=154817632176153#!%40%40%3F\\_afLoop%3D154817632176153%26\\_adf.ctrl-state%3D7zss39bnc\\_4](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/fontes?_adf.ctrl-state=nvsmzlf1_4&_afLoop=154817632176153#!%40%40%3F_afLoop%3D154817632176153%26_adf.ctrl-state%3D7zss39bnc_4)>. Acesso em: 08 jan. 2018.

<sup>16</sup> No próximo capítulo será apresentada a matriz energética brasileira, detalhando-se qual o percentual de energia hidroelétrica produzida pelo Brasil.

<sup>17</sup> No último capítulo será analisado os riscos socioambientais referentes à usina de Belo Monte, a qual, embora já esteja em operação, ainda causa diversos conflitos, principalmente ambientais e sociais, na região de sua construção.



o contato com o território que há gerações mantinham suas raízes. Por último, a destruição da paisagem local, a partir da instalação das enormes estruturas das hidroelétricas, é mais um dos efeitos negativos dessa fonte de energia.

Um das fontes energéticas que mais tiveram aumento de capacidade em 2016 é a energia eólica, sendo “a principal fonte de nova capacidade de geração na Europa e nos Estados Unidos em 2015, e a segunda maior na China”, consoante aponta o relatório Tendências Globais em Investimentos em Energias Renováveis de 2016.<sup>18</sup>

Trata-se de mais uma categoria de energética renovável, visto que a sua produção decorre da “captação da energia cinética do vento”.<sup>19</sup> Noutros termos, “seu aproveitamento ocorre por meio da conversão da energia cinética de translação em energia cinética de rotação, com o emprego de turbinas eólicas – também denominadas aerogeradores – para a geração de eletricidade”.<sup>20</sup>

Característica importante dessa fonte energética é o fato de que, havendo vento em intensidade e periodicidade necessárias, ela poderá ser encontrada em qualquer local do planeta. Também já avançam tecnologias para que seja viável, quando as condições naturais de vento permitirem a produção de energia eólica em residências e condomínios.

Existem, ainda, outras vantagens que decorrem da utilização dessa fonte energética, dentre as quais, destacam-se: a não emissão de gases e a não geração de quaisquer resíduos sólidos ou líquidos nas fases de produção; além da possibilidade de se instalarem

---

<sup>18</sup> REN 21. **Energias renováveis 2016**: relatório da situação mundial. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2017/>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

<sup>19</sup> DUPONT, Fabrício Hoff; GRASSI, Fernando; ROMITTI, Leonardo. Energias Renováveis: buscando por uma matriz energética sustentável. **Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental**. Santa Maria, v. 19, n. 1, ed. Especial, p. 70-83, 2015, p. 73.

<sup>20</sup> Câmara de Comercialização De Energia Elétrica - CCEE. **Fontes**. Disponível em: <[https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/onde-atuamos/fontes?\\_adf.ctrl-state=nvsmzlf1\\_4&\\_afLoop=154817632176153#!%40%40%3F\\_afLoop%3D154817632176153%26\\_adf.ctrl-state%3D7zss39bnc\\_4](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/fontes?_adf.ctrl-state=nvsmzlf1_4&_afLoop=154817632176153#!%40%40%3F_afLoop%3D154817632176153%26_adf.ctrl-state%3D7zss39bnc_4)>. Acesso em: 08 jan. 2018.

geradores sem a necessidade de deslocamento da comunidade local, sendo possível coexistirem os parques eólicos com as atividades de agropecuária, por exemplo.

No entanto, a produção de energia eólica também possui seus pontos negativos. Uma delas é a condição técnica para implantação dos campos eólicos. Não basta que determinada região tenha vento: como já explanado, é necessário que este vento tenha intensidade e periodicidade aptas a permitir a produção de energia.<sup>21</sup> Ainda, conciliar essa produção energética variável com as demais fontes de energia é um trabalho que dificulta a ampliação dessa fonte energética.

A fabricação das turbinas eólicas acarreta danos ambientais ao se considerar que a produção da estrutura das turbinas utiliza metais e outros componentes nocivos ao meio ambiente. Outro aspecto negativo, além da ampla extensão de terra necessária a instalação de um parque eólico, tem origem na poluição sonora (ruídos mecânicos) causada pelo movimento das pás das turbinas, as quais afetam tanto a fauna, quanto os moradores da região.

Além da energia eólica, a energia solar também é uma fonte de energia renovável de grande importância. O relatório da ONU apontou que no ano de 2016, alcançou-se máximas em termos do aumento da capacidade nos setores de energia eólica e solar, embora os investimentos em energias renováveis, em nível mundial, tenham sido reduzidos em comparação com o ano anterior.<sup>22</sup>

A energia em contexto, caracteriza-se por ser obtida pela utilização da irradiação solar para a geração de eletricidade e, também, para o aquecimento de água. Refere-se, respectivamente, aos processos fotovoltaicos – os quais podem ser organizados em

---

<sup>21</sup> Por ser este um artigo da área jurídica, não se faz necessário apontar os critérios técnicos inerentes a outras áreas do conhecimento. O que se pretende é esclarecer que existem requisitos técnicos mínimos necessários à produção de energia a partir da fonte eólica.

<sup>22</sup> REN 21. **Energias renováveis 2016**: relatório da situação mundial. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2017/>>. Acesso em: 18 dez. 2017. p. 18-29

usinas hipotérmicas – e térmicos de aproveitamento da energia solar.

Embora seja uma fonte totalmente inesgotável e que, em condições gerais produza poucos danos ao meio ambiente – essa modalidade ainda representa pequena parcela da matriz energética mundial.<sup>23</sup> Uma, porque se trata de uma energia com custos elevados de implantação, principalmente no que se refere aos custos de fabricação e manutenção dos painéis solares (principais peças na produção de energia solar), os quais ainda são significativamente caros. Duas, porque a eficiência energética dessa fonte ainda é baixa, quando comparada com a produção de uma hidroelétrica ou termoeétrica, sendo que o custo-benefício, sem considerar a questão ambiental, pesa em desfavor a essa fonte.

A despeito dessas dificuldades – mais financeiras do que socioambientais –, precisa-se mencionar que diversos países, diante da facilidade de se obter a matéria-prima para a produção de energia solar, têm investido pesadamente na ampliação e estruturação de usinas solares. Exemplo disso é que, em 2014, foi inaugurada na Califórnia, EUA, a Ivanpah Solar Electric Generating System, considerada a maior usina solar do mundo.<sup>24</sup> Ademais, a capacidade produtiva de energia solar, mundialmente considerada, foi acrescida em 50 GW no ano de 2015.<sup>25</sup>

As duas outras fontes de energia que também objetiva-se analisar nesse estudo, são a energia geotérmica e a de biomassa.

A primeira, caracteriza-se pelo aproveitamento das águas que evaporam do interior da Terra.<sup>26</sup> Utiliza-se do vapor naturalmente

---

<sup>23</sup> REN 21. **Energias renováveis 2016**: relatório da situação mundial. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2017/>> Acesso em: 18 dez. 2017. p. 22-23

<sup>24</sup> Sobre a usina solar, veja-se o *website* da usina: <http://www.ivanpahsolar.com/>

<sup>25</sup> REN 21. **Energias renováveis 2016**: relatório da situação mundial. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2017/>> Acesso em: 18 dez. /2017. p. 22

<sup>26</sup> Câmara De Comercialização De Energia Elétrica - CCEE. **Fontes**. Disponível em: <[https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/onde-atuamos/fontes?\\_adf.ctrl-state=nvsmzlzfi\\_4&\\_afLoop=154817632176153#!%40%40%3F\\_afLoop%3D154817632176153%26\\_adf.ctrl-state%3D7zss39bnc\\_4](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/fontes?_adf.ctrl-state=nvsmzlzfi_4&_afLoop=154817632176153#!%40%40%3F_afLoop%3D154817632176153%26_adf.ctrl-state%3D7zss39bnc_4)>. Acesso em: 08 jan. 2018.

produzido pelas camadas mais profundas da crosta terrestre para produzir energia elétrica e calor. A produção, através das usinas geotérmicas, tem como vantagem ser pouco poluente (sem a emissão de gases prejudiciais à saúde, por exemplo). Entretanto, são desvantagens dessa fonte, a alteração da geologia local (necessários para instalação da usina), bem como os altos custos de implantação.

Já a biomassa é definida como sendo “todo recurso renovável oriundo de matéria orgânica (de origem animal ou vegetal) que pode ser utilizada na produção de energia”.<sup>27</sup> Caracteriza-se, portanto, por ser uma fonte renovável que possui como matéria-prima uma variedade de produtos, tais quais plantas (bagaço da cana de açúcar) e resíduos agrícolas, industriais e urbano (lixo).<sup>28</sup> A produção dessa matéria ocorre pela transformação, através de inúmeras técnicas físicas e químicas, em energia elétrica, térmica e, até mesmo combustíveis (a exemplo do biodiesel<sup>29</sup>), dependendo de qual seja a matéria-prima utilizada na produção.

Considerando que as fontes energéticas renováveis possuem características tanto positivas, quanto negativas, conforme acima demonstrado, tem-se aventado, recentemente, a idealização de projetos híbridos. Objetiva-se, dessa maneira, combinar a utilização de diferentes fontes energéticas na mesma localidade.<sup>30</sup> Sem querer adentrar nas particularidades desses projetos, podem ser citados

---

<sup>27</sup> Câmara de Comercialização De Energia Elétrica - CCEE. **Fontes**. Disponível em: <[https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/onde-atuamos/fontes?\\_adf.ctrl-state=nvsmzlf1\\_4&\\_afLoop=154817632176153#!%40%40%3F\\_afLoop%3D154817632176153%26\\_adf.ctrl-state%3D7zss39bnc\\_4](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/fontes?_adf.ctrl-state=nvsmzlf1_4&_afLoop=154817632176153#!%40%40%3F_afLoop%3D154817632176153%26_adf.ctrl-state%3D7zss39bnc_4)>. Acesso em: 08 jan. 2018.

<sup>28</sup> Por serem bem distintos, a partir de cada matéria-prima, os processos de produção de energia, não será abordado as características de cada produto possível de se retirar energia de biomassa.

<sup>29</sup> O Biodiesel caracteriza-se por ser fabricado a partir de fontes renováveis (o óleo de soja, a gordura animal, óleo de algodão), sendo uma “alternativa aos combustíveis derivado do petróleo”. (BIODISELBR. **Biodisel**. Disponível em: <<https://www.biodieselbr.com/biodiesel.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2018).

<sup>30</sup> Como exemplo, tem-se o projeto inaugurado no Brasil, no qual se pretende instalar placas fotovoltaicas sobre flutuadores, que serão colocados no lago da Usina Hidrelétrica de Balbina. (BRASIL. **Brasil aposta em pioneirismo na geração híbrida de energia elétrica**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2016/03/brasil-avanca-nas-propostas-de-geracao-hibrida-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 12 jan. 2018).

como exemplos as seguintes combinações, dentre outras: hidro-solar; eólica-solar; fotovoltaica-solar térmica; solar térmica-geotérmica; e, biomassa-geotérmica.

Especificadas as características e conceituadas cada uma das principais fontes energéticas, renováveis e não renováveis, indicar-se-á, no próximo capítulo, qual o atual quadro da matriz energética brasileira e qual a importância da geração distribuída no contexto nacional.

### 3. Dados e estatísticas

#### 3.1. A matriz energética brasileira

A Empresa de Pesquisa Energética – EPE, criada pela Lei n.º 10.847, de 15 de março de 2004,<sup>31</sup> vinculada ao Ministério de Minas e Energia, elabora e publica anualmente o Balanço Energético Nacional – BEN. A publicação, que é atualizada em ciclos anuais, apresenta dados e informações referentes à oferta e ao consumo de energia no país.

Os dados apresentados neste capítulo foram extraídos do Balanço Energético Nacional 2017,<sup>32</sup> ano base 2016.

De acordo com o estudo, a oferta interna de energia atingiu 288,3 Mtep. O total de energia disponibilizada no país teve uma redução de 3,8% quando comparada a 2015, acompanhando o cenário de crise econômica. Em 2016, o Produto Interno Bruto recuou 3,6%, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e

---

<sup>31</sup> BRASIL. **Lei 10.847, de 15 de março de 2004**. Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/10.847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/10.847.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2017.

<sup>32</sup> BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **Balanço energético nacional - BEN**. Disponível em: <<https://ben.epe.gov.br/default.aspx>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

Estatística – IBGE.<sup>33</sup> A desaceleração da economia também afetou o consumo final energético e não energético, que caiu 2,2%.

Quando analisados os setores que mais consumiram energia, as indústrias ficam em primeiro lugar com 33%, seguidas pelo setor de transportes com 32,4%, residências com 9,7%, setor energético com 10,3%, serviços com 4,9% e agropecuária com 4%. Ainda há o registro de 5,8% das fontes com uso não energético. Observa-se, portanto, que a produção industrial, o transporte de cargas e a mobilidade das pessoas são responsáveis por mais de 65% do consumo de energia do país.

A Matriz Energética Brasileira ainda é destaque pela alta participação das renováveis, quando comparada com os demais países do mundo. Enquanto a média de utilização de renováveis no mundo é de apenas 13,5%, o relatório aponta um índice de 43,5% na matriz energética nacional, onde se destacam as fontes hidráulica e biomassa da cana (principalmente pela produção de etanol).

Por outro lado, 56,5% da nossa matriz é composta por fontes não renováveis, especialmente pela dependência do petróleo e derivados para o setor de transportes. Quando analisado apenas este setor, constata-se um cenário bem mais dependente de combustíveis fósseis, apenas 20% da energia utilizada pode ser considerada renovável.

Considerando que o escopo do presente trabalho é o estudo da energia elétrica, vale o estudo mais aprofundado da matriz nacional quando selecionado apenas este tipo de energia.

Neste cenário, as renováveis possuem ainda mais relevância. De acordo com a Agência Nacional de Energia Elétrica,<sup>34</sup> a potência

---

<sup>33</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Contas Nacionais Trimestrais Indicadores de Volume e Valores Correntes**. Outubro/dezembro 2016. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas\\_Nacionais/Contas\\_Nacionais\\_Trimestrais/Fasciculo\\_Indicadores\\_IBGE/pib-vol-val\\_201604caderno.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Contas_Nacionais_Trimestrais/Fasciculo_Indicadores_IBGE/pib-vol-val_201604caderno.pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2017.

<sup>34</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. **BIG – Banco de Informações de Geração**. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/OperacaoCapacidadeBrasil.cfm>>. Acesso em: 9 dez. 2017.

instalada, considerada a sua origem, está assim dividida: a) hídrica – 60,87%; b) fóssil – 16,44%; c) biomassa – 8,81%; d) eólica – 7,40%; e) nuclear – 1,21%; f) solar – 0,29%; e g) importação de energia (proveniente do Paraguai, Argentina, Venezuela e Uruguai) – 4,97%.

Salta aos olhos o crescimento da oferta de energia eólica e solar. De 2015 para 2016, estas fontes aumentaram em 54,9% e 44,7%, respectivamente. É bom lembrar que tais fontes ainda representam uma parcela muito pequena na matriz brasileira, mas as taxas de crescimento demonstram que podem ser significativas no futuro.

Acompanhando estes dados, ainda de acordo com o BEN 2017, as emissões de CO<sub>2</sub> pelos brasileiros são de 2,1 toneladas por habitante. A título comparativo, os Estados Unidos da América emitem 16,2 toneladas por habitante, a China 6,7 toneladas por habitante e a União Europeia 6,2 toneladas por habitante. Observa-se, portanto, que cada brasileiro emite, em média 7 vezes menos dióxido de carbono que um estadunidense e 3 vezes menos que um europeu ou um chinês.

Entretanto, não apenas aqueles que mais poluem, mas todos os países do mundo devem buscar constantemente a produção de energia mais limpa.

Na 21<sup>a</sup> Conferência das Partes (COP21), em dezembro de 2015, foi aprovado o Acordo de Paris,<sup>35</sup> onde foi dado destaque em metas relacionadas a produção de energia renovável.

O Brasil, por exemplo, assumiu compromissos ousados, como a redução em 37% nas emissões de CO<sub>2</sub> até 2025 em relação aos níveis de 2005 e 43% até 2030. Para o setor energético, as metas são aumentar a participação de bioenergia sustentável na matriz energética para aproximadamente 18% e aumentar para 45% a

---

<sup>35</sup> United Nations Conference on the Human Environment. **Conference of the Parties**. Twenty-first session. Paris, 2015. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10g01.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

participação de energias renováveis na composição da matriz energética até 2030.<sup>36</sup>

Atualmente, temos uma ótima base energética oriunda de grandes hidroelétricas, como a Itaipu Binacional. Basta a análise das informações provenientes dos órgãos governamentais para se perceber o quanto ainda somos dependentes da fonte hídrica. Entretanto, apesar de ser considerada uma fonte renovável, empreendimentos gigantescos como este geram imensos impactos ambientais, sociais e econômicos quando da sua instalação.

Ademais, a dependência hídrica gera problemas como a sazonalidade da chuva. Portanto, seguir com investimentos similares não parece ser o melhor caminho a adotar, até mesmo para a diversificação da matriz brasileira.

Entretanto, é impositivo a busca de soluções. Não se pode esquecer que o crescimento econômico tão almejado demanda o aumento da oferta de energia. Desta forma, sem a perspectiva de hidrelétricas continuarem respondendo por uma parcela tão grande da energia produzida, as principais opções são os combustíveis fósseis, a energia nuclear, a biomassa, a energia eólica e a energia solar.

As duas primeiras não são consideradas renováveis. Os combustíveis fósseis, além de terem uma quantidade limitada para sua extração, são extremamente poluentes e liberam altíssimas taxas de gases que aumentam a temperatura do planeta.<sup>37</sup>

A energia nuclear também utiliza recursos que são limitados. Ao contrário dos combustíveis fósseis, é uma fonte de energia que pouco polui. Entretanto, as usinas nucleares oferecem seríssimos

---

<sup>36</sup> BRASIL. Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudança do Clima. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf)>. Acesso em 30 nov. 2017.

<sup>37</sup> ANDRADE JÚNIOR, Luiz Maurício Lopes de; MENDES, Luiz Fernando Rosa. Microgeração fotovoltaica conectada à rede elétrica: considerações acerca de sua difusão e implantação no Brasil. *Vértices*, Campos dos Goytacazes, v.18, n. 2, p. 31-51, maio/ago. 2016. p. 32.



riscos de acidentes, como os que ocorreram em Chernobil, em 1986, e, mais recentemente, em Fukushima, em 2011.

As demais fontes (biomassa, energia eólica e energia solar), além de limpas, não dependem necessariamente de grandes obras, produzindo baixo impacto social e ambiental.

Justamente estas fontes, em especial a energia solar fotovoltaica, é que são destaques na geração distribuída de energia elétrica. Por ser uma possível solução, vale a análise mais aprofundada dos dados e estatísticas referentes a este tipo de geração.

### **3.2. O crescimento da geração distribuída de energia elétrica**

A Geração Distribuída de energia não possui uma definição única. Alguns países a definem com base no nível de tensão, enquanto outros partem do princípio de que ela está conectada a circuitos em que o próprio consumidor fornece carga diretamente. Existem definições ainda com base em alguma característica específica, como uso de fontes renováveis ou cogeração.<sup>38</sup>

No Brasil, por exemplo, a definição está disposta no art. 14 do Decreto Presidencial n.º 5.163, de 30 de julho de 2004, para o qual: “considera-se geração distribuída toda produção de energia elétrica proveniente de agentes concessionários, permissionários ou autorizados (...) conectados diretamente no sistema elétrico de distribuição do comprador, exceto aquela proveniente de: hidrelétrico com capacidade instalada superior a 30 MW; termelétrico, inclusive de cogeração, com eficiência energética inferior a 75%”.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> PEPERMANS, Guido; DRIESEN, Johan; HAESELDONCKX, Dries; BELMANS, Ronnie; D’HAESELEER, William. Distributed generation: definition, benefits and issues. *Energy Policy*, vol. 33, Issue 6, p. 787-798, Abr. 2005.

<sup>39</sup> BRASIL. **Decreto Presidencial n.º 5.163, de 30 de julho de 2004**. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia

Em busca de uma definição que possa se encaixar nas mais diversas regulações dos países, Ackermann, Andersson e Söder definem geração distribuída tão somente como uma fonte de energia elétrica conectada diretamente à rede de distribuição ou situada no próprio consumidor.<sup>40</sup>

O Brasil, preocupado com os problemas ambientais e sociais, e necessitando cumprir as metas com as quais se comprometeu pelo Acordo de Paris, vem com o passar dos anos editando normas em busca de incentivos à geração distribuída, tanto em âmbito federal, quanto por normas estaduais e municipais.

É possível observar que as políticas nesta área são, em geral, incentivos positivos – fiscais, tributários e creditícios. Este tipo de programa “tem ganhado destaque na seara ambiental, sobretudo a partir da concepção do princípio do protetor-recebedor”.<sup>41</sup>

O grande marco regulatório de incentivo à produção de energia distribuída no Brasil é a Resolução Normativa n.º 482, de 2012, editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel,<sup>42</sup> que estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica, e dá outras providências.

Por meio deste enunciado normativo, o país adotou o sistema de *net metering*, onde o consumidor-gerador ou “prosumidor”,

---

elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM)>. Acesso em: 29 nov. 2017.

<sup>40</sup> ACKERMANN, Thomas; ANDERSSON, Göram; SÖDER, Lennart. Distributed generation: a definition. **Electric Power Systems Research**, vol. 57, Issue 3, Pages 195-204, Abr. 2001.

<sup>41</sup> HUPFFER, Haide M.; WEYERMULLER, André R.; WACLAWOVSKY, William G. Uma análise sistêmica do princípio do protetor-recebedor na institucionalização de programas de compensação por serviços ambientais. **Ambiente & Sociedade**. São Paulo, v. 14, n. 1, p. 95-114, jun. 2011.

<sup>42</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. **Resolução Normativa n.º 482, de 17 de abril de 2012**. Estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta\\_publica/documentos/Nota%20T%03%a9cnica\\_0043\\_GD\\_SRD.pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/Nota%20T%03%a9cnica_0043_GD_SRD.pdf)>. Acesso em: 9 dez. 2017.

desconta da sua conta de luz a energia gerada na sua unidade. E, se a energia gerada for maior que a consumida, recebe um crédito na sua conta pelo saldo positivo, que pode ser utilizado na próxima fatura.

Destaque-se que as regras originais da Resolução Normativa n.º 482, de 2012, após uma revisão, foram alteradas pela Resolução Normativa da Aneel n.º 687, de 24 de novembro de 2015,<sup>43</sup> trazendo uma série de novidades que criaram condições muito mais benéficas para os pequenos geradores de energia limpa.

Foram estabelecidos, por exemplo, novas configurações. Além da possibilidade de uso e compensação na própria unidade onde a energia é gerada, ainda é possível o benefício com as seguintes configurações: a) autoconsumo remoto; b) condomínios ou empreendimentos de múltiplas unidades consumidoras; e c) geração compartilhada.

Outra grande inovação foi o estabelecimento do prazo de sessenta meses de validade dos créditos. Ou seja, se em um determinado mês, o prosumidor apurar um saldo positivo, ele pode compensar com seu consumo em longo prazo. Trata-se de alteração de extrema relevância, especialmente porque a produção e o consumo podem ter grandes diferenças sazonais, como por exemplo, períodos de baixa ou nenhuma insolação.

Além da regulamentação da Aneel, destacam-se os incentivos tributários: Lei Federal n.º 13.169/2015,<sup>44</sup> em seu art. 8º, reduziu a zero as alíquotas das contribuições para o PIS/Pasep e para a Cofins “incidentes sobre a energia elétrica ativa fornecida pela distribuidora à unidade consumidora, na quantidade

---

<sup>43</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. **Resolução Normativa n.º 687, de 24 de novembro de 2015**. Altera a Resolução Normativa n.º 482, de 17 de abril de 2012, e os Módulos 1 e 3 dos Procedimentos de Distribuição – PRODIST. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta\\_publica/documentos/Nota%20T%0c3%a9cnicna\\_0043\\_GD\\_SRD.pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/Nota%20T%0c3%a9cnicna_0043_GD_SRD.pdf)>. Acesso em: 9 dez. 2017.

<sup>44</sup> BRASIL. **Lei n.º 13.169, de 6 de outubro de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13169.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13169.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2017.

correspondente à soma da energia elétrica ativa injetada na rede de distribuição pela mesma unidade consumidora com os créditos de energia ativa originados na própria unidade consumidora no mesmo mês, em meses anteriores ou em outra unidade consumidora do mesmo titular”.

De maneira similar veio estabelecer o Convênio ICMS n.º 16, de 22 de abril de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz. A norma autoriza os estados aderentes a isentar o ICMS “incidente sobre a energia elétrica (...) na quantidade correspondente à soma da energia elétrica injetada na rede de distribuição pela mesma unidade consumidora com os créditos de energia ativa originados na própria unidade consumidora no mesmo mês, em meses anteriores ou em outra unidade consumidora do mesmo titular”.<sup>45</sup>

Em âmbito municipal também existem iniciativas de incentivo. Um exemplo é o “Programa Palmas Solar”, criado pela Lei Complementar Municipal de Palmas-TO, n.º 327, de 24 de novembro de 2015.<sup>46</sup> A Lei estabelece descontos de até 80% (oitenta por cento) em tributos municipais (IPTU, ISSQN e ITBI) para estimular a sociedade a adotar a energia solar.

Afora os incentivos fiscais, a norma municipal também previu a criação de um fundo específico para financiamento de projetos, serviços, equipamentos e empreendimentos que contribuam para o aproveitamento de energia solar.

A regulação e as alterações têm trazidos resultados interessantes. Em dezembro de 2012, a Aneel reportava apenas uma unidade com conexão com micro e minigeradores. O crescimento

---

<sup>45</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz. **Convênio ICMS n.º 16, de 22 de abril de 2015**. Disponível em: <[https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/cv016\\_15](https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/cv016_15)>. Acesso em: 29 nov. 2017.

<sup>46</sup> PALMAS. **Lei Complementar n.º 327, de 24 de novembro de 2015**. Cria o Programa Palmas Solar para estabelecer incentivos ao desenvolvimento tecnológico, ao uso e a instalação de sistemas de conversão e/ou aproveitamento de energia solar no município de Palmas, e adota outras providências. Disponível em: <<https://legislativo.palmas.to.gov.br/media/leis/lei-complementar-327-2015-11-24-25-11-2015-17-35-2.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

foi tímido no início. Em março de 2016, pouco antes da entrada em vigor da Resolução n.º 687/2015, haviam 3.270 (três mil, duzentos e setenta) consumidores recebendo créditos. A partir de então, os números aumentaram exponencialmente. Em dezembro de 2017, já estavam cadastrados 19.267 geradores, com uma potência total de 208.499,39 kW, beneficiando 22.052 unidades consumidoras.<sup>47</sup>

Destes geradores, 21 são centrais geradoras hidrelétricas, 53 usinas eólicas, 72 usinas termelétricas e 19.121 são centrais geradoras fotovoltaicas, ou seja, mais de 99% das usinas conectadas em geração distribuída são provenientes da luz solar.

Com relação à classe de consumo, destaca-se o uso residencial.<sup>48</sup> As informações da Aneel demonstram que quase 75% dos consumidores que recebem crédito da geração distribuída são unidades residenciais.

Todos estes dados comprovam que a regulamentação e a criação de incentivos por políticas públicas são essenciais para o crescimento da geração distribuída por fontes renováveis.

#### **4. Caso da usina Belo Monte: o conflito entre a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico**

Como observado nos dados estatísticos apresentados no presente artigo acadêmico, as usinas hidrelétricas ainda são as fontes de energia que fundamentam a matriz energética brasileira. A polêmica envolvendo a construção da usina hidrelétrica de Belo Monte certamente é o termo mais atual, vivenciado no Brasil, que deflagra a dificuldade em se solucionar o impasse entre a necessidade de superação da chamada crise energética e a

---

<sup>47</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. **Geração Distribuída – Resumo Estadual**. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/scg/gd/GD\\_Estadual.asp](http://www2.aneel.gov.br/scg/gd/GD_Estadual.asp)>. Acesso em: 28 dez. 2017.

<sup>48</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. **Geração Distribuída – Resumo por Classe de Consumo**. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/scg/gd/GD\\_Classe.asp](http://www2.aneel.gov.br/scg/gd/GD_Classe.asp)>. Acesso em: 28 dez. 2017.

proteção/preservação do meio ambiente e das comunidades indígenas.

No ano de 2009, o Governo brasileiro informou que retomaria a edificação da usina hidrelétrica de Belo Monte, situada no Rio Xingu, no Estado do Pará, com o objetivo de resolver o problema da crise de energia experimentada pelo país. Segundo documento produzido pelo Minas e Energia, a usina de Belo Monte, seria um empreendimento energético responsável por adicionar à matriz energética brasileira pouco mais de 11 mil *megawatts* (MW) de capacidade instalada, sendo a maior hidrelétrica brasileira e a terceira maior do mundo, ficando atrás apenas da Usina de Três Gargantas, na China, e de Itaipu, que é binacional.<sup>49</sup> Ou seja, há, sem dúvida alguma, justificativas econômicas para a edificação da usina.

Contudo, desde a promulgação da Constituição da República Federativa, em 1988, restou consagrado o direito ao meio ambiente equilibrado no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que se refere à qualidade do ambiente, como aponta José Afonso da Silva:

A proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana.<sup>50</sup>

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988, estabelece o padrão constitucional que orienta a política ambiental brasileira, refletindo inúmeros direitos e obrigações, tanto aos administrados quanto ao Poder Público. Da leitura da norma constitucional citada, percebe-se a evidente preocupação do constituinte com um meio

---

<sup>49</sup> BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **Projeto da Usina de Belo Monte Fatos e Dados**: fevereiro 2011. Disponível em: <<http://antigo.epe.gov.br/leiloes/Documents/Leil%C3%A3o%20Belo%20Monte/Belo%20Monte%20-%20Fatos%20e%20Dados%20-%20POR.pdf>> Acesso em: 07 jan. 2017

<sup>50</sup> SILVA, Jose Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 58.

ambiente equilibrado e de titularidade coletiva, portanto, de preservação obrigatória, já que é um bem de uso comum do povo, sendo indispensável a proteção ambiental atual e garantir o ambiente equilibrado futuro das novas gerações.

Segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo, em análise ao artigo 225 da Constituição Federal de 1988, consegue-se extrair princípios balizadores do direito ambiental moderno, a saber: desenvolvimento sustentável, poluidor-pagador, prevenção, participação e ubiquidade.<sup>51</sup>

Nesse sentido, o Estado divide com o administrado a obrigação de proteção/preservação do meio ambiente equilibrado. Como acentua Cristiane Derrani “os administradores, de meros beneficiários do exercício da função ambiental pelo Estado que eram, passam a ocupar posição de destinatários do dever-poder de desenvolver comportamentos positivos, visando àqueles fins”.<sup>52</sup> Nesta linha, a função ambiental, diferentemente das demais funções estatais, não é de exclusivo exercício pelo Estado.

Portanto, é inegável a preocupação do legislador constitucional em atribuir ao administrado e ao Estado papel fundamental na proteção e preservação ambiental. No caso da Usina de Belo Monte, além do problema ao meio ambiente causado pela implantação da usina – inerente a qualquer obra –, a situação ainda é mais grave em razão da população residente nas mediações da bacia do Rio Xingu, sobretudo os povos indígenas.

O artigo 231, § 3º da Constituição Federal e a Convenção 169 da OIT regulamenta os direitos dos índios. O referido dispositivo constitucional, a propósito, cita, expressamente que o uso dos recursos hídricos só pode ser realizado com autorização do Congresso Nacional e se ouvidas as comunidades afetadas. Essa norma certamente tem o propósito de garantir à proteção dos

---

<sup>51</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 136.

<sup>52</sup> DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 251.

interesses das comunidades. No mesmo sentido, a convenção internacional preconiza a necessidade da realização obrigatória das comunidades indígenas, devendo ser esclarecida, inclusive, os impactos da obra.

A propósito, na tentativa de ver garantidos os direitos da comunidade indígena, o Ministério Público Federal propôs diversas ações judiciais para obrigar a realização de audiências públicas em todas as comunidades afetadas, sendo defendido pelo *parquet* federal que se as audiências públicas não fossem realizadas, haveria uma flagrante violação aos direitos humanos.

Como se não bastassem os problemas sociais e ambientais já enumerados, o problema da segurança pública na região também deve ser ressaltado. Antes mesmo do início das obras, uma quantidade considerável de pessoas dirigiu-se para os municípios próximos, a espera de colocação do mercado de trabalho para a edificação da usina hidrelétrica, fato esse que causou um abrupto crescimento populacional da região. E, diante do aumento de pessoas nas proximidades da região, os problemas sociais de qualquer cidade com alta carga populacional também apareceu. Assim, os assaltos, homicídios, tráficos de drogas e pessoas eram constantes e aumentavam dia após dia. Na outra ponta, o Estado do Pará não tinha condições para atender esse crescimento abrupto populacional na região.

Nesse contexto, destaque-se que a população do Pará, na sua totalidade, foi afetada pela implementação da usina hidrelétrica de Belo Monte, tendo em vista que o Estado será obrigado a realocar os seus recursos para concentrá-los na região de Belo Monte.

Portanto, as polêmicas envolvendo Belo Monte estão presentes desde o surgimento e divulgação na mídia de seu projeto de implementação. No entanto, o complexo hidrelétrico de Belo Monte é fortemente defendido pelo governo Brasileiro sob a justificativa de se evitar uma nova crise energética, tal qual ocorreu em 2001 e 2002. Em oposição ao argumento do Governo Federal, muitas entidades de proteção ambiental criticam esse tipo de



empreendimento, alegando que existem outras fontes de energia menos danosas ao meio ambiente, como a energia eólica, a energia solar e a proveniente da biomassa, já citadas ao longo do presente artigo. A verdade é que esse impasse entre o desenvolvimento econômico e a proteção ao ambiente parece ser insolúvel.

## **5. Considerações finais**

O presente artigo acadêmico pretendeu demonstrar que a preocupação em se preservar o meio ambiente e a sua qualidade é evidente, especialmente após a Constituição Federal de 1988. Por outro lado, são cada vez mais os impactos da atuação do homem à vida de todos os seres vivos. Portanto, o direito tem o dever de regulamentar as condutas humanas visando à proteção dos recursos naturais e das comunidades afetadas. A solução pensada pelo direito para obter a conciliação entre o desenvolvimento econômico e proteção ambiental é o princípio denominado desenvolvimento sustentável.

No decorrer da história e com o desenvolvimento das nações, além das riquezas, gerou também impactos sobre o meio ambiente, implicando na ocorrência de danos ao solo, à água, ao ar e também à biodiversidade. Contudo, no início do desenvolvimento, não se tinha em vista os conceitos da escassez natural e da poluição, pois imaginava-se que o meio ambiente era renovável e, naturalmente, haveria a substituição.

Deste modo, a ascensão do capitalismo e a necessidade da maior produção energética são os momentos nos quais os panoramas mundiais mudam devido aos impactos causados pela atividade industrial. Isso ocorreu, pois, as alterações no meio ambiente foram significativas. Diante dessa crescente evolução econômica desenfreada, o direito adquire importante papel na regulamentação da proteção do meio ambiente e a sua relação com o desenvolvimento econômico, buscando, ao menos, amenizar os prejuízos decorrentes do desenvolvimento econômico. A

comunidade científica, inclusive, tem se empenhado a promover a conscientização da população sobre o risco desse crescimento sem planejamento ambiental.

É neste momento o aparecimento dos direitos fundamentais de terceira geração, em que se supera a simples relação homem-indivíduo, para aprofundar os estudos nos direitos difusos. Por outro lado, é imensa a dificuldade em se solucionar o impasse entre a necessidade de superação da chamada crise energética e a proteção/preservação do meio ambiente e das comunidades indígenas. No caso de Belo Monte, por exemplo, esse problema é evidenciado, desde quando se tornou pública a implementação da usina hidrelétrica.

Contudo, conforme amplamente demonstrado, há argumentos consistentes para ambas as partes, tantos para os que defendem a usina quanto para os que são contrários. Cabe, então, ao poder público a análise das alegações e decidir se o desenvolvimento compensa os impactos ambientais e sociais da região.

## 6. Referências

ACKERMANN, Thomas; ANDERSSON, Göram; SÖDER, Lennart. Distributed generation: a definition. **Electric Power Systems Research**, vol. 57, Issue 3, Pages 195-204, Abr. 2001.

ANDRADE JÚNIOR, Luiz Maurício Lopes de; MENDES, Luiz Fernando Rosa. Microgeração fotovoltaica conectada à rede elétrica: considerações acerca de sua difusão e implantação no Brasil. **Vértices**, Campos dos Goytacazes, v.18, n.2, p. 31-51, maio/ago. 2016.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel. **BIG - Banco de Informações de Geração**. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/OperacaoCapacidadeBrasil.cfm>>. Acesso em: 9 dez. 2017.

- \_\_\_\_\_. Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. **Geração Distribuída – Resumo Estadual.** Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/scg/gd/GD\\_Estadual.asp](http://www2.aneel.gov.br/scg/gd/GD_Estadual.asp)>. Acesso em: 28 dez. 2017.
- \_\_\_\_\_. Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. **Geração Distribuída – Resumo por Classe de Consumo.** Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/scg/gd/GD\\_Classe.asp](http://www2.aneel.gov.br/scg/gd/GD_Classe.asp)>. Acesso em: 28 dez. 2017.
- \_\_\_\_\_. Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. **Resolução Normativa n.º 482, de 17 de abril de 2012.** Estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta\\_publica/documentos/Nota%20T%c3%a9cnica\\_0043\\_GD\\_SRD.pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/Nota%20T%c3%a9cnica_0043_GD_SRD.pdf)>. Acesso em: 9 dez. 2017.
- \_\_\_\_\_. Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. **Resolução Normativa n.º 687, de 24 de novembro de 2015.** Altera a Resolução Normativa n.º 482, de 17 de abril de 2012, e os Módulos 1 e 3 dos Procedimentos de Distribuição – PRODIST. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta\\_publica/documentos/Nota%20T%c3%a9cnica\\_0043\\_GD\\_SRD.pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/Nota%20T%c3%a9cnica_0043_GD_SRD.pdf)>. Acesso em: 9 dez. 2017.
- \_\_\_\_\_. **Brasil aposta em pioneirismo na geração híbrida de energia elétrica.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2016/03/brasil-avanca-nas-propostas-de-geracao-hibrida-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- \_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz. **Convênio ICMS n.º 16, de 22 de abril de 2015.** Disponível em: <[https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/cv016\\_15](https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/cv016_15)>. Acesso em: 29 nov. 2017.
- \_\_\_\_\_. **Decreto Presidencial n.º 5.163, de 30 de julho de 2004.** Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM)>. Acesso em: 29 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Contas Nacionais Trimestrais Indicadores de Volume e Valores Correntes**. Outubro/dezembro 2016. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas\\_Nacionais/Contas\\_Nacionais\\_Trimestrais/Fasciculo\\_Indicadores\\_IBGE/pib-vol-val\\_201604caderno.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Contas_Nacionais_Trimestrais/Fasciculo_Indicadores_IBGE/pib-vol-val_201604caderno.pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.847, de 15 de março de 2004**. Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.847.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2017

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.169, de 6 de outubro de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13169.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13169.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério de Minas e Energia. **Balço energético nacional - BEN**. Disponível em: <<https://ben.epe.gov.br/default.aspx>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudança do Clima**. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf)>. Acesso em 30 nov. 2017.

BIODISELBR. **Biodiesel**. Disponível em: <<https://www.biodieselbr.com/biodiesel.htm>> Acesso em: 09 jan. 2018.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. **Fontes**. Disponível em: <[https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/onde-atuamos/fontes?\\_adf.ctrl-state=nvsmzlf1\\_4&\\_afLoop=154817632176153#!%40%40%3F\\_afLoop%3D154817632176153%26\\_adf.ctrl-state%3D7zss39bnc\\_4](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/fontes?_adf.ctrl-state=nvsmzlf1_4&_afLoop=154817632176153#!%40%40%3F_afLoop%3D154817632176153%26_adf.ctrl-state%3D7zss39bnc_4)>. Acesso em: 08 jan. 2018.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - CEPAL.

**Sostenibilidad energética en américa latina y el caribe:** el aporte de las fuentes renovables. Trabalho apresentado na Conferencia Regional para América Latina y el Caribe sobre Energías Renovables. São Paulo, 2003.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

DUPONT, Fabrício Hoff; GRASSI, Fernando; ROMITTI, Leonardo. Energias Renováveis: buscando por uma matriz energética sustentável. **Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental.** Santa Maria, v. 19, n. 1, ed. Especial, p. 70-83, 2015.

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Opep diz que combustíveis fósseis serão 75% das fontes de energia em 2040.** Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2017/11/opep-diz-que-combustiveis-fosseis-serao-75-das-fontes-de-energia-em-2040.html>> Acesso em: 07 jan. 2018

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 11 ed. São Paulo: Saraiva 2010.

HUPFFER, Haide M.; WEYERMULLER, André R.; WACLAWOVSKY, William G. Uma análise sistêmica do princípio do protetor-recebedor na institucionalização de programas de compensação por serviços ambientais. **Ambiente & Sociedade.** São Paulo, v. 14, n. 1, p. 95-114, jun. 2011

LEITE, Antonio Dias. **A energia do Brasil.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

PALMAS. **Lei Complementar n.º 327, de 24 de novembro de 2015.** Cria o Programa Palmas Solar para estabelecer incentivos ao desenvolvimento tecnológico, ao uso e a instalação de sistemas de conversão e/ou aproveitamento de energia solar no município de Palmas, e adota outras providências. Disponível em: <<https://legislativo.palmas.to.gov.br/media/leis/lei-complementar-327-2015-11-24-25-11-2015-17-35-2.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

PEPERMANS, Guido; DRIESEN, Johan; HAESELDONCKX, Dries; BELMANS, Ronnie; D'HAESELEER, William. Distributed generation: definition, benefits and issues. **Energy Policy**, vol. 33, Issue 6, p. 787-798, Abr. 2005.

PORTAL G1. **BP declara "responsabilidade compartilhada" no desastre do Golfo do México.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/09/bp-declara-responsabilidade-compartilhada-no-desastre-do-golfo-do-mexico.html>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

REN 21. **Energias renováveis 2016:** relatório da situação mundial. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2017/>>. Acesso em: 18 dez. 2017

SILVA, Jose Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE HUMAN ENVIRONMENT. **Conference of the Parties.** Twenty-first session. Paris, 2015. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/logr01.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

WORLD NUCLEAR ASSOCIATION. **World Nuclear Performance Report 2017.** Disponível em: <<http://www.world-nuclear.org/getmedia/b392d1cd-f7d2-4d54-9355-9a65f71a3419/world-nuclear-performance-report-2017.pdf.aspx>> Acesso em: 09 jan. 2018.

# **A importância do *compliance* ambiental para as empresas: interface entre governança corporativa e impactos socioambientais**

*Arlei Costa Junior<sup>1</sup>*  
*Felipe Santos Ribas<sup>2</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. *Compliance*. 2.1. A origem e a relação com a governança corporativa. 2.2. A importância do *compliance* ambiental para as empresas. 3. Considerações finais. 4. Referências.

## **1. Introdução**

Um assunto que tem gerado intensos debates em diversas áreas é a conciliação entre a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico. Ana Paula Fleury Macedo destaca que, “os limites de recursos naturais frente às demandas sociais para o crescimento econômico em um mundo globalizado têm pressionado

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis. Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense. Especialista em Gestão da Qualidade pela Universidade Estadual de Maringá. Bacharel em Engenharia Eletrônica pelo Instituto Mauá de Tecnologia. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Tabela de Notas de Paranaguá-PR. E-mail: arleijunior@gmail.com

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. E-mail: felipe.santosribas@hotmail.com

diversos atores sociais, como governo, empresas e sociedade civil, a se mobilizarem em torno do Desenvolvimento Sustentável”.<sup>3</sup>

Como destaca Édis Milaré, a maior parte dos problemas que cercam o meio ambiente na atualidade, giram em torno da questão da sustentabilidade.<sup>4</sup> Na verdade, mais do que mero objeto de discussões políticas e acadêmicas, a causa ambiental tornou-se motivo de grande preocupação<sup>5</sup> para a sociedade. Inclusive, Vladimir Passos de Freitas ressalta que se trata de uma preocupação mundial que transcende fronteiras, tipo de economia, origem étnica e religiosa dos países.<sup>6</sup>

André Folloni<sup>7</sup> argumenta que a Constituição em conjunto com os tratados internacionais prescreve rigorosas metas para o desenvolvimento sustentável, contudo esse é um conceito complexo que não pode ser bem compreendido pelo isolamento disciplinar do conhecimento.

Segundo Glauca de Paula Falco, “o motivo da crescente preocupação com a natureza se deve à conscientização de que os recursos naturais, antes considerados ilimitados e de domínio público, são na realidade escassos”<sup>8</sup>. Nessa mesma linha de

---

<sup>3</sup> SOARES, Ana Paula Fleury de Macedo. **Desenvolvimento Sustentável e Gestão Socioambiental Empresarial: Uma abordagem crítica sobre as concepções, políticas e práticas de sustentabilidade no mundo corporativo**. Tese (Doutorado em Administração). Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, p.105. 2016.

<sup>4</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: RT. ed. 8. rev. atual. e ampl. p. 45. 2013.

<sup>5</sup> Deve-se registrar que a consciência do mundo para a crise ambiental só foi despertada em 1972, na Conferência de Estocolmo, quando se trouxe para discussão entre as nações o Relatório “Limites do Crescimento”, que tratava dos limites da exploração dos recursos naturais.

<sup>6</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. A Desejada e Complexa Conciliação entre Desenvolvimento Econômico e Proteção do Meio Ambiente no Brasil. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, v. 4, n. 1, p. 235-263. jan./jun.2014. p. 235. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3692/2115>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

<sup>7</sup> FOLLONI, André. A Complexidade Ideológica, Jurídica e Política do Desenvolvimento Sustentável e a Necessidade de Compreensão Interdisciplinar do Problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, ano 14, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014.

<sup>8</sup> FALCO, Glauca de Paula. Por Que Quantificar o Meio Ambiente? **Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior**. Vianna Sapiens. Juiz de Fora, MG. v. 1. n. 2. 2010. Disponível em: <



pensamento, Pedro Roberto Jacobi cita que “a preocupação com o desenvolvimento sustentável representa a possibilidade de garantir mudanças sociopolíticas que não comprometam os sistemas ecológicos e sociais que sustentam as comunidades”<sup>9</sup>.

Nesse sentido, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente apresentou em 1987, o Relatório Brundtland<sup>10</sup>, que é considerado o primeiro documento que utilizou o termo ‘desenvolvimento sustentável’, relacionando os conceitos de desenvolvimento e sustentabilidade e definindo-o como:

Desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforça o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações futuras [...] é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades.

Mas Janaína Machado e Juliana Bedin Grando lembram também que a qualidade de vida, que é elemento essencial da saúde humana, está diretamente relacionada à questão ambiental<sup>11</sup>, o que

---

<http://www.viannajr.edu.br/publicacoes/index.php/revista/article/download/23/14>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

<sup>9</sup> JACOBI, Pedro Roberto. Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, ed. 3. v. 118, p. 189-2005. 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-15742003000100008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742003000100008)>. Acesso em: 22 dez. 2017.

<sup>10</sup> IPIRANGA, Ana Silva Rocha; GODOY, Arilda Schmidt; BRUNSTEIN, Janette. Introdução. **RAM, Rev. Adm. Mackenzie (Online)**, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 13-20, June 2011 Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-69712011000300002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712011000300002)>. Acesso em: 22 dez. 2017.

<sup>11</sup> STURZA, Janaína Machado; GRANDO, Juliana Bedin. O Meio Ambiente Sustentável e a Promoção do Direito à Saúde: Uma Interconexão Necessária. **Revista de Direito Ambiental e Sociedade da Universidade de Caxias do Sul**. Caxias do Sul, v. 5, n. 2, 2015. p. 128-150. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3726/2377>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

tende a reforçar atualmente a preocupação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

E para Antônio Herman Vasconcellos Benjamin, o chamado “ambientalismo” não é apenas um modismo, passageiro; ao reverso, esse movimento em prol da natureza tem laços firmes, base científica e exsurge como uma resposta a uma situação sufocante que ameaça os recursos naturais do planeta<sup>12</sup>.

Édis Milaré diz que pensar apenas no mito do crescimento econômico é desastroso, revelando-se, portanto, imprescindível encontrar alternativas no ecodesenvolvimento ou desenvolvimento sustentável, que prega uma desejável conciliação entre meio ambiente e desenvolvimento econômico.<sup>13</sup>

Por sua vez, Ana Paula Fleury Macedo aponta que, tratar de dois temas que num primeiro olhar são antagônicos e “conceber diretrizes para um crescimento econômico capaz de equilibrar o desenvolvimento econômico, ambiental e social é uma tarefa desafiadora”<sup>14</sup>.

Isso porque se sabe que a degradação ambiental decorre da produção industrial desenfreada que não cessa de gerar resíduos, do consumo nocivo, do desmatamento, da falta de cuidado com a água, entre outras causas<sup>15</sup>. E no outro extremo, não se pode negar que o meio ambiente é uma fonte indispensável para a extração de

---

<sup>12</sup> BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. O Ministério Público como Implementador de Função Ambiental. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 31. p. 26-91. Disponível em: <[http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1283280384.pdf](http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1283280384.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 2017.

<sup>13</sup> MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: RT. ed. 8. rev. atual. e ampl. p. 57. 2013.

<sup>14</sup> SOARES, Ana Paula Fleury de Macedo. *Desenvolvimento Sustentável e Gestão Socioambiental Empresarial: Uma abordagem crítica sobre as concepções, políticas e práticas de sustentabilidade no mundo corporativo*. Tese (Doutorado em Administração). Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, p.105. 2016.

<sup>15</sup> LEAL, Georla Cristina Gois Leal; FARIAS, Maria Sallydelândia Sobral de; ARAUJO, Aline Farias. O Processo de Industrialização e seus Impactos no Meio Ambiente Urbano. *Qualitas Revista Eletrônica*. Campina Grande, v. 7. n. 1. 2008. Disponível em: <<http://revista.uepb.edu.br/index.php/qualitas/article/view/128/101>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

recursos e que nenhuma nação consegue se desenvolver sem a atividade econômica, principalmente a industrial.

Ou seja, ainda que para muitos se trate de uma aliança indigesta, é preciso tentar conciliar a natureza e a economia.

Nesse sentido, Carlos Sérgio Gurgel Silva<sup>16</sup> argumenta sobre a prevalência da perspectiva antropocêntrica no Brasil:

A concepção vigente é de que o meio ambiente deve ser preservado porque ele é útil ou ao menos necessário à sadia qualidade de vida. É tão clara esta dimensão, que até mesmo o art. 225 da Constituição Federal de 1988 a incorporou quando dispôs: todos (norma direcionada aos seres humanos) têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo (visão antropocêntrica) e essencial à sadia qualidade de vida (visão antropocêntrica), impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-la e preservá-la para às presentes e futuras gerações (visão antropocêntrica). [...] no choque de interesses entre o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental e manutenção dos interesses indígenas, estes últimos cederam em função do primeiro, o que revela a prevalência da concepção antropocêntrica de desenvolvimento que tem permeado a política ambiental brasileira.

Carlos Sérgio Gurgel Silva<sup>16</sup> exemplifica com o caso da Usina Hidroelétrica de Belo Monte, cuja área de alagamento está dentro da reserva indígena do Xingu, e prejudicará a subsistência das comunidades indígenas ribeirinhas e da riquíssima biodiversidade ali existente, mas que apesar disso, o governo tem posição firmada em implantar tal barragem no Rio Xingu.

A Constituição quando trata da Ordem Econômica e Financeira, em seu art. 170, VI, determina que deve ser observado a defesa do meio ambiente, buscando uma coexistência harmônica entre economia e meio ambiente, seguindo a linha antropocêntrica.

---

<sup>16</sup> SILVA, Carlos Sérgio Gurgel. Tutela ambiental antropocêntrica: considerações sobre a realidade brasileira. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3411, 2 nov. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22926>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

Débora Perilo Scherwitz<sup>17</sup> argumenta que nessa “visão antropocêntrica, a pessoa humana é o destinatário da norma constitucional e o homem é o único capaz de proteger e preservar o meio ambiente. De acordo com essa visão, o bem ambiental está voltado para a satisfação das necessidades humanas, protegendo “indiretamente” outras formas de vida”.

Seguindo a linha antropocêntrica, Amartya Sen<sup>18</sup> argumenta por uma nova racionalidade do desenvolvimento, voltada ao atendimento das necessidades humanas, focada na oferta de oportunidades e qualidade de vida às pessoas, para desenvolverem suas capacidades e não visando apenas o aumento da renda:

A análise do desenvolvimento apresentada neste livro considera as liberdades dos indivíduos os elementos constitutivos básicos. Assim, atenta-se particularmente para a expansão das “capacidades” [capabilities] das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam. Essas capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas também, por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pela uso efetivo das capacidades participativas do povo. Essa relação de mão dupla é central na análise aqui apresentada. [...] O êxito de uma sociedade deve ser avaliado, nesta visão, primordialmente segundo as liberdades substantivas que os membros dessa sociedade desfrutam. [...] Ter mais liberdade para fazer as coisas que são justamente valorizadas é (1) importante por si mesmo para a liberdade global da pessoa, e (2) importante porque favorece a oportunidade de a pessoa de ter resultados valiosos. (tradução nossa)<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> SCHERWITZ, Débora Perilo. **As visões antropocêntrica, biocêntrica e ecocêntrica do direito dos animais no Direito Ambiental**. Disponível em: <<http://revista.zumbidospalmares.edu.br/images/stories/pdf/edicao-3/visoes-biocentrica-ecocentrica.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

<sup>18</sup> SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Knoph, 2000. p.18.

<sup>19</sup> “*The analysis of development presented in this book treats the freedoms of individuals as the basic building blocks. Attention is thus paid particularly to the expansion of the “capabilities” of persons to lead the kind of lives they value-and have reason to value. These capabilities can be enhanced by public policy, but also, on the other side, the direction of public policy can be influenced by the effective use of participatory capabilities by the public. The two-way relationship is central to the analysis presented here. [...] The success of a society is to be evaluated, in this view, primarily by the substantive freedoms that the members of that society enjoy. [...] Having greater freedom to do the things one has reason to value is (1) significant in itself for the person’s overall freedom, and (2) important in fostering the*

Por outro lado, reconhecer a importância e a necessidade da atividade econômica ou mesmo do aumento da liberdade das pessoas, não implica concluir que a sociedade e o Estado devem ser cúmplices de uma destruição ambiental descontrolada e irresponsável. Conforme prescreve a Constituição da República de 1988, art. 225<sup>20</sup>, o Poder Público e a coletividade têm o dever de defender e proteger o meio ambiente para as gerações presentes e futuras, observando-se assim o princípio da solidariedade intergeracional.

Sobre o tema, anota Paulo de Bessa Antunes que:

A Lei Fundamental reconhece que as questões pertinentes ao meio ambiente são de vital importância para o conjunto de nossa sociedade, seja porque são necessárias para a preservação de valores que não podem ser mensurados economicamente, seja porque a defesa do meio ambiente é um princípio constitucional que fundamenta a atividade econômica (Constituição Federal, art. 170, VI).<sup>21</sup>

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é, portanto, um direito fundamental de todos<sup>22</sup>, e desta maneira, para que tal direito não se revele apenas como uma promessa do constituinte originário, o Estado e a sociedade precisam trabalhar conjuntamente na causa

---

*person's opportunity to have valuable outcomes*". SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Knoph, 2000. p.18.

<sup>20</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

<sup>21</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 4. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 42.

<sup>22</sup> Conforme Ressalta José Salvador Pereira Júnior, "não custa lembrar que as terminologias direitos fundamentais e direitos humanos dão nome a uma série de prerrogativas inatas a todo e qualquer indivíduo da espécie antrópica. Pelo teor da declaração celebrada em Paris, França, em 10 de dezembro de 1948, o rol de direitos faz parte da própria natureza humana, ou seja, ninguém deveria ter necessidade de lutar por eles, bastaria nascer com vida" (PEREIRA JÚNIOR, José Salvador. Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade. **Revista Direito Ambiental e Sociedade, Caxias do Sul**, Educ. v. 3, n. 1, p. 289-317, jan./jun. 2013. p. 291. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3628/2078>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

ambiental. Inclusive, como bem lembram Vladimir Passos de Freitas e Silvana Raquel Brendler Colombo, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu a fundamentalidade da proteção ambiental, incluindo-a no rol dos direitos de terceira-geração quando do julgamento da ADI 3.540-MC/DF, no dia 01 de setembro de 2005<sup>23</sup>.

Valério de Oliveira Mazzuoli e Gustavo de Faria Moreira Teixeira registram ainda, que o direito ao meio ambiente, construído a partir da Convenção de Estocolmo de 1972 e da ECO 92, também está assentado na inserção do acesso ao ambiente sadio no rol dos direitos humanos de solidariedade<sup>24</sup>.

Por conseguinte, Tiago Fensterseifer defende que devido a essas mudanças históricas, culturais, econômicas, políticas e sociais que acabaram influenciando o plano jurídico-constitucional, o Estado Social assumiu um caráter socioambiental, dando origem ao que o autor chama de Estado Socioambiental, em que o dever de cuidado com a causa ambiental torna-se maximizado.

Nesse prisma, José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala citam que, “ao se discutirem os valores ambientais e o Estado de Direito Ambiental, é necessário ponderar que os primeiros são tarefas prioritárias do segundo”<sup>25</sup>.

Entretanto, Sérgio Rodrigo Martinez e Danielle de Ouro Mamed<sup>26</sup> citando Amartya Sen elucidam que:

---

<sup>23</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. Arbitragem Ambiental, Condições e Limitações para sua Utilização no Âmbito do Direito Brasileiro. **Revista de Direito Ambiental e Sociedade da Universidade de Caxias do Sul**. Caxias do Sul, v. 7. n. 2. 2017. p. 7-27.

<sup>24</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 199-241, June 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322013000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 06 nov. 2017.

<sup>25</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 31.

<sup>26</sup> MARTINEZ, Sérgio Rodrigo; MAMED, Danielle de Ouro. **Economia e Meio Ambiente: Contribuições de Amartya Sen à Ética do Desenvolvimento e Sustentabilidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=126c2da128e5b044>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

Sen defende que ser sustentável não deveria somente remeter ao conceito do relatório Brundtland [...] segundo ele, esta visão é um tanto quanto ‘acanhada’ a respeito da humanidade, pois ‘não somos somente pacientes, cujas necessidades exigem atenção, mas também agentes, cuja liberdade de decidir quais são seus valores e como buscá-los pode estender-se muito além da satisfação de nossas necessidades.’<sup>27</sup>

Corolário desse modelo socioambiental adotado pelo Estado elaboram-se novas normas e arranjos institucionais na tentativa de dirigir a atividade econômica, com foco na proteção do meio ambiente. É o que José Carlos Barbieri chama de conjunto de diretrizes, objetivos e instrumentos de ação que o poder público utiliza para produzir efeitos sobre o meio ambiente<sup>28</sup>.

Nesse sentido, José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala falam, por exemplo, que a incorporação constitucional do meio ambiente e de promoção de qualidade de vida, e a proliferação de novos direitos, é uma proposta de mudança na forma de desenvolvimento, que busca conciliar a atividade econômica com o uso racional do bem ambiental.<sup>29</sup>

A Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA instituída pela Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, e na sua esteira a criação do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA (art. 6º), também são expressões desse modelo de Estado que está mais voltado para a causa ambiental.

Extrai-se do art. 2º da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que a PNMA tem o seguinte objetivo:

---

<sup>27</sup> Apud SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernard. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 65.

<sup>28</sup> BARBIERI, José Carlos. **Gestão Ambiental Empresarial: conceitos, modelos e instrumentos**. 2.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>29</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. ed. 2. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 34.

A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;

III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;

IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;

VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;

VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;

VIII - recuperação de áreas degradadas;

IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;

X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

Dentro ainda desse conjunto de ações em prol da natureza, o Estado passou a adotar os instrumentos econômicos ambientais, que estavam previstos no princípio 16 da ECO 92<sup>30</sup>, e que segundo Ronaldo Seroa da Motta “atuam, justamente, no sentido de alterar o preço (custo) de utilização de um recurso, internalizando as

---

<sup>30</sup> Princípio 16 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2018.



externalidades e, portanto, afetando seu nível de utilização”<sup>31</sup>. Ou seja, diante de uma alteração nos custos, o poluidor passa a ponderar a quantidade de recurso natural que será usufruída.

Citam-se como exemplos típicos de instrumentos econômicos a tributação verde; compensação ambiental; licitações sustentáveis e as taxas de serviços, emissões, poder polícia e fomento ambiental. Todavia, tal rol não é fechado, de modo que se pode incluir neste leque de instrumentos o *compliance*, o qual se apresenta como uma importante ferramenta de política ambiental e empresarial e que pode ser bastante eficaz na proteção do meio ambiente e também gerar valor para as empresas, o que será demonstrado neste artigo.

## 2. *Compliance*

### 2.1 A origem e a relação com a governança corporativa

A governança corporativa desempenha um papel fundamental na gestão das empresas. Trata-se, segundo Joaquim Rubens Fontes de Filho e Lidice Meireles Picolin, de um sistema que objetiva facilitar o acesso e o controle dos investidores sobre as empresas investidas.<sup>32</sup>

Já na definição do Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, é um “sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes

---

<sup>31</sup> MOTTA, Ronaldo Seroa da. **O Uso de Instrumentos Econômicos na Gestão Ambiental**. Disponível em: <[https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/1/35691/JA\\_Instr\\_Econ\\_Gestion\\_Ambiental\\_R\\_Seroa\\_da\\_Motta.pdf](https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/1/35691/JA_Instr_Econ_Gestion_Ambiental_R_Seroa_da_Motta.pdf)>. Acesso em: 03 jan. 2018.

<sup>32</sup> FONTES FILHO, Joaquim Rubens; PICOLIN, Lidice Meireles. Governança Corporativa em Empresas Estatais: avanços, propostas e limitações. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, p. 1165, nov./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n6/07.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

interessadas”.<sup>33</sup>

Segundo o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, a responsabilidade corporativa ou *compliance* é um dos quatro princípios fundamentais da Governança Corporativa, ao lado da equidade (*fairness*), transparência (*disclosure*) e prestação de contas (*accountability*).<sup>34</sup>

Enquanto instrumento de gestão empresarial, o *compliance* surgiu nos Estados Unidos e sua origem está ligada à segurança do sistema financeiro americano. De acordo com um documento consultivo elaborado por um Grupo de Trabalho da Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN, a função de *compliance* surgiu na década de 60, após a *Securities and Exchange Commission* começar a exigir que os agentes do mercado financeiro e de capitais contratassem *compliance officers* para criar procedimentos internos de controle; treinar pessoas e desenvolver sistema de monitoramento.<sup>35</sup>

Porém, Geoffrey P. Miller cita que é difícil apontar o marco histórico do *compliance*, pois a construção do instituto se deu de maneira gradual e foi influenciada por várias normas e movimentos do passado, incluindo-se aqui o colapso do mercado financeiro americano na depressão da década de 1930, que levou à criação do *Banking Act de 1933* e o *Securities Act de 1934*<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015. p. 20. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/CMPGPT.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

<sup>34</sup> Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015. p. 20-21. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/CMPGPT.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

<sup>35</sup> GRUPO DE TRABALHO DA ABBI – FEBRABAN. Documento Consultivo. **Função de Compliance**. Disponível em: <[http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwjcfWfF7IoaSDf9jyV/sitefebraban/Funcao\\_de\\_Compliance.pdf](http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwjcfWfF7IoaSDf9jyV/sitefebraban/Funcao_de_Compliance.pdf)>. Acesso em: 29 dez. 2017.

<sup>36</sup> MILLER, Geoffrey P., *The compliance function: an overview*. **New York University Law and Economics Working Papers**. Paper 393. PP. 1-19. 2014 Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1397&context=nyu\\_lewp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1397&context=nyu_lewp)>. Acesso em: 29 dez. 2017.

De todo modo, Emerson Gabardo e Gabriel Morettini e Castela anotam que outras duas normativas também tiveram um papel importante no recrudescimento do *compliance*. A primeira data de 1977 e refere-se à Convenção Relativa à Obrigação de Diligência dos Bancos no Marco da Associação de Bancos Suíços, que institui as bases de um sistema de autorregulação de conduta, vinculando as instituições, cujo descumprimento poderia resultar na aplicação de sanções. E a segunda diz respeito ao Ato Patriótico dos Estados Unidos, de outubro de 2001, que estabelece no seu artigo 352 que as entidades financeiras deverão desenvolver procedimentos de controle interno, visando proteger-se de condutas que envolvam lavagem de dinheiro<sup>37</sup>.

Embora o Acordo de Basiléia de 1988, aderido pelo Brasil em 1994, já estabelecesse algumas práticas de controle de riscos e conformidade para as Instituições Financeiras<sup>38</sup>, o interesse pelo *compliance* no país aumentou após a publicação da Lei n.º 12.846/13<sup>39</sup>, norma esta que responsabiliza empresas envolvidas em atos de corrupção contra a administração pública<sup>40</sup>.

Pela definição do artigo 7º, VIII, da Lei 12.846/2013, os programas de *compliance* se constituem em mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo à

---

<sup>37</sup> GABARDO, Emerson; CASTELA, Gabriel Morettini. A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-174, abr./jun. 2015.

<sup>38</sup> REGO, Elba Cristina Lima. As regras de prudência bancária do Acordo de Basiléia. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 255-266, jun. 1995. Disponível em: <[https://web.bnades.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/11294/1/RB%2003%20As%20Regras%20de%20Prud%3%Aancia%20Banc%3%Aria%20do%20Acordo%20de%20Basil%3%Agia\\_P\\_BD.pdf](https://web.bnades.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/11294/1/RB%2003%20As%20Regras%20de%20Prud%3%Aancia%20Banc%3%Aria%20do%20Acordo%20de%20Basil%3%Agia_P_BD.pdf)>. Acesso em: 03 jan. 2018.

<sup>39</sup> BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 ago., 2013. Seção 1. p. 01.

<sup>40</sup> SIMONSEN, Ricardo. Os desafios do *Compliance*. **Cadernos FGV Projetos, Compliance, Gestão e Cultura Corporativa**, ano 11, n. 28 nov. 2016. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18436/cadernos\\_compliance\\_site\\_update28.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18436/cadernos_compliance_site_update28.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 03 jan. 2018.

denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica<sup>41</sup>.

A expressão *compliance* deriva do verbo inglês “*to comply*”, que se traduz livremente como obedecer, acatar. Mas como elucidam Roberta Danelon Leonhardt e Guilherme de D’Almeida Mota, além de significar o cumprimento de normas anticorrupção, o *compliance* implica também conformidade com todas e quaisquer normas aplicáveis, sejam elas impostas ou de adesão voluntária<sup>42</sup>.

Na definição de Ana Paula Candeloro, Maria Balbina Martins de Rizzo e Vinícius Pinho, o *compliance* “é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários”.<sup>43</sup>

Na mesma linha de pensamento, Vanessa Alessi Manzi descreve o *compliance* como “um programa implantado pela própria empresa, que visa garantir a conformidade de suas condutas às exigências de determinada jurisdição, executando regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal”<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> GABARDO, Emerson; CASTELA, Gabriel Morettini. A nova lei anticorrupção e a importância da *compliance* para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-174, abr./jun. 2015.

<sup>42</sup> LEONHARDT, Roberta Danelon; MOTA, Guilherme de D’Almeida. Compliance Ambiental: Um Importante Instrumento para a Consolidação da Sustentabilidade Ambiental Corporativa. **Cadernos FGV Projetos, Compliance, Gestão e Cultura Corporativa**, ano 11, n. 28, nov/2016. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18436/cadernos\\_compliance\\_site\\_update28.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18436/cadernos_compliance_site_update28.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 03 jan. 2018.

<sup>43</sup> CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012. p. 30

<sup>44</sup> MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil**. São Paulo: Saint Paul, 2008. p. 15

E nessa esteira, o *compliance* ambiental, de forma literal, corresponde ao atendimento a todas as normas ambientais<sup>45</sup>, sejam elas voluntárias ou institucionalmente impostas.

## 2.2 A importância do *compliance* ambiental para as empresas

O processo de institucionalização da gestão ambiental no Brasil, a partir da Conferência de Estocolmo de 1972, experimentou avanços consideráveis e também a descentralização política de atribuições e de poderes para os níveis estaduais e municipais, bem como o seu compartilhamento com entidades da sociedade civil e do setor privado<sup>46</sup>.

É justamente esse dever de cuidado com o meio ambiente, distribuído entre os setores público e privado e também com a sociedade civil, e sustentado no discurso do desenvolvimento sustentável, que internaliza nas empresas a necessidade da gestão ambiental.

Na definição de José Silva Quintas, a gestão ambiental “é o processo de mediação de interesses e conflitos (potenciais ou explícitos) entre atores sociais que agem sobre os meios físico-natural e construído, objetivando garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme determina a Constituição Federal<sup>47</sup>”.

Nessa esteira, o *compliance* enquanto mecanismo de conformidade, integridade e gestão de riscos compõe o sistema de

---

<sup>45</sup> LEONHARDT, Roberta Danelon; MOTA, Guilherme de D’Almeida. Compliance Ambiental: Um Importante Instrumento para a Consolidação da Sustentabilidade Ambiental Corporativa. **Cadernos FGV Projetos, Compliance, Gestão e Cultura Corporativa**, ano 11, n. 28, nov. 2016. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18436/cadernos\\_compliance\\_site\\_update28.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18436/cadernos_compliance_site_update28.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 03 jan. 2018.

<sup>46</sup> LIMA, Gustavo Ferreira da Costa. A institucionalização das políticas e da gestão ambiental no Brasil: avanços, obstáculos e contradições. **Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 23, p. 121-132, jan./jun. 2011. Editora UFPR. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/made/article/view/20948/14461>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

<sup>47</sup> QUINTAS, José Silva. **Introdução à gestão ambiental pública**. Brasília: IBAMA, 2006, p. 30.

gestão das empresas, inclusive no que toca às questões ambientais. Como destaca Renato Santos de Souza, “a gestão ambiental empresarial é atualmente condicionada pela pressão das regulamentações, pela busca de melhor reputação, pela pressão de acionistas, investidores e bancos para que as empresas reduzam o seu risco ambiental, pela pressão de consumidores e pela própria concorrência”<sup>48</sup>.

Por outro lado, Renato Almeida dos Santos, Arnaldo José de Hoyos Guevara, Maria Cristina Sanches Amorim e Ben-Hur Ferraz-Neto apontam que as motivações para a adoção de *compliance* nas organizações são várias. A corrupção, por exemplo, em suas várias formas, provoca prejuízos financeiros imediatos e destrói a imagem e a reputação das organizações<sup>49</sup>.

Com efeito, algumas condutas lesivas à administração pública, caracterizadas como atos de corrupção, também podem afetar a regularidade ambiental das empresas, como por exemplo, a atitude de profissionais, que ao prestarem assessoria no processo de licenciamento ambiental, e no anseio de superar rapidamente toda a burocracia, podem pretender conduzir o processo de forma ilícita, com o pagamento de propinas para os agentes públicos<sup>50</sup>.

Mas como já descrito anteriormente, o *compliance* vai além da corrupção, implicando também a conformidade com todas as normas, sejam elas obrigatórias ou de adesão voluntária<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> SOUZA, Renato Santos de. Evolução e Condicionantes da Gestão Ambiental nas Empresas. **Revista Eletrônica de Administração – REAd**, UFRGS – Edição Especial 30, vol. 8, n. 6, p. 1-22, nov./dez 2002.. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/read/article/view/42728/27083>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

<sup>49</sup> SANTOS, Renato Almeida dos; et. al. *Compliance* e liderança: a suscetibilidade dos líderes ao risco de corrupção nas organizações. **Revista Einstein**, v.10 n.1, São Paulo jan./mar. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S167945082012000100003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S167945082012000100003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 04 jan. 2018.

<sup>50</sup> SENISE, Walter José. **Lei Anticorrupção é alerta para adoção do *compliance* ambiental**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-31/walter-senise-lei-anticorruptao-alerta-adocao-compliance-ambiental>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

<sup>51</sup> LEONHARDT, Roberta Danelon; MOTA, Guilherme de D’Almeida. *Compliance Ambiental: Um Importante Instrumento para a Consolidação da Sustentabilidade Ambiental Corporativa*. **Cadernos FGV Projetos, Compliance, Gestão e Cultura Corporativa**, ano 11, n. 28, nov. 2016. Disponível em:

Atualmente, alguns tratados multilaterais ambientais já trabalham com alguns mecanismos de *compliance*, como por exemplo, a Convenção para a Proteção de Camada de Ozônio e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança Climática<sup>52</sup>. Segundo Ernesto Roessing Neto, no caso mais específico do regime da Mudança Climática, o Protocolo de Quioto, estabeleceu um programa de *compliance* bastante sofisticado, trabalhando com incentivos para que os Estados cumpram as normas constantes no Protocolo<sup>53</sup>.

Outro ponto de preocupação das empresas e que está diretamente relacionado ao *compliance*, é o fato da Carta Magna ter estabelecido a tutela penal ambiental com previsão da responsabilização da pessoa jurídica pelos danos causados ao meio ambiente<sup>54</sup>.

Como lembra José Renato Martins, “diante das necessidades impostas pela atual sociedade pós-industrial para a adaptação do direito penal, como meio de defesa efetivo face aos novos riscos e, portanto, visando fornecer respostas aos atuais clamores de proteção social, esse ramo do direito desenvolve modificações estruturais, adaptando o sistema repressivo ao fenômeno da sociedade de risco”<sup>55</sup>.

---

<[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18436/cadernos\\_compliance\\_site\\_update28.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18436/cadernos_compliance_site_update28.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 03 jan. 2018.

<sup>52</sup> ROESSING NETO, Ernesto. Meios alternativos para a efetivação do direito internacional: os mecanismos de compliance em tratados multilaterais ambientais **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17 n. 111, p. 37-61, fev./maio. 2015. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1106/1092>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

<sup>53</sup> ROESSING NETO, Ernesto. Meios alternativos para a efetivação do direito internacional: os mecanismos de compliance em tratados multilaterais ambientais **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17 n. 111, p. 37-61, fev./maio. 2015. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1106/1092>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

<sup>54</sup> LINHARES, Sólon Cícero; O Conceito Construtivista de Culpabilidade e a Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas por Crimes Ambientais. Uma análise através da figura do *Compliance Programs*. **Revista Jurídica - CCJ**, FURB, Blumenau, v. 19, n. 40, p. 41 - 60, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/4960/3210>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

<sup>55</sup> MARTINS, José Renato. A Tutela Penal Ambiental no Direito Brasileiro: Abordagem da Problemática Social sob a Ótica das Garantias Constitucionais. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista**

Com efeito, Ulrick Beck lembra que vivemos em uma sociedade em que “os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais criados pela ocasião do momento de inovação tecnológica escapam das instituições de controle e proteção da sociedade industrial”,<sup>56</sup> o que exige maior cautela para com as questões ambientais.

Sobre o assunto, André Leonardo Copetti Santos e Roberta Lofrano Andrade explicam que o aparecimento desses riscos, que inicialmente foram vistos dentro uma perspectiva de normalidade, posteriormente tornaram-se uma ameaça à humanidade, o que exigiu uma forte conscientização coletiva e que acabou atraindo a atenção do Direito Penal para as condutas lesivas ao meio ambiente.<sup>57</sup>

E ao menos sob a ótica da teoria econômica do crime, as sanções formais são importantes para combater a degradação ambiental<sup>58</sup>. Sucede que, além das penas restritivas de liberdade e direitos para os dirigentes, as multas ambientais, sejam na seara penal ou administrativa, e também as indenizações, representam um risco financeiro para as empresas.

Não são raros os exemplos destacados pela mídia de empresas que foram autuadas pelos órgãos ambientais e receberam multas milionárias, além das condenações em ações civis públicas. A

---

da **Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 456-505, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista10/tutelaJose.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

<sup>56</sup> BECK, Ulrich. La invención de lo político. Para una teoría de la modernización reflexiva. Trad. de Irene Merzari. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 32. *Apud* LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. ed. 2. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 12.

<sup>57</sup> SANTOS, André Leonardo Copetti; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do Risco e os Crimes Contra o Meio Ambiente. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**, ano XX n. 35, jan./jun. 2011 / n. 36, jul./dez. 2011. Disponível em: < <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/602/333>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

<sup>58</sup> UHR, Júlia Gallego Ziero; UHR, Daniel de Abreu Pereira. Infrações Ambientais e a reputação do regulador: análise em dados de painel para o Brasil. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 44, n. 1, jan./mar. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So101-41612014000100003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So101-41612014000100003)>. Acesso em: 05 jan. 2018.



empresa Samarco Mineração S/A talvez seja um dos melhores exemplos para se demonstrar na prática, as consequências do descumprimento do *compliance* ambiental.

A Samarco é uma empresa mineradora controlada pela Vale S.A. e pela BHP Billiton Brasil LTDA., que explora a Mina de Germano, localizada em Mariana-MG, visando o beneficiamento do minério de ferro. Uma grande parte dos rejeitos produzidos na mina era depositada na Barragem de Fundão, que veio a se romper no dia 05/11/2015, causando o maior desastre ambiental do Brasil e, quiçá, um dos maiores do mundo.

Conforme se extrai da petição inicial da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal, em trâmite perante a 12<sup>a</sup> Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais<sup>59</sup>, o desastre de Mariana causou os seguintes danos:

Como resultado de falhas previsíveis – e efetivamente previstas – em sua estrutura, o rompimento da Barragem de Fundão matou dezoito pessoas e deixou uma desaparecida, permitindo o acesso imediato de pelo menos 34 milhões de metros cúbicos de lama em direção ao rio Doce até o mar capixaba, sendo que outros 16 milhões de metros cúbicos continuam escoando lentamente. No meio do caminho, os rejeitos deixaram mais de trezentas famílias desabrigadas e dezenas de cidades sem abastecimento de água por diversos dias.

Ademais, foram destruídas grandes extensões de matas ciliares, diversas nascentes foram soterradas, o Oceano Atlântico, a partir de Regência/ES, foi poluído pela lama e muitos animais morreram ou foram vistos agonizando nas margens do Rio Doce e toneladas de peixes mortos foram recolhidas na região afetada.

Apesar de a Samarco ostentar as licenças ambientais e ter apresentado relatórios afirmando que a barragem de Fundão não

---

<sup>59</sup> Petição Inicial da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal em face da Samarco Mineração S/A e outros. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp-samarco>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

oferecia riscos, os resultados da tragédia mostraram o contrário<sup>60</sup>. Como destacou o Ministério Público Federal na já citada ação civil pública, a tragédia de Mariana revelou um déficit de normatividade e adequação, com insuficiência das políticas internas de *compliance*.

Apenas a título de indenização nessa ação civil pública, somente os valores pedidos expressamente (sem liquidação do total) pelo Ministério Público Federal ultrapassam o montante de R\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos milhões de reais), muito embora o valor dado à causa seja de R\$ 155.052.000.000,00 (cento e cinquenta e cinco bilhões e cinquenta e dois milhões de reais).

Por conta da extensão dos danos ambientais e dos prejuízos financeiros reputacionais, o caso Samarco deve servir de alerta para as empresas acerca da necessidade de se implantar um programa de *compliance*.

Por fim, sob outro viés, mas não menos relevante, Roberta Danelon Leonhardt e Guilherme de D'Almeida Mota destacam a importância do *compliance* ambiental junto ao mercado financeiro. Os autores citam como exemplo a Resolução BACEN n.º 4.327/2014, que cria para as instituições financeiras o dever de realizar o gerenciamento do risco socioambiental daqueles empreendimentos e atividades que recebam aportes financeiros através de financiamentos bancários<sup>61</sup>. Ou seja, trata-se de medida indireta que induz os empreendedores a respeitarem a legislação ambiental, pois certamente tal prática acaba afetando o acesso e o custo do crédito.

---

<sup>60</sup> FILIPPIN, Rafael Ferreira. *Compliance* ambiental e regulatório para atividade econômica brasileira. Disponível em: <<http://www.andersenballao.com.br/artigos-publicacoes/compliance-ambiental-e-regulatorio-para-a-atividade-economica-brasileira>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

<sup>61</sup> LEONHARDT, Roberta Danelon; MOTA, Guilherme de D'Almeida. *Compliance Ambiental: Um Importante Instrumento para a Consolidação da Sustentabilidade Ambiental Corporativa*. **Cadernos FGV Projetos, Compliance, Gestão e Cultura Corporativa**, ano 11, n. 28, nov. 2016. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18436/cadernos\\_compliance\\_site\\_update28.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18436/cadernos_compliance_site_update28.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 03 jan. 2018.

### 3. Considerações finais

A compreensão que o desenvolvimento não pode ser medido apenas pela perspectiva econômica, mas também pela qualidade de vida; incluindo-se a perspectiva de Amartya Sen<sup>62</sup> de considerar como desenvolvimento a possibilidade de as pessoas levarem o tipo de vida que elas valorizam; é salutar para o entendimento da importância ambiental para a vida humana.

O homem é o principal agente, atualmente, de modificação no meio ambiente, e responsável por decidir quais são seus valores e como buscá-los. A própria Constituição Federal Brasileira, dentro dessa perspectiva antropocêntrica do meio ambiente, determina que se deve buscar uma coexistência harmônica entre economia e meio ambiente.

Nesse contexto, a importância do *compliance* ambiental para as empresas, enquanto um instrumento de gestão ambiental empresarial, fica claro em face das considerações já apresentadas, pois é uma importante ferramenta de política ambiental e empresarial e que pode ser bastante eficaz na proteção do meio ambiente e ao mesmo tempo gerar valor para as empresas.

O modelo socioambiental adotado pelo Estado, através de leis, regulações e arranjos institucionais, na tentativa de dirigir a atividade econômica a ser ambientalmente responsável, tem no *compliance* ambiental um catalizador para sua eficácia.

Na perspectiva do mercado, o *compliance* é um dos quatro pilares da governança corporativa, ao lado da equidade, transparência e prestação de contas, que visa facilitar o acesso e controle dos investidores nas empresas em que são acionistas, aumentando a segurança dos investimentos. A implementação de procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, que sintetiza o

---

<sup>62</sup> SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Knoph, 2000. p.18.

*compliance*, modela a empresa a alcançar os resultados esperados pela legislação ambiental e diminuir riscos de indenizações, trazendo segurança aos investidores, instituições financeiras e ao custo do crédito.

A constituição ter estabelecido a tutela penal ambiental com previsão da responsabilização da pessoa jurídica pelos danos causados ao meio ambiente também estimula as empresas a implantarem programas de *compliance* ambiental.

Mesmo com toda essa estrutura voltada a evitar danos ambientais, há exemplos negativos, como a da Samarco, que apesar de ter apresentando relatórios de conformidade da barragem de Fundão, esta se rompeu ocasionado o maior desastre ambiental do Brasil.

O *compliance* ambiental tem um papel relevante na busca pela preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, protegendo as empresas de riscos financeiros e reputacionais, nas esferas administrativa, civil e penal. Assim, ao reduzir riscos do negócio, contribui também para a segurança econômica, pois o exercício da atividade empresarial gera empregos, impostos e crescimento econômico.

#### 4. Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BARBIERI, José Carlos. **Gestão Ambiental Empresarial: conceitos, modelos e instrumentos**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. **O Ministério Público como Implementador de Função Ambiental**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 31. p. 26-91. Disponível em: <[http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_12\\_83280384.pdf](http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_12_83280384.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 ago., 2013. Seção 1. p. 01.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015. p. 20. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/CMPGPT.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

FALCO, Gláucia de Paula. **Por Que Quantificar o Meio Ambiente?** Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior, Juiz de Fora, v. 1. n. 2. 2010. Disponível em: <<http://www.viannajr.edu.br/publicacoes/index.php/revista/article/download/23/14>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

FILIPPIN, Rafael Ferreira. **Compliance ambiental e regulatório para atividade econômica brasileira**. Disponível em: <<http://www.andersenballao.com.br/artigos-publicacoes/compliance-ambiental-e-regulatorio-para-a-atividade-economica-brasileira>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

FOLLONI, André. A Complexidade Ideológica, Jurídica e Política do Desenvolvimento Sustentável e a Necessidade de Compreensão Interdisciplinar do Problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, ano 14, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014.

FONTES FILHO, Joaquim Rubens; PICOLIN, Lidice Meireles. Governança Corporativa em Empresas Estatais: avanços, propostas e limitações. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, nov./dez. 2008. p.

1165. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n6/07.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

FREITAS, Vladimir Passos de. A Desejada e Complexa Conciliação entre Desenvolvimento Econômico e Proteção do Meio Ambiente no Brasil. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, Educus, v. 4, n. 1, p. 235-263, jan./jun. 2014. p. 235. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3692/2115>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

FREITAS, Vladimir Passos de; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. Arbitragem Ambiental, Condições e Limitações para sua Utilização no Âmbito do Direito Brasileiro. **Revista de Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, v. 7, n. 2, p. 7-27, jul./dez. 2017.

GABARDO, Emerson; CASTELA, Gabriel Morettini. A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-174, abr./jun. 2015.

GRUPO DE TRABALHO DA ABBI – FEBRABAN. Documento Consultivo. **Função de Compliance**. Disponível em: <[http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwJcFwF7IoaSDf9jyV/sitefebraban/Funcao\\_de\\_Compliance.pdf](http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwJcFwF7IoaSDf9jyV/sitefebraban/Funcao_de_Compliance.pdf)>. Acesso em: 29 dez. 2017.

JACOBI, Pedro Roberto. Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, 3. ed., v. 118, p. 189-2005. 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-15742003000100008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742003000100008)>. Acesso em: 22 dez. 2017.

LEAL, Georla Cristina Gois Leal; FARIAS, Maria Sallydelândia Sobral de; ARAUJO, Aline Farias. O Processo de Industrialização e seus Impactos no Meio Ambiente Urbano. **Qualitas Revista Eletrônica**, Campina Grande, v. 7, n. 1. 2008. Disponível em: <<http://revista.uepb.edu.br/index.php/qualitas/article/view/128/101>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

- LEONHARDT, Roberta Danelon; MOTA, Guilherme de D'Almeida. Compliance Ambiental: Um Importante Instrumento para a Consolidação da Sustentabilidade Ambiental Corporativa. **Cadernos FGV Projetos, Compliance, Gestão e Cultura Corporativa**, ano 11, n. 28, nov. 2016. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18436/cadernos\\_compliance\\_site\\_update28.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18436/cadernos_compliance_site_update28.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 03 jan. 2018.
- LIMA, Gustavo Ferreira da Costa. A institucionalização das políticas e da gestão ambiental no Brasil: avanços, obstáculos e contradições. **Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 23, p. 121-132, jan./jun. 2011. Editora UFPR. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/made/article/view/20948/14461>>. Acesso em: 04 jan. 2018.
- LINHARES, Sólón Cícero; O Conceito Construtivista de Culpabilidade e a Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas por Crimes Ambientais. Uma análise através da figura do *Compliance Programs*. **Revista Jurídica – CCJ**, FURB, Blumenau, v. 19, n. 40, p. 41 - 60, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/4960/3210>>. Acesso em: 05 jan. 2018.
- MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil**. São Paulo: Saint Paul, 2008.
- MARTINEZ, Sérgio Rodrigo; MAMED, Danielle de Ouro. **Economia e Meio Ambiente: Contribuições de Amartya Sen à Ética do Desenvolvimento e Sustentabilidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=126c2da128e5b044>>. Acesso em: 28 dez. 2017.
- MARTINS, José Renato. A Tutela Penal Ambiental no Direito Brasileiro: Abordagem da Problemática Social sob a Ótica das Garantias Constitucionais. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, 2013, v. 5, n. 9, p. 456-505, jul./dez. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista10/tutelaJose.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. **O Direito Internacional do Meio Ambiente e o Greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rev. direito GV [online]. 2013, vol.9, n.1, pp.199-241.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

MILLER, Geoffrey P. **The compliance function: an overview**. New York University Law and Economics Working Papers. Paper 393. p. 1-19. 2014  
Disponível em:  
<[http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1397&context=nyu\\_lewp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1397&context=nyu_lewp)>. Acesso em: 29 dez. 2017.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. **O Uso de Instrumentos Econômicos na Gestão Ambiental**. Disponível em:<[https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/1/35691/JA\\_Instr\\_Econ\\_Gestion\\_Ambiental\\_R\\_Seroa\\_da\\_Motta.pdf](https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/1/35691/JA_Instr_Econ_Gestion_Ambiental_R_Seroa_da_Motta.pdf)> Acesso em: 03 jan. 2018.

PEREIRA JÚNIOR, José Salvador. **Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade**. Revista Direito Ambiental e Sociedade, Caxias do Sul, Educs, v. 3, n. 1, p. 289-317, jan./jun. 2013. p. 291. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3628/2078>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

Petição Inicial da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal em face da Samarco Mineração S/A e outros. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp-samarco>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

QUINTAS, José Silva. **Introdução à gestão ambiental pública**. Brasília: IBAMA, 2006.

RAM. Revista de Administração Mackenzie; Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-69712011000300002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712011000300002)>. Acesso em: 22 dez. 2017.

REGO, Elba Cristina Lima. As regras de prudência bancária do Acordo de Basiléia. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 255-266, jun. 1995. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/11294/1/RB%200>>



3%20As%20Regras%20de%20Prud%C3%AAncia%20Banc%C3%A9ria%20do%20Acordo%20de%20Basil%C3%A9ria\_P\_BD.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2018.

ROESSING NETO, Ernesto. Meios alternativos para a efetivação do direito internacional: os mecanismos de compliance em tratados multilaterais ambientais. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília v. 17 n. 111, fev./maio 2015. p. 37-61. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1106/1092>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

SANTOS, André Leonardo Copetti; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do Risco e os Crimes Contra o Meio Ambiente. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**, Ano XX, n. 35, jan./jun. 2011 / n. 36, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/602/333>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

SANTOS, Renato Almeida dos; et. al. Compliance e liderança: a suscetibilidade dos líderes ao risco de corrupção nas organizações. **Revista Einstein**, São Paulo, v. 10, n. 1, jan./mar. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S167945082012000100003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S167945082012000100003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 04 jan. 2018.

SCHERWITZ, Débora Perilo. **As visões antropocêntrica, biocêntrica e ecocêntrica do direito dos animais no Direito Ambiental**. Disponível em: <<http://revista.zumbidospalmares.edu.br/images/stories/pdf/educacao-3/visoes-biocentrica-ecocentrica.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Knoph, 2000.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernard. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENISE, Walter José. **Lei Anticorrupção é alerta para adoção do compliance ambiental**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-31/walter-senise-lei-anticorrupcao-alerta-adocao-compliance-ambiental>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

SILVA, Carlos Sérgio Gurgel. Tutela ambiental antropocêntrica: considerações sobre a realidade brasileira. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3411, 2 nov. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22926>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

SIMONSEN, Ricardo. Os desafios do *Compliance*. **Cadernos FGV Projetos, Compliance, Gestão e Cultura Corporativa**, ano 11, n. 28 nov. 2016. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18436/cadernos\\_compliance\\_site\\_update28.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18436/cadernos_compliance_site_update28.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 03 jan. 2018.

SOARES, Ana Paula Fleury de Macedo. **Desenvolvimento Sustentável e Gestão Socioambiental Empresarial: Uma abordagem crítica sobre as concepções, políticas e práticas de sustentabilidade no mundo corporativo**. Tese (Doutorado em Administração). Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo. 2016.

SOUZA, Renato Santos de. Evolução e Condicionantes da Gestão Ambiental nas Empresas. **Revista Eletrônica de Administração - READ**, edição especial, v. 30, n. 6, p. 1-22, nov./dez. 2002. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/read/article/view/42728/27083>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

STURZA, Janaína Machado; GRANDO, Juliana Bedin. O Meio Ambiente Sustentável e a Promoção do Direito à Saúde: Uma Interconexão Necessária. **Revista de Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, v. 5, n. 2, p. 128-150. 2015. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3726/2377>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

UHR, Júlia Gallego Ziero; UHR, Daniel de Abreu Pereira. Infrações Ambientais e a reputação do regulador: análise em dados de painel para o Brasil. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 44, n. 1, jan./mar. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So101-41612014000100003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So101-41612014000100003)>. Acesso em: 05 jan. 2018.

# Valoração aduaneira: o imposto de importação e o acordo geral sobre tarifas e comércio

*João Guilherme Holzmann Duarte<sup>1</sup>*

*Guislayne Alves Carlotto<sup>2</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Acordo de valoração aduaneira do Gatt. 2.1. Método primeiro. 2.1.2. Método segundo. 2.1.3 Método terceiro. 2.1.4 Método quarto. 2.1.5. Método quinto. 2.1.6. Método sexto. 3. Tratados internacionais sobre matéria aduaneira. 4. Imposto de importação. 4.1. Hipótese de incidência do imposto de importação. 4.2. Sujeito ativo e passivo. 4.3. Base de cálculo. 4.4. Alíquota. 4.5. Despacho aduaneiro. 4.6. Arbitramento. 4.7. Desacordo aduaneiro. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1. Introdução

A valoração aduaneira é um dos temas mais relevantes na temática da tributação sobre o comércio exterior. Valoração aduaneira é o procedimento de aferição do valor aduaneiro, que por sua vez consiste no valor atribuído ao produto para efeitos de tributação sobre a importação. Assim, o valor aduaneiro é a base de cálculo da maioria dos tributos incidentes nessa operação.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Católica do Paraná. Especialista em Direito Tributário Empresarial e Processual Tributário pela Pontifícia Católica do Paraná. Membro do Grupo de Pesquisa Tributação, Complexidade e Desenvolvimento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Católica do Paraná. Membro do Grupo Modernas Tendências do Sistema Criminal da FAE Centro Universitário. Advogado. E-mail: joao@holzmannduarte.adv.br

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Católica do Paraná. Especialista em Direito Tributário Empresarial e Processual Tributário pela Pontifícia Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela FAE Centro Universitário. E-mail: guislaynecarlotto@gmail.com

Em princípio, o valor aduaneiro corresponde ao valor declarado pelo próprio importador, via Siscomex, mediante Declaração de Valor Aduaneiro. Raramente o valor atribuído pelo importador é questionado. Se for, cabe a autoridade aduaneira encaminhar o produto para conferência em canal cinza, e em procedimento especial de fiscalização. Para que se apure o valor aduaneiro, aplicam-se, sucessivamente, os seis métodos de valoração aduaneira, chegando-se, assim, ao valor definitivo.

As regras sobre valoração são importantes tanto para importadores, quanto para os Estados Signatários. De um lado, dão maior segurança aos importadores de que as alfândegas não usarão valores arbitrários no desembaraço dos bens importados, e por outro, asseguram às autoridades aduaneiras de que o bem não está entrando no país de destino com um valor subestimando.

Diante do exposto, o presente artigo, visa elucidar como é realizado o método de Valoração Aduaneira, sua origem e aplicação. Para isso, foi utilizado o método dedutivo incluído a pesquisa bibliográfica, análise de leis, instruções normativas e decretos legislativos.

Levando em consideração que toda mercadoria submetida ao despacho de importação está sujeita à valoração aduaneira, do alto fluxo de entrada e saída de mercadoria no território aduaneiro e da escassez de profissionais na área da autoridade aduaneira, surge o seguinte problema, como estabelecer uma estrutura administrativa eficiente à aplicação da tarifa aduaneira e respeitar o disposto nas normas aduaneiras?

## **2. Acordo de valoração aduaneira do Gatt**

Visando regular as relações econômicas internacionais e aspectos financeiros e monetários, vinte e três países, incluindo a participação do Brasil, iniciaram negociações tarifárias. Essa primeira rodada, que ficou conhecida como Rodada de Genebra de 1947, resultou em um conjunto de normas e concessões tarifárias

que passou a ser denominado de Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT).

O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio estabelecido em 1947, tinha por objetivo a harmonização das políticas aduaneiras dos Estados signatários. O GATT 1947 é um conjunto de normas e concessões tarifárias, criado com a função de impulsionar a liberalização comercial e combater práticas protecionistas e regular, provisoriamente, as relações comerciais internacionais.

É possível analisar os objetivos e a metodologia do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade*) – GATT no seu preâmbulo:

(...) Reconhecendo que suas relações no domínio comercial e econômico devem ser orientadas no sentido de elevar os padrões de vida, de assegurar o emprego pleno e um alto e sempre crescente nível de rendimento real e de procura efetiva, para a mais ampla exploração dos recursos mundiais e a expansão da produção e das trocas de mercadorias; Almejando contribuir para a consecução desses objetivos, mediante a conclusão de acordos recíprocos e mutuamente vantajosos, visando à redução substancial das tarifas aduaneiras e de outras barreiras às permutas comerciais e à eliminação do tratamento discriminatório, em matéria de comércio internacional; (...) <sup>3</sup>

A “Valoração Aduaneira” originou-se do artigo VII do Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), cujo objetivo foi o de estabelecer normas sobre tarifação no âmbito do comércio internacional.

O “Acordo para Implementação do Artigo VII do GATT”, ou “Acordo de Valoração Aduaneira do GATT” – AVA/GATT, é composto por uma Introdução Geral, um preâmbulo, quatro partes e três anexos. Na Introdução Geral e no preâmbulo podem ser encontrados os “princípios” que norteiam o acordo: o primado do

---

<sup>3</sup> BOSSCHE, Peter Van Den; Zdouc Werner. *The Law And Policy Of The World Trade Organization*. Cambridge University Press, 2013. p. 80.

valor da transação, a uniformidade, a precisão, a equidade, a neutralidade, a proibição do uso de valores arbitrários ou fictícios, a simplicidade, a harmonia com as práticas comerciais, a não-discriminação entre fontes de suprimento e a proibição de utilização da valoração para combater o “dumping”.

Para alcançar o objetivo geral do presente artigo foram analisadas às normas de valoração aduaneira, Parte I do AVA-GATT, destacando de que forma afetam e influenciam a legislação nacional dos países signatários, no que se refere à determinação da base de cálculo do imposto de importação.

Segundo Vera Thorstensen “a Valoração Aduaneira tem como objetivo a determinação do valor de certa mercadoria importada, fixando um montante que servirá de base para o cálculo dos tributos e eventuais direitos aduaneiros, segundo princípios e critérios técnicos e legais aprovados e praticados internacionalmente”.<sup>4</sup>

Pelo AVA-GATT, a determinação do valor aduaneiro deve ser efetuada mediante a aplicação sequencial e sucessiva de seis métodos, previstos nos artigos 1 a 7 do acordo.

Portanto, só há que se falar na aplicação do segundo método em caso de impossibilidade de aplicação do primeiro, e assim sucessivamente, o que endossa o “primado do valor de transação”.

O Acordo de Valoração Aduaneira estabelece que o valor aduaneiro das mercadorias importadas deve ser determinado mediante a aplicação sucessiva e sequencial de seis métodos de valoração, conforme será exposto nos próximos itens.

## 2.1 Método primeiro

Na Introdução Geral do Acordo de Valoração Aduaneira estabelece-se que “a primeira base de valoração aduaneira é o valor de transação”. O primeiro método previsto no artigo 1º do AVA-

---

<sup>4</sup> THORSTENSEN, Vera; OLIVEIRA, Luciana. **O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC**: uma primeira leitura. São Paulo: Aduaneiras, 2014. p. 109.

GATT é o do valor de transação das mercadorias importadas. Isto é, “o preço efetivamente pago ou a pagar pelas mercadorias, em uma venda para exportação para o país de importação, ajustado de acordo com as disposições do Artigo 8”. Esse é o método de valoração aduaneira utilizado na maior parte das importações brasileiras.

São ajustes obrigatórios, devendo ser acrescentados ao preço efetivamente pago ou a pagar pelas mercadorias importadas, na determinação do valor aduaneiro, quando nele já não estiverem incluídos (Artigo 8º, AVA-GATT):

- (a) Os seguintes elementos na medida em que sejam suportados pelo comprador, mas não estejam incluídos no preço efetivamente pago ou a pagar pelas mercadorias: (i) comissões e corretagens, excetuadas as comissões de compra; (ii) o custo de embalagens e recipientes considerados, para fins aduaneiros, como formando um todo com as mercadorias em questão; (iii) o custo de embalar, compreendendo os gastos com mão-de-obra e com materiais;
- (b) O valor devidamente atribuído dos seguintes bens e serviços, desde que fornecidos direta ou indiretamente pelo comprador, gratuitamente ou a preços reduzidos, para serem utilizados na produção e na venda para exportação das mercadorias importadas e na medida em que tal valor não tiver sido incluído no preço efetivamente pago ou a pagar: (i) materiais, componentes, partes e elementos semelhantes incorporados às mercadorias importadas; (ii) ferramentas, matrizes, moldes e elementos semelhantes empregados na produção das mercadorias importadas; (iii) materiais consumidos na produção das mercadorias importadas; (iv) projetos da engenharia, pesquisa e desenvolvimento, trabalhos de arte e de design e planos e esboços necessários à produção das mercadorias importadas e realizados fora do país de importação;
- (c) Royalties e direitos de licença relacionados com as mercadorias objeto de valoração que o comprador deve pagar, direta ou indiretamente, como condição de venda dessas mercadorias, na

medida em que tais royalties e direitos de licença não estejam incluídos no preço efetivamente pago ou a pagar;

- (d) O valor de qualquer parcela do resultado de qualquer revenda, cessão ou utilização subsequente das mercadorias importadas que reverta direta ou indiretamente ao vendedor.

São ajustes facultativos, podendo ser acrescentados, no todo ou em parte, ao preço efetivamente pago ou a pagar pelas mercadorias importadas, os seguintes elementos (artigo 8º, 2):

- (a) O custo de transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação;
- (b) Os gastos relativos ao carregamento, descarregamento e manuseio associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação; e
- (c) O custo do seguro.

Caso esses valores já integrem o preço a pagar pelo importador, a depender da modalidade da negociação, o valor da mercadoria corresponderá ao valor aduaneiro. Entretanto, há ainda alguns valores que devem ser excluídos como: o custo de eventual transporte interno, gastos relativos a construção, instalação, montagem e manutenção.

### **2.1.2 Método segundo**

Nos casos de impossibilidade de aplicação do primeiro método, o valor aduaneiro da mercadoria importada corresponderá ao valor de transação de mercadorias idênticas vendidas para exportação para o mesmo país de importação e exportadas ao mesmo tempo que as mercadorias objeto de valoração, ou em tempo aproximado.

Na aplicação deste segundo método serão, em regra, utilizadas vendas no mesmo nível comercial e na mesma quantidade da operação a valorar.



### **2.1.3 Método terceiro**

Na impossibilidade de aplicação dos métodos antecedentes, segue-se o terceiro método, contendo previsão que difere do segundo apenas pela troca da palavra ‘idênticas’, por ‘similares’, em complemento ao valor de transação.

Se o valor aduaneiro não puder ser determinado nem pelo primeiro nem pelo segundo métodos, a Autoridade Aduaneira deve efetuar a valoração com base no terceiro método, que consiste na determinação do valor de transação de mercadorias similares, vendidas para exportação, para o mesmo país de importação, e exportadas ao mesmo tempo que as mercadorias objeto de valoração ou em tempo aproximado, conforme artigo 3º do AVA/GATT.

Segundo o artigo 15 do AVA-GATT são mercadorias similares aquelas produzidas no mesmo país que as mercadorias objeto de valoração que, embora não se assemelhem em todos os aspectos, têm características e composição material semelhantes, o que lhes permite cumprir as mesmas funções e serem permutáveis comercialmente.

### **2.1.4 Método quarto**

Persistindo a impossibilidade de aplicação do primeiro, do segundo e do terceiro métodos, o valor aduaneiro da mercadoria importada deverá basear-se no valor da revenda (ou deduzido) correspondente ao quarto método, ou seja, no preço unitário pelo qual as mercadorias importadas, ou mercadorias idênticas ou similares importadas, são revendidas na maior quantidade total a compradores não vinculados no país de importação, ao tempo da importação ou aproximadamente ao tempo da importação das mercadorias objeto de valoração.

### **2.1.5 Método quinto**

O quinto método de valoração aduaneira (certamente o menos utilizado no Brasil) baseia-se no valor computado (valor de produção), ou seja, na soma do custo ou valor dos materiais e da fabricação ou processamento, empregados na produção das mercadorias importadas, com o montante a título de lucro e despesas gerais e com os valores correspondentes às despesas de frete, encargos e seguro, relativos ao transporte da mercadoria até o local de descarga ou entrada no Brasil.

### **2.1.6 Método sexto**

Por fim, inaplicável o método quinto ou os métodos antecedentes, é aplicado o método sexto, no qual o valor aduaneiro é arbitrado pela Secretaria da Receita Federal, de acordo com a adoção de critérios razoáveis, condizentes com os princípios e disposições gerais do Acordo de Valoração Aduaneira e capazes de alcançar resultados satisfatórios e não arbitrários, aproximando-se do valor que poderia ser alcançado se aplicado alguns dos métodos anteriores.

Na utilização desse método, serão consideradas as regras de valoração dos métodos precedentes com razoável flexibilidade e, na medida do possível, com base em valores já anteriormente determinados.

Ao contrário dos métodos anteriores, no quais se estabelecia como determinar o valor aduaneiro, o sexto método simplesmente remete à razoabilidade para tal determinação, e preocupa-se mais em fixar sobre quais parâmetros a Autoridade Aduaneira não pode basear tal valor:

- (a) o preço de venda no país de importação de mercadorias produzidas;

- (b) num sistema que preveja a adoção para fins aduaneiros do mais alto entre dois valores alternativos;
- (c) no preço das mercadorias no mercado interno do país de exportação;
- (d) no custo de produção diferente dos valores computados que tenham sido determinados para mercadorias idênticas ou similares, de acordo com as disposições do Artigo 6;
- (e) no preço das mercadorias vendidas para exportação para um país diferente do país de importação;
- (f) em valores aduaneiros mínimos; ou
- (g) em valores arbitrários ou fictícios.

A correta aplicação dos métodos de valoração aduaneira acordados multilateralmente no âmbito da OMC é passível de discussão no âmbito do mecanismo de solução de controvérsia previsto para tal órgão internacional, havendo diversos exemplos de contenciosos sobre o tema já registrados.

Vera Thorstensen registra que os problemas enfrentados pelos membros da OMC, em relação à valoração aduaneira, são de duas ordens:

Enquanto os países que já implantaram as regras do AVA/GATT estão diante de questões de interpretação de seus termos e de como lidar com o desafio do subfaturamento, outro grupo significativo de países ainda está diante de questões que envolvem elaboração de leis e treinamento de pessoal qualificado para aplicá-las.<sup>5</sup>

Diante da análise realizada sobre o método de valoração aduaneira disciplinado pelo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio se faz necessária também a análise de tratados internacionais sobre matéria tributária/aduaneira.

---

<sup>5</sup> THORSTENSEN, Vera; OLIVEIRA, Luciana. **O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC**: uma primeira leitura. São Paulo: Aduaneiras, 2014. p.141.

### 3. Tratados internacionais sobre matéria aduaneira

Os tratados internacionais sobre matéria tributária são, em regra, bilaterais<sup>6</sup>, objetivando eliminar ou atenuar a dupla tributação e a evasão fiscal, ou disciplinar a colaboração administrativa sobre assuntos tributários. Contudo, há, ainda, tratados multilaterais, sobre temas especificamente tributários, bem como outros que, mesmo relacionados a assuntos diversos, possuem disposições relativas a temas tributários.<sup>7</sup>

A exemplo dos tratados internacionais sobre matéria tributária, os tratados internacionais sobre temas aduaneiros podem assumir diversas configurações – sejam eles bilaterais ou multilaterais: há acordos de cooperação aduaneira; acordos buscando a redução de tarifas ou a isenção de impostos aduaneiros e outros tributos, para determinados bens; acordos de complementação econômica; acordos que objetivam a integração, por meio da formação de zonas de livre comércio, uniões aduaneiras, mercados comuns ou uniões econômicas; e há aqueles que tratam de temas aduaneiros específicos.<sup>8</sup>

Por não estar ainda determinada a diferenciação entre o Direito Aduaneiro e o Direito Tributário, na doutrina brasileira, a maioria dos juristas classifica na categoria tributária significativa parcela dos tratados que, no presente artigo, serão estudados dentro da disciplina aduaneira, por versarem sobre procedimentos aduaneiros e restrições à importação/exportação, ou por envolverem matéria aduaneira que seja reflexamente tributária, como o imposto de importação.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO, Hildebrando Accioly. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 201.

<sup>7</sup> CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO, Hildebrando Accioly. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 205.

<sup>8</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 101.

<sup>9</sup> HILÚ NETO, Miguel. **Imposto sobre Importações e Imposto sobre Exportações**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 41.

Esta última categoria, além de aduaneira, é também tributária, a ela se aplicando a legislação tributária naquilo que não for especificamente disciplinado em matéria aduaneira.<sup>10</sup>

Luís Eduardo Schoueri, ao mencionar sobre a existência de mecanismos tributários em tratados internacionais que não versam sobre aquela matéria”, exemplifica com o GATT e o MERCOSUL, entre outros, que objetivam a “liberalização o do comércio internacional, adotando, para tanto, garantias de ordem tributária, como as que afetam os impostos aduaneiros”.<sup>11</sup>

O único diferencial entre os tratados internacionais, em geral, e os tratados em matéria tributária ou aduaneira-tributária, referentes aos tributos devidos na importação/exportação, é a existência do artigo 98 do Código Tributário Nacional de 1966 que dispõe que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.<sup>12</sup>

Alberto Xavier relaciona alguns argumentos em defesa da superioridade hierárquica dos tratados internacionais – não só tributários, mas quaisquer tratados – em face da lei interna, cabendo aqui citar pela pertinência:

(a) embora o artigo 5º, § 2º, atribua expressa superioridade hierárquica somente aos tratados sobre direitos e garantias fundamentais, a disposição revela princípio geral, estando ainda a matéria tributária, em qualquer caso, em tal domínio, conforme artigo 150 da Constituição; e

---

<sup>10</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Notas sobre os Tratados Internacionais sobre Tributação. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). **Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Lex: Aduaneiras, 2005. p. 212.

<sup>11</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Notas sobre os Tratados Internacionais sobre Tributação. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). **Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Lex: Aduaneiras, 2005. p.194.

<sup>12</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. Os Tratados Internacionais em Matéria Fiscal em face dos Acordos Comerciais Internacionais, regionais, bilaterais ou multilaterais – uma Visão Jurídica da Questão. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 92-108.

(b) o artigo 98 do CTN, lei complementar, é expresso ao estabelecer a superioridade hierárquica dos tratados, sendo inadmissível restringir essa superioridade a apenas algumas espécies ou modalidades.<sup>13</sup>

Os tratados internacionais possuem relevância prática tanto no âmbito nacional a fim de determinar qual norma deverá ser aplicada no caso concreto, mas também no âmbito internacional pois regulam as relações comerciais internacionais sobre o tema.

#### **4. O Imposto de importação**

A manifesta relevância econômica e social das operações de importações demandam um sistema jurídico bem delineado e consistente, a fim de regular com segurança as questões relativas ao comércio exterior. Do ponto de vista jurídico, essas relações envolvem assuntos relativos ao Direito Tributário e ao Direito Aduaneiro, além de temas de outras áreas.

No âmbito do Direito Tributário, existe um ordenamento estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no Código Tributário Nacional; no âmbito do Direito Aduaneiro, a regulamentação é assistemática, espalhada em instrumentos normativos secundários, de hierarquia infra legal – regulamentos, instruções normativas, portarias e instrumentos normativos.

Portanto, é desafiador conhecer e dominar a interação das normas de Direito Aduaneiro e de Direito Tributário sob a égide da normatividade constitucional. Além de desafiador, é imprescindível para evitar incongruências e desvios do intérprete e aplicador do Direito.<sup>14</sup>

Como elucida André Folloni:

---

<sup>13</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 71.

<sup>14</sup> TREVISAN, Rosaldo. Direito Aduaneiro da Integração no Mercosul. In: MENEZES, Wagner (coord.). **Estudos de Direito Internacional**. v. 5. Curitiba: Juruá, 2005, p. 382.

A distinção básica reside no fato de que as questões tributárias estão voltadas à fiscalização e recolhimento de tributos, enquanto as aduaneiras se preocupam com as relações administrativas entre a aduana e as intervenientes entradas e saídas de produtos do território nacional.<sup>15</sup>

A regulação do comércio internacional comporta um emaranhado de acordos multilaterais, regionais e até bilaterais, que afetam a disciplina nacional da matéria, inclusive no que se refere ao imposto de importação.

Será utilizado o tratamento reservado ao imposto de importação, no Brasil, à luz das normas nacionais que norteiam a incidência do tributo, sem descuidar das devidas remissões a atos internacionais, quando pertinente, possibilitando a visualização da forma pela qual o país se insere no contexto da disciplina internacional do comércio.

Ao tratar da hipótese de incidência do imposto de importação, no Brasil, devemos iniciar pelas disposições constitucionais, mais precisamente pelo artigo 153 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, em seu inciso I, estabelece a competência para a instituição do imposto sobre “a importação de produtos estrangeiros” é da União, esclarecendo, no § 1º do mesmo artigo, que é facultado ao Poder Executivo alterar suas alíquotas, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei.

Enquanto a norma tributária do CTN, em seu artigo 19, dispõe que o imposto de importação tem como “fato gerador” a entrada dos “produtos” estrangeiros no “território nacional”, a norma aduaneira/tributária do Decreto-Lei no 37/1966, em seu artigo 1º, estabelece que o imposto de importação “incide sobre mercadoria

---

<sup>15</sup> FOLLONI, Parmo André; HANNEMANN, Mayara. Revisão aduaneira e lançamento tributário: regras para a intervenção do Estado nas importações. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16 n. 109, jun./set. 2014. p. 448.

estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no Território Nacional”.

#### 4.1 Hipótese de incidência do imposto de importação

A hipótese de incidência do imposto de importação é a introdução da mercadoria de origem estrangeira no território aduaneiro brasileiro.

Assim, ocorrendo a situação prevista na hipótese de incidência, surge o dever do passivo pagar a um sujeito ativo determinada quantia a título de imposto de importação.<sup>16</sup>

#### 4.2 Sujeito ativo e passivo

Em relação à sujeição ativa, o ente federal do país possui tanto a competência para instituição do imposto de importação quanto a capacidade de figurar como sujeito ativo da relação tributária e aduaneira, cabendo apenas destacar a possibilidade, em blocos econômicos com graus mais elevados de integração, de que a sujeição ativa possa recair em pessoa jurídica de direito público externo.

Em relação a sujeição passiva, no que atinge ao imposto de importação, não há dúvidas de que é endereçada ao importador.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> MEIRA, Liziane Angelotti. Regimes Aduaneiros Especiais e Integração Regional: análise dos regimes brasileiros em face das regras do Mercosul. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Comércio Internacional e Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 348-378.

<sup>17</sup> Conforme elucida André Folloni, além de declarar o valor aduaneiro, “cabe ao importador declarar qual o produto que está a importar, no momento em que faz o registro da Declaração de Importação. Para declarar qual o produto objeto da atividade de importação, o importador deve consultar uma tabela, na qual constam o tipo do produto e um código”. (Tabela TIPI e TEC). Essa tabela é uniforme em todo o Mercosul, uma vez o bloco é classificado como uma União Aduaneira, ainda que incompleta, há necessidade de que todos os produtos importados por qualquer um dos países dele integrantes sejam tributados da mesma forma. FOLLONI, André Parmo. **Tributação sobre o Comércio Exterior**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 92.



### 4.3 Base de cálculo

A base de cálculo é de grande importância pois é elemento essencial na identificação do tributo, sobre o qual se aplica a alíquota para obter o resultado do valor a pagar do tributo.

Segundo Luís Eduardo Schoueri “a base de cálculo, via de regra, pode ser encontrada como um desdobramento da hipótese de incidência; é a própria quantificação do fato jurídico tributário, ou ainda, é o fato jurídico tributário, visto do ponto de vista numérico”.

18

Uma vez identificada a base de cálculo, aplica-se a alíquota, que geralmente é expressa na forma de um percentual, denominada de alíquota “ad valorem”. Assim, a alíquota é o percentual que, aplicado sobre a base de cálculo, indica o valor do tributo devido.

Hugo de Brito Machado explica que “a alíquota é a relação existente entre a expressão quantitativa do fato gerador e o valor do tributo correspondente. Ou seja, a alíquota é o percentual que, aplicado sobre a base de cálculo, indica o valor do tributo devido”.<sup>19</sup>

A base de cálculo e a alíquota, responsáveis pela quantificação do imposto de importação, são, indiscutivelmente, os atributos mais internacionalizados.

A base de cálculo está praticamente toda disciplinada no Acordo de Valoração Aduaneira, resultante da Rodada Uruguaí do GATT, sendo o Brasil signatário. E as alíquotas estão salvo exceções, pactuadas no âmbito do bloco regional do qual o Brasil faz parte, o MERCOSUL. Ademais, as alíquotas sofrem ainda limitações decorrentes de acordos, no âmbito da OMC e de preferências tarifárias negociadas pelo Brasil em diversos acordos bilaterais e multilaterais.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 503.

<sup>19</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação da Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 136.

<sup>20</sup> Em regra, existe a possibilidade de aplicação de alíquotas específicas – “ad rem”, ou a possibilidade de combinação entre alíquotas “ad valorem” e “ad rem”. A aplicação de alíquotas “ad rem” era prática

Desde 23/07/1986, data de entrada em vigor, no Brasil, do Código de Valoração Aduaneira da Rodada Tóquio, a base de cálculo do imposto de importação passou a ser o “valor aduaneiro”, apurado segundo as regras de tal código, como esclarecem o artigo 90 do Regulamento Aduaneiro de 1985 e o artigo 4º do Decreto n.º 92.930 de 1996.<sup>21</sup> Assim, ficaram com eficácia suspensa as disposições de leis nacionais que dispunham de forma diversa, notadamente os artigos 2º, I, e 3º, do Decreto-Lei n.º 37 de 1966, e o artigo 20, II, do Código Tributário Nacional, que estabeleciam como base de cálculo o “preço normal da mercadoria, ao tempo da importação, em uma venda em condições de livre concorrência” no local de entrada no país.

Os referidos artigos do Decreto-Lei n.º 37 de 1966 foram alterados pelo Decreto-Lei n.º 2.472 de 1988, de modo a adaptá-los ao Código de Valoração Aduaneira, passando a nova redação do artigo 2º, I, do Decreto-Lei n.º 37 de 1966, que trata da base de cálculo do imposto de importação, a, simplesmente, remeter “ao valor aduaneiro apurado segundo as normas do artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio”.<sup>22</sup>

O Acordo de Valoração Aduaneira celebrado na Rodada Uruguai segue vigente, sendo, hoje, a base de cálculo do imposto de importação, no Brasil, o valor aduaneiro, apurado conforme as regras estabelecidas em tal e cuja base primeira é o valor de transação conforme exposto no item 2.1.1.<sup>23</sup>

---

corrente no início do século passado, e foi “tolerada” como medida excepcional nas listas pactuadas no âmbito do GATT. O Artigo II, 6, do GATT/1947 previu a inclusão de direitos específicos nas listas de concessões. Mas os países que não os estabeleceram ficaram vinculados pelas alíquotas consolidadas “ad valorem”, ainda que resolvam efetuar a tributação por meio de alíquotas específicas.

<sup>21</sup> TREVISAN, Rosaldo. Direito Aduaneiro da Integração no Mercosul. In: MENEZES, Wagner (coord.). **Estudos de Direito Internacional**. V. 5. Curitiba: Juruá, 2005. p. 382-403.

<sup>22</sup> Assim, não mais produz efeitos o comando do artigo 20, II, do Código Tributário Nacional brasileiro, que dispõe sobre a base de cálculo do imposto de importação, enquanto o Brasil for parte em acordo que disponha sobre o tema de modo diverso.

<sup>23</sup> CARLUCCI, José Lence. **Uma Introdução ao Direito Aduaneiro**. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 154.

A obtenção da base de cálculo e da alíquota, e do consequente montante a pagar, depende de três elementos predominantemente aduaneiros: a valoração, a classificação e a origem.

A base de cálculo internacionalmente uniformizada para o imposto de importação é o valor aduaneiro, determinado segundo o Acordo para Implementação do Artigo VII do GATT, conhecido como Acordo de Valoração Aduaneira, pactuado multilateralmente, no âmbito da OMC, que deixa aos membros de tal organização reduzidíssima margem de disciplina nacional, devendo o valor aduaneiro ser determinado pela aplicação sequencial e sucessiva dos seis métodos previstos em seu texto.<sup>24</sup> Pode a legislação nacional, em relação à base de cálculo do imposto de importação, apenas disciplinar a inclusão, ou não, dos ajustes considerados facultativos pelo acordo, e complementá-lo, procedimentalmente, naquilo que dele não se afaste.

#### **4.4 Alíquota**

As alíquotas do imposto de importação foram figuras centrais nas cinco rodadas iniciais de negociação do GATT, até que se chegasse a uma disciplina razoavelmente eficaz para conter o protecionismo tarifário, o único permitido pelos princípios que regem o comércio internacional.

O advento de regras de classificação de mercadorias, em uma nomenclatura mundialmente uniformizada – o Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias –

---

<sup>24</sup> A conclusão aqui externada, no Brasil, tem a consequência de afastar a aplicação, para o imposto, de mais um comando do Código Tributário Nacional – o artigo 148, que dispõe: “Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial”.

permitiu que as alíquotas fossem individualizadas, por mercadoria, em tarifas aduaneiras, a partir de códigos numéricos.<sup>25</sup>

Assim, a cada código da nomenclatura corresponde uma alíquota, compondo uma tarifa. Restou a cargo das legislações nacionais e regionais apenas complementar, com dígitos adicionais, se entendido como necessário, o código de seis dígitos internacionalmente acordado no Sistema Harmonizado.

Determinada a classificação da mercadoria na nomenclatura, bastaria verificar qual é a alíquota correspondente na tarifa e multiplicá-la pela base de cálculo, para saber o “quantum” a pagar a título de imposto de importação. Isso se não houvesse a presença do terceiro e último elemento necessário à quantificação do imposto: a origem da mercadoria.<sup>26</sup>

É preciso saber se a mercadoria importada é originária de país com o qual exista acordo que demande a aplicação de tratamento tarifário preferencial, se tal acordo respeita o pactuado multilateralmente, no âmbito da OMC, ou mesmo se há medida de defesa comercial aplicável ao caso. Isso porque podem estar, simultaneamente, em vigor, em um mesmo território importador, diferentes alíquotas para mercadorias idênticas, de igual classificação, importadas em uma mesma data, a depender da origem da mercadoria, e, mais especificamente, da quantidade de acordos específicos celebrados, todos eles devendo observância aos patamares pactuados e aos princípios estabelecidos no âmbito da OMC.<sup>27</sup>

Os contornos delineados mostram um cenário em que é possível identificar, em visão sistemática dos acordos internacionais vigentes, os elementos básicos de uma regulação internacional do imposto de importação, não só em relação aos aspectos

---

<sup>25</sup> HANNEMANN, Mayara. Revisão aduaneira e lançamento tributário: regras para a intervenção do Estado nas importações. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 109, p. 443-465, jun./set. 2014.

<sup>26</sup> CARLUCCI, José Lence. **Uma Introdução ao Direito Aduaneiro**. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 73.

<sup>27</sup> HANNEMANN, Mayara. Revisão aduaneira e lançamento tributário: regras para a intervenção do Estado nas importações. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 109, jun./set. 2014, p. 453.

reconhecidamente internacionalizados, mormente atrelados à quantificação do imposto, mas também no que se refere à própria hipótese de incidência, e aos sujeitos presentes na respectiva relação obrigacional, em que diferentes caminhos apontam para um mesmo ponto de chegada.<sup>28</sup>

#### 4.5 Despacho aduaneiro

O despacho aduaneiro é formado basicamente por três etapas. A primeira uma declaração do importador, a segunda a conferência dos produtos importados e a terceira o desembaraço aduaneiro. Após o despacho, pode haver ainda uma quarta etapa, a revisão aduaneira.

Rosaldo Trevisan explica que o “despacho aduaneiro de importação”, ao contrário do que sugere a terminologia utilizada, não é um ato, mas um procedimento, que se inicia com um ato: o registro da declaração de importação.<sup>29</sup>

Na definição do artigo 542 do Regulamento Aduaneiro o procedimento mediante o qual é verificada a exatidão dos dados declarados pelo importador em relação à mercadoria importada, aos documentos apresentados e à legislação específica. Em regra, o procedimento de fiscalização ocorre nos locais alfandegados, com o eventual recolhimento de tributos, e por fim, o desembaraço do produto, seja para a entrada, seja para a saída do território nacional. Tal procedimento é denominado pelo direito positivo brasileiro “despacho aduaneiro”.<sup>30</sup> Portanto, despacho aduaneiro é um

---

<sup>28</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. Base de Cálculo do Imposto de Importação e o Acordo de Valoração Aduaneira. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Comércio Internacional e Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 224-257.

<sup>29</sup> TREVISAN, Rosaldo. **Atuação estatal no comércio exterior, em seus aspectos tributário e aduaneiro**. 28of. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008, p. 358.

<sup>30</sup> MEIRA, Liziane Angelotti. Regimes Aduaneiros Especiais e Integração Regional: análise dos regimes brasileiros em face das regras do Mercosul. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Comércio Internacional e Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 366.

procedimento administrativo destinado a fiscalizar a importação ou a exportação, lançar e cobrar os tributos eventualmente incidentes e desembaraçar o produto.

Uma vez transmitida a declaração de importação e registrada, com o débito automático dos tributos, a importação é submetida a uma etapa de análise fiscal que pode ser feita de acordo com vários procedimentos. A escolha do procedimento aplicável é feita, inicialmente, de forma automática, pelo Siscomex – embora essa primeira escolha automática possa ser alterada pelo auditor fiscal competente.<sup>31</sup>

Essa escolha, conhecida no jargão do comércio exterior como parametrização, implica seleção para um dos chamados canais de conferência aduaneira. O objetivo da conferência é identificar o importador, verificar a mercadoria e a correção das informações relativas à sua natureza, classificação fiscal, quantificação e valor, e confirmar o cumprimento de todas as obrigações, fiscais e outras, exigíveis em razão da importação de acordo com o canal a que for selecionado, a mercadoria importada será submetida a diferentes controles de fiscalização, nos termos do artigo 21 da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n.º 680/2006. O artigo tem a seguinte redação:

Art. 21. Após o registro, a DI será submetida a análise fiscal e selecionada para um dos seguintes canais de conferência aduaneira:

I – verde, pelo qual o sistema registrará o desembaraço automático da mercadoria, dispensados o exame documental e a verificação da mercadoria;

II – amarelo, pelo qual será realizado o exame documental, e, não sendo constatada irregularidade, efetuado o desembaraço aduaneiro, dispensada a verificação da mercadoria;

---

<sup>31</sup> MEIRA, Liziane Angelotti. Regimes Aduaneiros Especiais e Integração Regional: análise dos regimes brasileiros em face das regras do Mercosul. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Comércio Internacional e Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 355.

III - vermelho, pelo qual a mercadoria somente será desembaraçada após a realização do exame documental e da verificação da mercadoria; e

IV - cinza, pelo qual será realizado o exame documental, a verificação da mercadoria e a aplicação de procedimento especial de controle aduaneiro, para verificar elementos indiciários de fraude, inclusive no que se refere ao preço declarado da mercadoria, conforme estabelecido em norma específica.

Portanto, o despacho aduaneiro é um procedimento de fiscalização simultaneamente aduaneiro e tributário, isto é, voltado a verificar a regularidade da importação sob o ponto de vista aduaneiro (verificação da real mercadoria, do real importador e exportador, da licitude da importação etc.) e sob o ponto de vista estritamente tributário (incidência de tributos e cumprimento regular de todas as obrigações tributárias, principal e acessórias).

Esse procedimento inicia-se com a declaração de importação, segue pela etapa de conferência aduaneira e termina com o desembarço aduaneiro, seu ato final, que libera a mercadoria para o importador.

A maior parte das mercadorias importadas são direcionadas pelo Siscomex ao canal verde — disciplinadas pela Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (IN/SRF n.º 680/2006, art. 21, inciso I). Uma vez definida a importação da mercadoria por esse canal, o próprio sistema realiza a conferência com o cruzamento de informações relativas à mercadoria, ao importador, ao exportador, ao valor, ao modo de importação etc., ficando automaticamente desembaraçada ao importador.

#### **4.6 Arbitramento**

Só é admissível o arbitramento quando as informações imprescindíveis à valoração não tenham sido prestadas pelo declarante ou a autoridade aduaneira comprove que as informações prestadas não sejam consistentes ou verídicas.

A Medida Provisória n.º 2.158-35, de 24/8/2001, em seu art. 88, dispõe sobre a possibilidade de arbitramento nos casos de fraude, sonegação ou conluio, em que não seja possível a apuração do preço efetivamente praticado na importação.

#### **4.7 Desacordo aduaneiro**

No ordenamento jurídico brasileiro existem três penas previstas no desacordo aduaneiro. O perdimento, que está tipificado no artigo 689, inciso VI do Decreto 6.759/2009.

A multa de 100% sobre a diferença entre o valor real e o declarado, além dos tributos exigidos, exposto no parágrafo único do artigo 108 do Decreto-Lei n.º 37/1966. (Dispõe sobre o imposto de importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências) e no artigo 703 do Regulamento Aduaneiro.

Há também a multa de 50%, da diferença do imposto apurado em decorrência da inexatidão da informação, exposto no artigo 108, caput do Decreto-Lei n.º 37/1966.

### **5. Considerações finais**

A legislação aduaneira é uma legislação de alta complexidade. Isso se dá pelo fato de que a matéria é embasada no comércio internacional, positivados por uma legislação altamente influenciada por tratados internacionais.

Os conceitos, as definições e o vocabulário do direito aduaneiro são bastante peculiares, formados por instrumentos normativos secundários, de hierarquia infra legal. Há uma quantidade incontável de regulamentos, instruções normativas, portarias que requer um estudo de várias áreas, não só no âmbito jurídico.

O aumento das relações comerciais internacionais e a ampliação das exportações pelas empresas trazem a necessidade de conhecer e utilizar corretamente o Acordo de Valoração Aduaneira,



identificar os métodos de valoração com demonstração de cálculos e reconhecer as implicações do acordo no despacho aduaneiro de importação.

Tornar um padrão de política de Estado, faz com que se torne necessário a adoção de medidas de curto e médio prazo com o intuito de estabelecer uma estrutura administrativa eficiente à aplicação da tarifa aduaneira e do sistema de valoração aduaneira que são a alma de todo o subsistema tributário aduaneiro, responsável pelo sucesso ou fracasso da política de comércio exterior no plano interno e nas relações internacionais.

## 6. Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 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: 31 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Instrução Normativa SRF no 680/06, de 2 de outubro de 2006. Diário Oficial da União. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15618>>. Acesso em: 4 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Regulamento Aduaneiro**. Decreto no 6.759 de 5 de fevereiro de 2009. Diário Oficial da União. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm)>. Acesso em: 4 maio 2017.

BOSSCHE, Peter Van Den; Zdouc Werner. **The Law And Policy Of The World Trade Organization**. Cambridge University Press, 2013.

CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO, Hildebrando Accioly. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARLUCI, José Lence. **Uma Introdução ao Direito Aduaneiro**. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

FOLLONI, André Parmo. **Tributação sobre o Comércio Exterior**. São Paulo: Dialética, 2005.

HANNEMANN, Mayara. Revisão aduaneira e lançamento tributário: regras para a intervenção do Estado nas importações. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 109, p. 443-465, jun./set. 2014.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados Internacionais em matéria tributária e ordem interna**. São Paulo: Dialética, 1999.

HILÚ NETO, Miguel. **Imposto sobre Importações e Imposto sobre Exportações**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MEIRA, Liziane Angelotti. **Regimes Aduaneiros Especiais**. São Paulo: IOB, 2002.

\_\_\_\_\_. Regimes Aduaneiros Especiais e Integração Regional: análise dos regimes brasileiros em face das regras do Mercosul. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Comércio Internacional e Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. **Regime jurídico dos tributos incidentes sobre o comércio exterior de bens**. 524 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Notas sobre os Tratados Internacionais sobre Tributação. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). **Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Lex: Aduaneiras, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

THORSTENSEN, Vera; OLIVEIRA, Luciana. **O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: uma primeira leitura**. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. Os Tratados Internacionais em Matéria Fiscal em face dos Acordos Comerciais Internacionais, regionais, bilaterais ou multilaterais – uma

Visão Jurídica da Questão. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. V. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

\_\_\_\_\_. . Aplicação dos Tratados e Convenções Internacionais em Matéria Tributária no Direito Brasileiro. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). **Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Lex: Aduaneiras, 2005.

\_\_\_\_\_. . Base de Cálculo do Imposto de Importação e o Acordo de Valoração Aduaneira. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Comércio Internacional e Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TREVISAN, Rosaldo. **Direito Aduaneiro da Integração no Mercosul**. In: MENEZES, Wagner (coord.). Estudos de Direito Internacional. v. 5. Curitiba: Juruá, 2005.

\_\_\_\_\_. **Atuação estatal no comércio exterior, em seus aspectos tributário e aduaneiro**. 280f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



## **Parte II**

### **Direitos fundamentais: teoria e aplicação**



# A utilização da reserva do possível em matéria de direitos sociais pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise empírica

*Bárbara Mendonça Bertotti<sup>1</sup>*

*Eduardo Legat Rodrigues<sup>2</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Escassez de recursos e “reserva do possível” em sua dimensão tríplice. 3. A (in)compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca da “reserva do possível”: uma análise empírica no âmbito dos direitos sociais. 4. Considerações finais: apresentação dos resultados. 5. Referências.

## 1. Introdução

Diante de um sistema normativo complexo, uma construção política desuniforme, um sistema constitucional definido e um Poder Judiciário sobrecarregado, o presente artigo busca compreender como a judicialização dos direitos fundamentais

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (bolsista CAPES/PROSUC). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná e em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR. Secretária executiva da Revista de Direito Econômico e Socioambiental (qualis A2). E-mail: barbarabmmab@gmail.com

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da PUCPR. Integrante do projeto de pesquisa “A liberdade como critério de desenvolvimento e suas implicações na obra de Amartya Sen: novos fundamentos e critérios de legitimidade para a tributação”, vinculado ao PPGD/PUCPR. E-mail: edu.legat95@gmail.com

sociais tem se construído nas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal.

Toma-se por matéria os direitos fundamentais sociais, descritos no artigo 6º da Constituição, em seu caráter prestacional. A pesquisa se desenvolve na compreensão de como a instância máxima do Judiciário determina as obrigações voltadas ao Poder Público. Para tanto, utiliza-se como instrumento principal da hermenêutica jurisprudencial o instituto da “reserva do financeiramente possível”.

Dessa maneira, considera-se de pujante relevância observar como a relação entre a escassez de recursos – ou o limite daquilo que é financeiramente possível – e as demandas fundamentais garantidas pelo texto constitucional e delimitadas pela legislação infraconstitucional são compreendidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Importa, sobretudo, compreender e considerar que as exigências em torno de direitos fundamentais são, para além do nível normativo, obrigações que demandam um planejamento econômico e orçamentário responsável por parte do Poder Público.

Assim, diante de tais interações, demonstra-se fundamental compreender como o papel do Poder Judiciário, representado por sua instância máxima, fundamenta suas decisões no que diz respeito aos direitos sociais. Questiona-se, em principal análise, se o argumento da *teoria da reserva do possível* tem sido utilizado de maneira coerente dentro da estrutura argumentativa dos acórdãos, tomando em conta o real conflito entre a escassez de recursos públicos e as exigências normativas, ou se apenas se utiliza do instituto com função meramente retórica, sem eficiência exegética.

A pesquisa realizada, para além do levantamento estatístico dos julgados do Supremo Tribunal Federal (análise quantitativa), analisa qualitativamente a utilização da teoria da reserva do possível como forma de fundamentação dos acórdãos, em específico nos casos que envolvem direitos fundamentais sociais. A investigação se



dá em duas principais vertentes: teórica/doutrinária e jurisprudencial/empírica.

## 2. Escassez de recursos e “reserva do possível” em sua dimensão tríplice

A reserva do possível, teoria de origem alemã, foi recepcionada no Brasil tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina.<sup>3</sup> Ingo Wolfgang Sarlet compreende tal instituto a partir de uma dimensão tríplice: (i) da disponibilidade fática (material) dos recursos necessários ao fornecimento das prestações (*reserva do faticamente possível*); (ii) da disponibilidade jurídica, que envolve a distribuição de receitas e competências (tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outros), ou seja, da estrutura de decisão quanto à alocação e gestão dos recursos públicos (*reserva do juridicamente possível*); (iii) da perspectiva do particular que demanda a prestação material, de modo a se verificar a proporcionalidade e razoabilidade da conduta pleiteada (*reserva do razoavelmente possível*).<sup>4</sup>

(i) Com relação à dimensão da *reserva do faticamente possível*, na esteira de Stephens Holmes e Cass Sustein, é sabido que todos os direitos implicam em um custo.<sup>5</sup> Refuta-se neste trabalho a clássica contraposição entre direitos de liberdade, enquanto direitos negativos e sem custos, e direitos sociais, enquanto direitos positivos e custosos.<sup>6</sup> Assim, os direitos de liberdade ou de defesa também

---

<sup>3</sup> No Brasil, a reserva do possível passa a figurar como uma restrição à efetividade dos direitos fundamentais sociais, ligando-se diretamente ao fator financeiro e à escassez de recursos.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Editora livraria do Advogado, 2012. p. 296.

<sup>5</sup> Sobre o tema, conferir: HOLMES, Stephens; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

<sup>6</sup> NOVAIS, Jorge Reis. A reserva do possível ou do financeiramente possível. In: \_\_\_\_\_. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 93.

requerem ações positivas. Cite-se como exemplo os gastos com a manutenção de instituições que assegurem a esfera de autonomia dos indivíduos.

Contudo, pode-se diferenciar os direitos de defesa (ou de liberdade) e os direitos a prestações (ou sociais) a partir de sua dimensão economicamente relevante. Nos primeiros, essa faceta assume neutralidade econômico-financeira, na medida em que o fator custo não se apresenta como fator impeditivo na efetivação pela via jurisdicional. Já os direitos sociais a prestações apresentam o custo como condição de eficácia e efetividade. Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo sustentam que a “efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao Poder Público a satisfação das prestações reclamadas”.<sup>7</sup>

Destarte, nessa problemática de escassez de recursos, Saulo Pivetta ressalta que:<sup>8</sup>

**(a)** a escassez de recursos é apenas moderada, visto que o Brasil arrecada significativa receita tributária.<sup>9</sup> Logo, o problema está em

---

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28.

<sup>8</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito administrativo e suas transformações atuais: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: Íthala, 2016. p. 127.

<sup>9</sup> Dados apontam que em 2016, no Brasil, a arrecadação tributária total das Receitas Federais foi de R\$ 1,29 trilhão de reais. Disponível em: <<https://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2017/janeiro/receita-arrecadou-r-1-29-trilhao-em-2016-3>>. Acesso em: 10 ago. 2017. Luciano Timm, por meio de análise econômica do direito, afirma que o melhor mecanismo de implementação de direitos sociais é a tributação, por três razões: (i) esta, em especial a de renda, atinge a desigualdade com precisão e a todos; (ii) a redistribuição via direito privado pode não trazer os efeitos sociais desejados, visto que as partes sempre poderão renegociar os termos do contrato ou da desapropriação e despejar custo da redistribuição na sociedade; e (iii) no âmbito do direito privado, a redistribuição de riquezas não ocorre sem custos de transação. TIMM, Luciano Benetti. Qual a

alocar os recursos de acordo com as finalidades previstas pela Constituição e pela legislação ordinária.

**(b)** a reserva do possível é restrição oponível a prestações materiais decorrentes dos deveres de promoção e proteção, independentemente de se tratarem de direitos de liberdade ou direitos sociais. Há o direito fundamental em sentido amplo (“direito como um todo”) e o direito fundamental em sentido estrito (feixes de posições jusfundamentais).<sup>10</sup> Para cada uma dessas posições, há a correspondência de um dever (para o Estado ou para o particular): promoção, proteção ou respeito. Pode-se citar como exemplo o direito à saúde, que em sentido amplo compreende inúmeros direitos em sentido estrito: direito à construção de hospitais (dever de promoção), direito ao fornecimento de medicamentos (dever de proteção), direito à autonomia de escolha de procedimentos médicos (dever de respeito).

**(c)** no deferimento judicial ou administrativo de uma prestação material “custosa” a reserva do financeiramente deve ser analisada conjuntamente com as demais reservas que sujeitam os direitos fundamentais, quais sejam, a reserva imanente de ponderação e a reserva do politicamente adequado ou oportuno.

A reserva imanente de ponderação é aquela onde, diante de um caso concreto, é feita uma ponderação de direitos, de modo que o de menor peso cede ao de maior peso. Vale salientar que nas situações onde o comando normativo estiver sedimentado

---

maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 58.

<sup>10</sup> Sobre a distinção entre direito fundamental em sentido amplo e direito fundamental em sentido estrito, conferir: BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 82-90.

constitucionalmente por meio de regra, esta reserva não incidirá.<sup>11</sup> Nestes casos, o legislador constituinte considerou mais adequado ele mesmo realizar todas as ponderações antecipadamente ao retirar dos poderes constituídos qualquer possibilidade de alterarem a opção que tomou.<sup>12</sup> No entanto, muitas vezes a Constituição delega a competência para que o conteúdo da norma seja delimitado. É o que acontece, por exemplo, quando a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 197, prevê a possibilidade de o Poder Público regulamentar as ações e serviços de saúde. Nestas situações, o legislador ordinário, ao definir o conteúdo da norma, realiza a ponderação, sopesando as várias questões que permeiam o tema envolvido.

Já a reserva do politicamente adequado ou oportuno incide no momento em que o legislador ordinário e o administrador delimitam o conteúdo da norma, visto que tais escolhas decorrem de “embates e escolhas políticas realizadas pelos agentes políticos [...]”. É possível que haja controle, sobretudo pelo Poder Judiciário, no caso de normas inconstitucionais e ilegais, bem como no caso de omissões injustificadas da Administração Pública”.<sup>13</sup>

**(ii)** Quanto à *reserva do juridicamente possível*, ocorre quando o Estado não permite que se dê a prestação, em virtude de limites impostos pelo ordenamento jurídico. Com relação à disponibilidade jurídica, Ricardo Lobo Torres afirma ser “o Estado Orçamentário, que pelo orçamento fixa a receita fiscal e patrimonial, autoriza a

---

<sup>11</sup> Sobre a diferença entre regras e princípios, conferir: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. <sup>111</sup>

<sup>12</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 577.

<sup>13</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 73. Clèmerson Merlin Clève assevera que o fenômeno da constitucionalização do Direito gera para a Administração Pública: (i) limitação de sua discricionariedade administrativa; (ii) imposição de deveres positivos de conduta; e (iii) outorga de fundamento normativo para a realização de atos vinculados diretamente à Constituição Federal, independentemente da atividade do legislador infraconstitucional. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 42-43.

entrega de prestações de educação, saúde, seguridade e transportes e orienta a promoção do desenvolvimento econômico, o equilíbrio da economia e da distribuição de renda”.<sup>14</sup> Sabe-se que o sistema orçamentário brasileiro se pauta na Constituição Federal, que fixa critérios de arrecadação e distribuição de recursos, sujeitos a um controle, rumo ao alcance do desenvolvimento nacional.

Contudo, a previsão orçamentária para as prestações materiais relacionadas ao direito à saúde é insuficiente.<sup>15</sup> Sobre o tema vale comentar sobre a Emenda Constitucional nº 95/2016, que implementou um novo regime fiscal com limites de gastos para o governo federal pelos próximos 20 anos (vigora até o ano de 2036). O teto fixado para o ano de 2017 é o equivalente ao orçamento disponível para os gastos de 2016, acrescido da inflação daquele ano. Para a educação e a saúde, excepcionalmente, o ano-base será 2017, com início de aplicação em 2018. Cynara Monteiro afirma que “a EC 95/2016 pretende alcançar um equilíbrio fiscal pelo lado do corte do gasto, e não pelo investimento, o que é um grande equívoco”.<sup>16</sup>

José Reinaldo de Lima Lopes assevera que a obrigação pode se tornar economicamente impossível caso uma escolha seja realizada no momento errado. Assim, “a impossibilidade econômica resulta de um processo de escolhas historicamente datado”. Estas decisões

---

<sup>14</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**, vol. 5: O Orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77.

<sup>15</sup> Sobre essa insuficiência orçamentária e as escolhas que deverão ser realizadas, Joseane Ledebum Gloeckner entende que “todos deveriam ser atendidos, pois sendo o direito à saúde fundamental e prioritário para a vida e dignidade humana, deve sempre ser prestado, e seu financiamento deverá ser buscado em outros serviços públicos menos prioritários. Essa possibilidade de redirecionamento da verba pública poderá reduzir os efeitos da reserva do possível, ao menos em se tratando de direito à saúde”. GLOECKNER, Joseane Ledebum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. **A&C- Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 233-250, jan./mar. 2013. p. 248.

<sup>16</sup> MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. p. 260 e 274. Posiciona-se contrariamente a autora Vanice Valle, cujo posicionamento pode ser encontrado no presente artigo: VALLE, Vanice Regina Lírio do. Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 227-258, jan./abr. 2017.

possuem um caráter político e ocorrem de acordo com a conveniência e a oportunidade.<sup>17</sup>

Ainda, é imprescindível o reconhecimento da participação popular no processo de tomada de decisões referentes à destinação dos recursos públicos. Desse modo, a realização de políticas públicas se tornará mais eficaz ao atingir as necessidades reais da comunidade.<sup>18</sup>

(iii) Já a *reserva do razoavelmente possível* é aquela que foi desenvolvida no direito alemão, que é aquilo que se pode razoavelmente exigir do Estado. Nesse sentido, uma prestação razoável é aquela que o Estado tem condições de conceder a todos os indivíduos indistintamente. Esta ideia é ligada mais à convivência social do que à real reserva financeira do Estado, já que a Alemanha é um país com alto padrão prestacional.

Sobre a invocação da reserva do possível, o autor argentino Lucas Grosman desenvolve teoria que estabelece padrões onde é possível parametrizar a atuação do magistrado, ao identificar quando a escassez de recursos é juridicamente relevante no caso concreto. Em outras palavras, permite verificar em quais hipóteses o Estado está obrigado a atuar, independentemente da escassez de recursos.<sup>19</sup>

O autor parte da premissa que a escassez é um fato que não pode ser negado. Conquanto, a reserva do financeiramente possível e a do politicamente oportuno ou adequado não representam barreiras intransponíveis, apesar de limitar as possibilidades do julgador. Após analisar decisões judiciais acerca de direitos sociais,

---

<sup>17</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 163.

<sup>18</sup> BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde. **A&C- Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 137-160, out./dez. 2011. p. 146.

<sup>19</sup> GROSMAN, Lucas. **Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución**. Buenos Aires: Librería, 2008.

Grosman agrupa-as em três grupos, denominados por ele de “paradigmas de controle judicial”: (i) paradigma do abuso; (ii) paradigma da inclusão; e (iii) paradigma da escassez.<sup>20</sup>

O paradigma do abuso engloba os casos onde o Poder Judiciário deve reprimir a atuação estatal que viole direitos individuais. O autor aloca nesses casos os impostos confiscatórios, a perseguição política, a censura realizada sobre os meios de comunicação, etc. Nessas situações a alegação de escassez de recursos não é válida e não é necessário que os juízes considerem em sua decisão a repercussão orçamentária que decorrerá de eventual condenação do Poder Público.<sup>21</sup>

O paradigma da inclusão compreende as situações onde o Estado já possui estrutura protetora de determinado direito constitucional (órgão ou entidade), que possui recursos financeiros. Assim, a atuação judicial deve evitar a exclusão ilegítima ou indevida de indivíduos ou grupos de pessoas desse sistema. O sistema de saúde e o sistema educacional são alguns exemplos. Aqui também a escassez de recursos não pode ser invocada.<sup>22</sup>

Esse paradigma poderia ser utilizado na situação onde o indivíduo possua doença abrangida por um protocolo clínico e diretriz terapêutica (PCDT) - documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS<sup>23</sup>-, se encaixe nos critérios de inclusão mas mesmo assim tem o tratamento

---

<sup>20</sup> GROSMA, Lucas. **Escasez e igualdad**: los derechos sociales en la Constitución. Buenos Aires: Librería, 2008.

<sup>21</sup> GROSMA, Lucas. **Escasez e igualdad**: los derechos sociales en la Constitución. Buenos Aires: Librería, 2008. p. 37-38.

<sup>22</sup> GROSMA, Lucas. **Escasez e igualdad**: los derechos sociales en la Constitución. Buenos Aires: Librería, 2008. p. 39-40.

<sup>23</sup> Artigo 19-M, inciso II da Lei nº 8.080/90 (Lei do SUS)

negado.

No paradigma do abuso e no da inclusão há normas que geram direito subjetivo ao cidadão. Em outras palavras, o ordenamento jurídico já assegurou tal prestação material. Nessa esteira, o simples abuso ou exclusão são determinantes para balizar a atuação estatal.

Por fim, o paradigma da escassez se vale de um elemento externo que o distingue dos demais paradigmas: recorre aos valores plasmados na Constituição. Desse modo, haverá um critério constitucional que servirá de parâmetro para avaliar a constitucionalidade da alocação de recursos realizada pelo governo. Esse critério é chamado pelo autor de “igualdade estrutural de oportunidades”. Caso o Judiciário não adote um critério para sua atuação diante do paradigma da escassez, cria-se um vácuo de justiciabilidade, quando nem os demais órgãos judiciais nem os administradores têm ciência dos limites alcançados pelo respectivo direito social. Nesses casos o critério adotado é o da “ordem de chegada”, quando o acesso ao direito assegurado pela Constituição depende da habilidade de cada indivíduo de chegar aos tribunais em tempo oportuno.<sup>24</sup>

A partir do exposto, tem-se que: (i) a reserva do financeiramente possível pode se manifestar em qualquer umas destas três dimensões (fática, jurídica, razoável). Assim, as decisões judiciais devem explicitar qual é a dimensão da reserva utilizada no caso concreto; (ii) a invocação da reserva do possível é válida quando se trata de prestações jurídicas não previstas expressamente na Constituição e nas leis. Ou seja, o argumento da reserva do possível somente deve ser utilizado no âmbito da não legislação. Quando a lei determina, por exemplo, que se conceda certa prestação material para todos, o legislador já alocou; (iii) no Brasil, a reserva do possível é utilizada majoritariamente na área de saúde; (iv) a reserva do

---

<sup>24</sup> GROSAN, Lucas. **Escasez e igualdad**: los derechos sociales en la Constitución. Buenos Aires: Librería, 2008. p. 40 e ss.



possível pode ser utilizada para postergar o dever do Estado, mas não para afastar sua responsabilidade.

### **3. A (in)compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca da “reserva do possível”: uma análise empírica no âmbito dos direitos sociais**

Para ilustrar o cenário tratado nos tópicos anteriores, optou-se por realizar pesquisa jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal e verificar a utilização, correta ou não, da teoria da reserva do possível como forma de fundamentação, em específico nos casos que envolvem direitos fundamentais sociais.

O recorte temporal da pesquisa compreende as ações julgadas entre 01 de janeiro de 2008 e 31 de dezembro de 2016, totalizando sete anos de análise.<sup>25</sup> Utilizou-se o recurso de pesquisa de jurisprudência no sítio oficial do Supremo Tribunal Federal. Primeiramente, como termo de busca, colocou-se diretamente a expressão ‘reserva do possível’, a qual permitiu alcançar o resultado de 135 jurisprudências.

No entanto, em análise preliminar verificou-se que muitas das decisões encontradas não tinham qualquer relação com o objeto da pesquisa. Isto porque o termo utilizado não filtrou a expressão de forma conjunta, apresentando todas as decisões que envolviam tais palavras. Assim, utilizou-se o método de adjacência para a pesquisa, que permite reduzir o intervalo entre as palavras que se procura. Colocou-se, então, o termo ‘reserva adj3 possível’, que apresentou um total de 31 decisões.

Vale acrescentar que em análise a tais julgados, onze foram excluídos do presente estudo: seis encontravam-se fora do período temporal determinado, três não tinham relação com direitos

---

<sup>25</sup> Daniel Wei Liang realizou pesquisa semelhante analisando as decisões até o ano de 2007. A partir disso, justifica-se a escolha de iniciar a pesquisa no ano de 2008. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. São Paulo, **Revista direito GV**, p. 539-568, jul./dez. 2008. p. 542.

fundamentais sociais e outros dois apenas estavam como resultado na pesquisa porque no título da bibliografia utilizada nos acórdãos constava o termo “reserva do possível”, porém, sem qualquer relação com o tema no caso concreto. Esta filtragem prévia resultou no universo final de 20 jurisprudências analisadas.<sup>26</sup>

A partir de então, separou-se as ações em grupos a partir dos seguintes questionamentos, que possibilitaram chegar aos resultados descritos adiante: (i) como a “reserva do possível” é utilizada no acórdão? (ii) o direito social é restringido ou concedido? (iii) há mera função retórica no uso do instituto?

### **(a) A reserva do possível e o direito à saúde**

Para analisar o conflito entre o direito social à saúde e o instituto da reserva do possível na esfera do Supremo Tribunal Federal, foram investigados os seguintes acórdãos: Recurso Extraordinário nº 581488 (repercussão geral), Recurso Extraordinário nº 796347, Agravo em Recurso Extraordinário nº 745745, Agravo em Recurso Extraordinário nº 727864, Recurso Extraordinário nº 642536, Suspensão de Liminar nº 47, Suspensão de Tutela Antecipada nº 175.

Primeiramente, merece destaque o RE nº 581488,<sup>27</sup> pois a questão apreciada pelo STF teve repercussão geral reconhecida, com o tema de nº 579. Tal caso abordou o direito de acesso de paciente à internação pelo Sistema Único de Saúde (SUS) com a possibilidade

---

<sup>26</sup> As 20 decisões estudadas foram as seguintes: Recurso Extraordinário nº 581488, Recurso Extraordinário nº 796347, Agravo em Recurso Extraordinário nº 745745, Agravo em Recurso Extraordinário nº 727864, Recurso Extraordinário nº 642536, Suspensão de Liminar nº 47, Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, Agravo em Recurso Extraordinário nº 875333, Agravo em Recurso Extraordinário nº 860979, Agravo em Recurso Extraordinário nº 639337, Recurso Extraordinário nº 581352, Agravo em Recurso Extraordinário 855762, Agravo de Instrumento nº 598212, Recurso Extraordinário nº 763667, Recurso Extraordinário nº 567985, Agravo em Recurso Extraordinário nº 855476, Recurso Extraordinário nº 580252, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, Recurso Extraordinário nº 592581 e Suspensão de Tutela Antecipada nº 223.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 581488**, Min. Relator Dias Toffoli, Brasília, DF. Julgamento: 03/12/2015

de melhoria dos tipos de acomodação recebida e de atendimento por médico específico de sua confiança, responsabilizando o próprio paciente pelo pagamento da diferença correspondente.

Neste caso o STF não reconheceu o referido direito, pois entendeu que o Estado se caracterizaria como auxiliar de um internamento privado, descaracterizando o objetivo do SUS. No entanto, ao tocar na questão pertinente à reserva do possível, o acórdão faz mera explanação superficial, sem usar tal instituto como fundamento para a decisão.<sup>28</sup>

Observa-se também o mero caráter retórico na Suspensão de Liminar nº 47 e na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. A primeira trata da obrigação solidária do Estado de Pernambuco para com o município de Petrolina em acatar a liminar que exigia que ambos os entes cumprissem com determinações para melhoria de condições de hospital, e a segunda trata da determinação em liminar para a União conceder o medicamento “Zavesca” a paciente atendido pelo SUS.

Em ambos os casos prevaleceu a obrigação de garantir o direito à saúde, mantendo a responsabilidade do Estado de Pernambuco e a obrigação no pagamento do medicamento. No entanto, o uso retórico do instituto da reserva do possível se observou com a mera construção doutrinária do Ministro relator em ambos os casos. Tendo em vista que o foco não era propriamente os limites orçamentários do Poder Público – não demonstrados em nenhum dos autos – não fez parte da fundamentação principal a “reserva do possível”.

Ainda, utilizando igualmente de forma explicativa a reserva do possível, o RE nº 642536 manteve a obrigação do Poder Executivo em acatar as exigências determinadas pelo Poder Judiciário para a melhoria do sistema público de saúde. Ainda que

---

<sup>28</sup> A “reserva do possível” foi citada apenas no voto do Ministro Teori Zavascki, que afirmou que, em decorrência dela e do princípio democrático e da isonomia “não há o dever do Estado de atender a uma prestação individual se não for viável o seu atendimento em condições de igualdade para todos os demais indivíduos na mesma situação”.

novamente se tenha uso retórico, uma questão importante é ressaltada, referente à separação de poderes e à reserva do possível. O Poder Público em questão (Estado do Amapá) alegou violação ao princípio da separação dos poderes, argumentando que não pode o Poder Judiciário julgar a capacidade financeira do Estado para efetivar a melhoria no sistema de saúde. O STF negou tal argumento, pois entendeu que não há qualquer inovação por parte do Judiciário que caracterize a pretendida violação. Jorge Reis Novais partilha deste entendimento, ao afirmar que o juiz pode determinar o fornecimento da prestação material sem infração do princípio da separação de poderes e sem usurpar as competências de definição e escolha orçamentais.<sup>29</sup>

Assim, julgou o STF por manter a prioridade do direito social da saúde, sem reconhecer violação à reserva do possível ou ao princípio da separação dos poderes.<sup>30</sup>

Por outro lado, em análise aos julgados RE nº 796347, ARE nº 745745, ARE nº 727864, foi possível constatar uma melhor fundamentação do instituto da reserva do possível. Quanto aos dois primeiros – referentes à apresentação de projeto e realização de

---

<sup>29</sup> “Uma vez que compete constitucionalmente ao poder político democraticamente legitimado definir prioridades e fazer escolhas no domínio da afectação dos recursos disponíveis – isto é, concretizar a reserva que afecta os direitos sociais –, então ao juiz só é reconhecida a última palavra se ele puder apurar, sem infração do princípio da separação de poderes, portanto, sem usurpar as competências de definição e escolha orçamentais, que, apesar da reserva do possível que afecta os direitos sociais, o poder político ou a administração poderiam e deveriam fornecer a prestação social convertida sob pena de violação do direito social, seja por força da irrelevância da questão financeira, seja por força da extrema premência e urgência de realização do direito social”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2010. p. 118.

<sup>30</sup> Com relação ao controle judicial de políticas públicas, Caroline Müller Bitencourt pontua que “sempre que se fala em controle de políticas públicas está se tratando de controle normativo ou de controle discricionário, logo, dependendo de quem (ou qual função) pratica o ato, acionará diferentes limites de atuação jurisdicional”. “Em relação ao Administrador, sabe-se que duas serão as formas de atuação, através de atos vinculados - em que a margem de atuação do Poder Judiciário é maior - e atos discricionários - em que a margem de intervenção judicial é menor, mas ainda possível em conformidade com a doutrina e jurisprudência prática, o que se dá através da análise do princípio da proporcionalidade quando na análise do mérito administrativo da conveniência e oportunidade do ato”. BITENCOURT, Caroline Muller. Sobre o possível controle judicial de políticas públicas: um olhar a partir do campo de conformação do legislador e do administrador. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé, v. 2, n. 2, p. 143-166, jul./dic. 2015.

obras para saneamento básico e proteção ao meio ambiente e à manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente, respectivamente – o STF consolidou os julgamentos de que em ambos os casos concretos não se demonstrou afetação financeira para o Poder Público e, assim sendo, ficou este obrigado a cumprir com suas obrigações constitucionais quando a ausência da prestação das demandas puder causar nulificação ou até aniquilação de direitos constitucionais fundamentais, rebatendo propriamente os argumentos dos recursos não providos.

Com relação ao ARE nº 727864, percebeu-se que a inaplicabilidade da reserva do possível foi fundamentada com base no mínimo existencial. Observa-se, tanto neste julgado como nos próximos, que quando se discute um direito que afete a noção de mínimo existencial, não é possível invocar como argumento a “reserva do possível”. Em abordagem sumária, parte da doutrina entende que o mínimo existencial se encontra na essência dos direitos fundamentais, fato tal que impossibilita qualquer omissão estatal.<sup>31</sup>

Portanto, nos sete casos analisados referentes ao direito à saúde, tem-se que em apenas um (repercussão geral no RE nº 581488) houve restrição ao direito social. Ainda, observou-se o uso retórico do instituto da reserva do possível em quatro dos acórdãos.

---

<sup>31</sup> Neste sentido, “há que enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna no sentido de uma vida saudável – tem sido identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. [...] em matéria de tutela do mínimo existencial há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por s só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos”. SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 25-41.

### **(b) A reserva do possível e o direito à educação**

Em referência à matéria do direito social à educação, foram analisados os seguintes acórdãos: Agravo em Recurso Extraordinário nº 875333, Agravo em Recurso Extraordinário nº 860979 e Agravo em Recurso Extraordinário nº 639337.

Os dois primeiros casos tratam, em suma, da obrigação do Estado no fornecimento de educação especial para pessoas com deficiência, possuindo o dever, por exemplo, de garantir professores especializados em Libras. Quanto a estes acórdãos, foi possível verificar que houve novamente o uso retórico da teoria da reserva do possível.<sup>32</sup>

No primeiro caso, o foco principal é essencialmente a violação do princípio da separação dos poderes – não reconhecido sob o fundamento já apresentado no RE nº 642536, acima – apresentando ilustrativamente que não caberia a alegação de reserva do possível.<sup>33</sup> Igualmente no segundo caso, a reserva do possível serviu apenas para demonstrar que conforme precedentes do STF ela não poderia ser alegada, vez que se estava diante de políticas públicas constitucionalmente exigidas.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 875333**, Min. Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF. Julgamento: 28/04/2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 860979**, Min. Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF. Julgamento: 14/04/2015.

<sup>33</sup> O relator, Ministro Gilmar Mendes, afirmou que “ademais, observo que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte que se firmou em que não viola o princípio da separação dos poderes quando o Judiciário, em situações excepcionais, determina que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente garantidos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 875333**, Min. Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF. Julgamento: 28/04/2015.

<sup>34</sup> O relator, Ministro Gilmar Mendes, afirmou que “conforme já posto na decisão agravada, constato que o acórdão recorrido não diverge da jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o óbice imposto pelo princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante de inadimplemento do Estado em políticas públicas constitucionalmente previstas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 860979**, Min. Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF. Julgamento: 14/04/2015.

Já o ARE nº 639337 trata do dever do município de São Paulo em matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais. Neste caso, da mesma forma, a jurisprudência apresenta de forma superficial a questão da reserva do possível, vez que o argumento utilizado pelo Estado de São Paulo para eximir-se da obrigação fundava-se novamente em torno da “violação da separação de poderes” e da possibilidade de o Poder Judiciário formular e implementar políticas públicas.<sup>35</sup>

Logo, conclui-se que nos três casos estudados quanto ao direito à educação o STF utilizou a teoria da reserva do possível apenas como um adorno à fundamentação principal.

### ***(c) A reserva do possível e a proteção à maternidade e à infância***

Quanto ao direito social à proteção à maternidade e à infância, apenas um julgado foi encontrado nos limites propostos para a pesquisa: o Recurso Extraordinário nº 581352.

Neste recurso, novamente não foi observada a teoria da reserva do possível para o caso concreto. A reclamação, em síntese, dizia respeito ao dever do Estado na ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. O STF fundamentou tal decisão com o argumento da obrigatoriedade de garantia do mínimo existencial e na possibilidade do controle exercido pelo Poder Judiciário para garantir a efetivação da norma constitucional.<sup>36</sup>

Assim, no único caso referente a este direito social, ainda que mantida a obrigação do ente público para com as gestantes em

---

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 639337**, Min. Relator Celso de Mello, Brasília, DF. Julgamento: 23/08/2011.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 581352**, Min. Relator Celso de Mello, Brasília, DF. Julgamento: 29/10/2013.

maternidades estaduais, não houve aprofundamento quanto à teoria da reserva do possível.

#### ***(d) A reserva do possível e o direito à moradia***

No que concerne ao direito à moradia, igualmente verificou-se no universo de julgados analisados apenas um acórdão nesta seara: Agravo em Recurso Extraordinário nº 855762.

O caso originário reflete, em síntese, o dever do Estado em garantir o direito à moradia na hipótese em que houve interdição residencial por parte da defesa civil. Para o relator do acórdão, a reserva do possível não pode ser alegada porque *trata-se de injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao Estado*, vez que este estava obrigado a cumprir com as determinações da Constituição e com o termo de compromisso colocado no caso concreto. A questão da separação de poderes novamente foi alegada como fundamento principal pelo município agravante.<sup>37</sup>

#### ***(e) A reserva do possível e o direito à assistência aos desamparados***

No tocante a este direito fundamental social, três foram os julgados analisados: Agravo de Instrumento nº 598212, Recurso Extraordinário nº 763667 e Recurso Extraordinário nº 567985.

Quanto aos dois primeiros – intervenção judicial para possibilitar a garantia de assistência jurídica gratuita a desamparados e a garantia do atendimento integral por parte da defensoria pública, respectivamente – a reserva do possível foi

---

<sup>37</sup> Para o Ministro Gilmar Mendes, “acerca da teoria da reserva do possível, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal entende inaplicável por injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao Estado. Nesse sentido, a intervenção judicial torna-se possível, pois não se trata de inovação na ordem jurídica, mas apenas determinação de que o Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 855762**, Min. Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF. Julgamento: 19/05/2015.



rebatida, outra vez, como simples incremento ao texto do acórdão, pois o fundamento principal alegado pelo Estado consubstanciava-se na impossibilidade de determinações por parte do Poder Judiciário, sob a alegação do princípio da separação dos poderes. De igual forma, o argumento não foi aceito pelo STF.<sup>38</sup>

O RE nº 567985, por outro lado, apresentou uma construção argumentativa mais elaborada no que diz respeito à reserva do possível. Objetivando manter o benefício de um salário mínimo ao mês às pessoas com deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios para prover sua própria subsistência, o acórdão alegou a inaplicabilidade da reserva do possível sob três fundamentos: o benefício traz exigências específicas para que seja permitida sua concessão; a questão tem caráter excepcional, não justificando a violação do direito social com base em limites orçamentários; e tais limites não configuram caráter absoluto, vez que os direitos sociais devem ser percebidos como aqueles com maior demanda financeira.<sup>39</sup>

### ***(f) A reserva do possível e o direito à segurança***

Por fim, no que diz respeito às demandas no âmbito da segurança e mais propriamente à segurança pública como um todo, as seguintes decisões foram analisadas: Agravo em Recurso Extraordinário nº 855476 (com repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 580252), Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental nº 347, Recurso Extraordinário nº 592581 (repercussão geral), Suspensão de Tutela Antecipada nº 223.

Dentro deste direito, a STA nº 223 demonstrou ser a única em que não houve uma elaboração argumentativa suficiente quanto à

---

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 598212**, Min. Relator Celso de Mello, Brasília, DF. Julgamento: 25/03/2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 763667**, Min. Relator Celso de Mello, Brasília, DF. Julgamento: 19/05/2015.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 567985**, Min. Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF. Julgamento: 18/04/2013.

reserva do possível. No caso em questão, referente à omissão estatal na obrigação de oferecer à população local níveis eficientes e adequados de segurança pública, manteve-se tal exigência do Estado apenas com base nas obrigações constitucionais e na menção ao mínimo existencial, sem necessariamente conter uma explicação. Este exemplo corrobora o entendimento do STF, que acredita que o mínimo existencial nunca se submete à escusa da reserva do possível.

Quanto aos demais julgados, merece destaque também o ARE nº 855476 que, tendo sido identificada a repercussão geral, teve seu procedimento determinado conforme o RE nº 580252. O tema 365 da repercussão geral, julgada por decisão monocrática neste recurso e que serviu de base para o ARE nº 855476, diz respeito à possibilidade de indenização por danos morais oriundos da superlotação carcerária.<sup>40</sup>

A discussão objetiva contrapor a viabilidade da aplicação da reserva do possível em oposição à dignidade humana pleiteada por aquele que pretende ser indenizado. O tema foi julgado em Sessão Virtual de 8.12.2017 a 15.12.2017, e para o STF, “considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”.<sup>41</sup>

Ainda dentro desta temática, a ADPF nº 347 foi proposta tendo por base a tese de que no sistema prisional pátrio muitos dos direitos fundamentais dos encarcerados são constantemente violados. Dentre os vários pedidos pleiteados pelas partes

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 855476**, Min. Dias Toffoli, Brasília, DF. Julgamento: 16/02/2016.

<sup>41</sup> Inteiro teor disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

requerentes, tem relação com a reserva do possível aquele referente ao pedido de liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional para a melhoria da situação carcerária do país. Neste sentido, ainda que de forma não muito aprofundada, o STF decidiu pela procedência do afastando do princípio da reserva do possível, sob o argumento de que a União deve efetivar os fins pelos quais o referido fundo foi criado. Ainda, o Supremo verticaliza a noção de mínimo existencial para o caso concreto, reconhecendo a violação dos direitos fundamentais dos encarcerados.<sup>42</sup>

Por fim, no que concerne ao RE nº 592581, houve também reconhecimento de repercussão geral (tema 220). O caso tratou de execução de obras na casa do albergado de Uruguaiana. A decisão do tribunal *a quo* foi reformada, pois esta entendia cabível a teoria da reserva do possível. O STF, em análise ao caso concreto, reconheceu que obras emergenciais em estabelecimentos prisionais devem ser feitas para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, sendo incabível a alegação da reserva do possível.<sup>43</sup>

Portanto, em matéria de direitos sociais de segurança, observa-se que apenas em um dos cinco julgados houve uso insuficiente da teoria da reserva do possível, ainda que em dois dos casos penda repercussão geral.

#### **4. Considerações finais: apresentação dos resultados**

A partir da pesquisa realizada, os resultados passam a ser apresentados tomando como base a quantidade total de acórdãos estudados, as características referentes ao modo como o instituto da “reserva do possível” foi utilizada, a concessão ou restrição dos

---

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental nº 347**. Min. Relator Marco Aurélio, Brasília, DF. Julgamento: 09/09/2015.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592581**, Min. Relator Ricardo Lewandowski, Brasília, DF. Julgamento: 13/08/2015.

direitos sociais pleiteados e em que quantidade cada direito social teve recorrência nos julgamentos do STF.

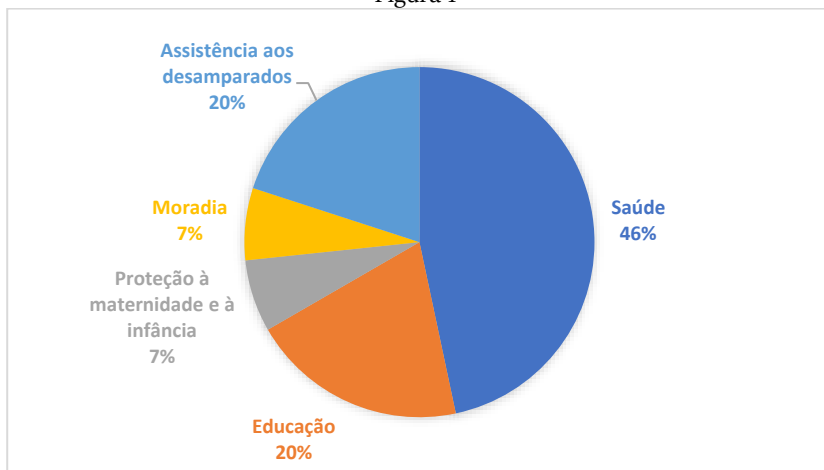
a) *Proporção entre os direitos sociais analisados e o universo estudado*

Tabela 1

Direito social	Julgados
Saúde	7
Educação	3
Proteção à maternidade e à infância	1
Moradia	1
Assistência aos desamparados	3
Segurança	5
<b>Total</b>	<b>20</b>

Fonte: confecção própria.

Figura 1



Fonte: confecção própria.

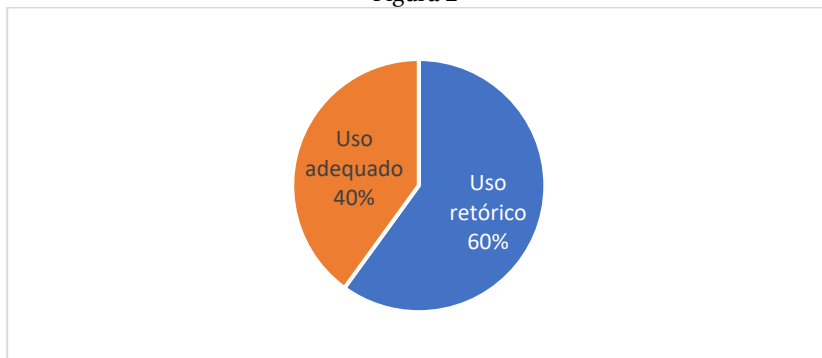
b) *Quantidade de jurisprudências em que se verificou o uso retórico da reserva do possível e em que houve uma fundamentação adequada*

Tabela 2

Direito social	Uso retórico	Uso adequado
Saúde	4	3
Educação	3	0
Proteção à maternidade e à infância	1	0
Moradia	1	0
Assistência aos desamparados	2	1
Segurança	1	4
<b>Total</b>	<b>12</b>	<b>8</b>

Fonte: confecção própria.

Figura 2



Fonte: confecção própria.

*c) Proporção conforme a restrição ou não dos direitos sociais*

Tabela 3

Julgados em que os direitos foram mantidos ou concedidos:	19
Julgados em que os direitos foram restringidos:	1

Fonte: confecção própria.

Figura 3



Fonte: confecção própria.

A partir disso, observa-se que alguns direitos – como o direito à saúde, educação, ou questões relacionadas à segurança pública – são objeto de um entendimento mais concreto dos ministros, enquanto que outros ainda apresentam construções mais básicas. É decorrência disto, também, que muitos julgados utilizam a “reserva do possível” com mera função retórica, sem relevante funcionalidade para seus embasamentos.

Em síntese, os resultados obtidos podem ser traduzidos com os seguintes dados: a) a reserva do possível é utilizada predominantemente na área de saúde; b) em 60% dos casos analisados houve uma mera função retórica do instituto da “reserva do possível”; c) em apenas 1 do total de 20 jurisprudências analisadas a reserva do possível foi utilizada para fundamentar uma restrição a um direito fundamental social. Nos demais julgados, os direitos foram mantidos ou concedidos. Conclui-se, portanto, que não há uma compreensão correta da teoria da reserva do possível pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa senda, o trabalho exegético diante da norma constitucional e o dever da argumentação lógica e

objetiva caracterizam aquilo a que se pretende o trabalho da Suprema Corte

Uma segunda conclusão obtida corresponde ao reconhecimento, por parte do STF, de que o Poder Judiciário tem plena competência para exigir do Poder Público o cumprimento de algumas obrigações determinadas pela Constituição. Isto é, a Suprema Corte considera que o Poder Judiciário pode impelir ao Poder Público, interferindo em sua esfera de autonomia, para que cumpra com as obrigações dispostas na Constituição Federal.

Ainda, o STF considera que para que a reserva do possível seja corretamente alegada, é necessário se verificar a impossibilidade financeira do Estado para a prestação das normas de direitos sociais. Desse modo, para que a incapacidade financeira do Estado justifique a ausência de efetivação dos direitos sociais é necessária comprovação efetiva desta situação. Assim, há que se levar em conta uma ponderação entre aquilo que é demandado pela Constituição e aquilo que se apresenta possível com base nos limites financeiros do Estado.

## 5. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde. **A&C- Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 137-160, out./dez. 2011.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BITENCOURT, Caroline Müller. Sobre o possível controle judicial de políticas públicas: um olhar a partir do campo de conformação do legislador e do administrador. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé, v. 2, n. 2, p. 143-166, jul./dic. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 598212**, Min. Relator Celso de Mello, Brasília, DF. Julgamento: 25/03/2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 745745**, Min. Relator Celso de Mello, Brasília, DF. Julgamento: 02/12/2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 727864**, Min. Relator Celso de Mello, Brasília, DF. Julgamento: 04/11/2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 875333**, Min. Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF. Julgamento: 28/04/2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 860979**, Min. Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF. Julgamento: 14/04/2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 639337**, Min. Relator Celso de Mello, Brasília, DF. Julgamento: 23/08/2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 855762**, Min. Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF. Julgamento: 19/05/2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 855476**, Min. Dias Toffoli, Brasília, DF. Julgamento: 16/02/2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**, Min. Relator Marco Aurélio, Brasília, DF. Julgamento: 09/09/2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Petição nº 1.246**, Min. Relator Celso de Mello, Brasília, DF. Julgamento: 31/01/1997.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 567985**, Min. Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF. Julgamento: 18/04/2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 580252**, Min. Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF. Julgamento: 17/02/2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 581352**, Min. Relator Celso de Mello, Brasília, DF. Julgamento: 29/10/2013.



\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 581488**, Min. Relator Dias Toffoli, Brasília, DF. Julgamento: 03/12/2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 592581**, Min. Relator Ricardo Lewandowski, Brasília, DF. Julgamento: 13/08/2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 642536**, Min. Relator Luiz Fux, Brasília, DF. Julgamento: 05/02/2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 763667**, Min. Relator Celso de Mello, Brasília, DF. Julgamento: 19/05/2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 796347**, Min. Relator Celso de Mello, Brasília, DF. Julgamento: 24/03/2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Suspensão de Liminar nº 47**, Min. Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF. Julgamento: 17/03/2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**, Min. Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF. Julgamento: 17/03/2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 223**, Min. Relator Celso de Mello, Brasília, DF. Julgamento: 14/04/2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GLOECKNER, Joseane Ledebrium. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. **A&C- Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 233-250, jan./mar. 2013.

GROSMAN, Lucas. **Escasez e igualdad**: los derechos sociales en la Constitución. Buenos Aires: Libreria, 2008.

HOLMES, Stephens; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2010.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito administrativo e suas transformações atuais: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: Íthala, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Editora livraria do Advogado, 2012.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**, vol. 5: O Orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 227-258, jan./abr. 2017.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. São Paulo, **Revista direito GV**, p. 539-568, jul./dez. 2008.



# Óbices à efetivação dos direitos sociais: a reserva do possível sob a luz do Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região

*Pedro Henrique Machado da Luz*<sup>1</sup>

*Diego Gonçalves Zulato*<sup>2</sup>

**Sumário:** **1.** Introdução. **2.** O argumento da reserva do possível como barreira à prestação de direitos sociais. **2.1.** Argumentos satélites à reserva do possível; **3.** Análise de decisões do Tribunal Regional da 4<sup>a</sup> Região. **3.1.** Metodologia utilizada. **4.** Resultado da análise de acórdãos versando sobre tutela individual. **4.1.** Resultados da análise de acórdãos versando sobre tutela coletiva. **5.** Conclusão. **6.** Referências.

## **1. Introdução**

A dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos máximos da nossa Constituição, representa bem a confluência de valores modernos na garantia de liberdades individuais com valores sociais que demandam um papel ativo do Estado na edificação de condições materiais de desenvolvimento do cidadão. A harmonização entre os valores defendidos pela nossa Constituição é um desafio homérico que enseja uma série de conflitos em nossos

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela ABDConst - Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pesquisador do GEDAI (Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial). E-mail: pedrohmluz@gmail.com

<sup>2</sup> Especialista em Direito Contemporâneo pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE-PR). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: diegogzulato@hotmail.com

tribunais e parlamentos e é nesse contexto que se insere o objeto de estudo deste trabalho.

Como é da natureza do nosso sistema jurídico, calcado por princípios e regras jurídicas, sempre haverá um choque interno de valores constitucionais e que podem acabar relativizando a implementação de direitos sociais elencados pela Constituição Federal. Um dos argumentos que se insere nessa relativização da eficácia aos direitos sociais é a cláusula da reserva do possível, a qual abarca diferentes teorias restritivas aos direitos sociais, nomeadamente o princípio da separação dos poderes e o “princípio” da ponderação, os quais serão analisados em maior profundidade neste trabalho.

Historicamente sempre fora papel do executivo a gestão e implementação da administração orçamentária para a oferta estatal de serviços sociais garantidores de uma vida digna aos cidadãos brasileiros. No entanto, com a constitucionalização dos direitos sociais e a frequente inércia estatal em seu papel de concretizador desses direitos, o poder Judiciário observou uma lacuna que precisa ser preenchida. Surge, portanto, a discussão do papel do direito e do poder Judiciário na implementação individual ou coletiva dos direitos sociais. Como conciliar a competência política dos agentes da Administração Pública com a competência jurisdicional do poder Judiciário se tornou um tópico de grande interesse para a doutrina e a jurisprudência.

Buscamos, através deste trabalho, analisar nos planos teórico e material quais as dificuldades que se encontram no caminho da implementação efetiva dos direitos sociais, os argumentos que visam a sua relativização, assim como almejamos, através de uma pesquisa estatística, conhecer em maiores detalhes como está se concretizando a tutela dos direitos sociais especificamente no Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região.

## 2. O argumento da reserva do possível como barreira à prestação de direitos sociais

Um dos argumentos frequentemente abordados em sede jurisdicional quando no cerne do objeto jurídico da ação está a tutela de direitos sociais, a reserva do possível traz um gama de conteúdos plural e ainda não bem delimitados pelas cortes nacionais. A teoria da reserva do possível nasce na doutrina internacional a partir de uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, em especial o célebre caso *numerus clausus* I de 1973.<sup>3</sup>

O objeto de discussão destes julgados era o ingresso de cidadãos alemães à faculdade de medicina em universidades que já se encontravam com o limite no número de vagas preenchido. Esta limitação constituía, segundo os demandantes à época, um óbice aos direitos de livre escolha da profissão e do local de formação, ambos previstos no art. 12 da Lei Fundamental alemã de 1949.<sup>4</sup> Os julgadores, entretanto, entenderam que o oferecimento de vagas de forma ilimitada, como um direito nato de todo cidadão alemão, não era a forma que garantiria a maior eficiência do dispositivo constitucional. Como bem sintetizou Ana Carolina Lopes Olsen: “exigir mais, para o fim de satisfação individual de cada cidadão, obrigando o Estado a negligenciar outros programas sociais, ou mesmo comprometer suas políticas públicas, não se mostrava razoável”.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Cf. BVerfGE 33, 303 (333). O inteiro teor desta decisão pode ser encontrado em seu idioma original no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bvo33303.html>> visitado no dia 21/08/2014. É possível ainda encontrar trechos importantes da decisão traduzidos para o português na obra de OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 215-218.

<sup>4</sup>O conteúdo deste diploma jurídico pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2016.

<sup>5</sup>OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 219.

A decisão limitou uma interpretação exageradamente extensiva do direito individual à liberdade de escolha da profissão e local de formação em face dos “princípios”<sup>6</sup> da razoabilidade e proporcionalidade, ambos consagrados em sua jurisprudência, além de reforçar o estabelecimento destes limites ao pleno desenvolvimento do modelo de Estado Social, já que a implementação irracional desta política educacional poderia comprometer outras políticas públicas.

Conforme análise de Ana Lucia Pretto Pereira,<sup>7</sup> a decisão da Corte alemã no julgado *numerus clausus* aponta para três ideias relevantes para a compreensão da teoria da reserva do possível. Em primeiro lugar, entendeu-se que da previsão constitucional à livre escolha da profissão não emerge um direito fundamental social subjetivo, ou seja, não implicam um direito aos cidadãos de demandar judicialmente uma vaga na universidade. Por outro lado, denotam, pelo menos, dois outros deveres ao Estado. O primeiro seria o dever de alocar esforços para garantir a gradual estruturação das universidades para suprir a demanda social (perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais),<sup>8</sup> função que o Estado alemão estava cumprindo segundo as análises empíricas da referida decisão. O segundo dever é o de garantir um procedimento de seleção que garanta aos que pleiteiam cursar a universidade uma oportunidade de ingresso ao ensino superior (conexão entre os direitos fundamentais sociais e os direitos ao procedimento).

---

<sup>6</sup>A discussão acerca da categorização da proporcionalidade como regra ou princípio será melhor delineada em capítulo subsequente.

<sup>7</sup>PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A Reserva Do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Curitiba, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 10.

<sup>8</sup>Conforme explica Sarlet: “os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza *jurídico-objetiva* da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 143.



Quando da circulação teórica do conceito de reserva do possível surgido na jurisprudência constitucional alemã para outros países (com realidades político-sociais e estruturas jurídicas distintas), ele sofre uma série de mutações que alteraram sensivelmente o entendimento do que exprime o conteúdo da reserva do possível.<sup>9</sup> Foi o que aconteceu com a internalização de seu conceito na doutrina e jurisprudência nacionais.

Tal fenômeno acarretou em sensíveis mudanças de seu conteúdo, afastando-se em certa medida de sua concepção original oriunda da jurisprudência tedesca. Enquanto nesta a preocupação central girava em torno da proporcionalidade e razoabilidade (aquilo que razoavelmente se pode exigir), no Brasil o foco central passou a ser a questão da disponibilidade de recursos, o custo dos direitos.<sup>10</sup> Neste sentido leciona a professora Ana Paula de Barcellos:

Na ausência de um estudo mais aprofundado, a *reserva do possível* funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas.<sup>11</sup>

Diante deste panorama, de que forma a teoria da reserva do possível deveria ser recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico?

---

<sup>9</sup>Consoante lição de Sgarbossa: “Segundo certa linha da Antropologia Jurídica e do Direito Comparado, o difusionismo desempenha um papel jurígeno relevantíssimo, muito maior do que aquele comparativamente desempenhado pelo evolucionismo, ou seja, pelas criações originais autóctones [...] Com efeito, não é raro que a recepção de direito acarrete mutações jurídicas, compreendidas como a alteração de conteúdo da norma (ou da teoria, em casos como o presente), em detrimento da literalidade do dispositivo (ou da feição originária da teoria, como no caso presente)”. SGARBOSSA, Luis Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. p. 146-147.

<sup>10</sup>OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à reserva do possível**. Curitiba, 2006, 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 235.

<sup>11</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 279.

Alguns autores fornecem uma conceituação propícia. Olsen observa que “parece mais adequado tratar exclusivamente de reserva do possível como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais”.<sup>12</sup> A reserva do possível, como bem averba a autora, há de ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade a exigir o mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica. Este conceito, portanto, corresponde a um dado de realidade encontrado no mundo dos fatos que acaba por influenciar na aplicação do Direito.

A respeito de seu conteúdo intrínseco, Ingo Sarlet dissecou o conceito de reserva do possível a partir de uma dimensão tríplice a qual abrange:

a) a efetiva **disponibilidade fática** dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;

b) a **disponibilidade jurídica** dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo;

c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da **proporcionalidade** da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.<sup>13</sup> (grifo nosso).

---

<sup>12</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à reserva do possível**. Curitiba, 2006, 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 200.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 288.

Todos estes aspectos referidos por Sarlet, como bem expressa o autor, estão diretamente relacionados entre si e com outros princípios constitucionais na medida em que devem fazer parte de um equacionamento geral imbuído do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais e possam servir não como barreira insuperável, mas como também uma ferramenta que sirva a garantir a efetividade de direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais de cunho prestacional.

Tendo em mente estas colocações, fica claro que a aplicação da reserva do possível deve ser tomada com muita cautela, atingindo um equilíbrio de difícil persecução e que deve ser sopesado quando de sua aplicação no caso concreto. De um lado não pode ser manuseado como um instrumento que desfigure a efetividade dos direitos sociais, já de outro pode ser invocado para se evitar a concessão de prestações desarrazoadas e desproporcionais, principalmente em tutelas individuais, que podem prejudicar o esforço global de implementação equilibrada de prestações estatais à sociedade.

## **2.1. Argumentos satélites à reserva do possível**

Na prática jurisdicional, o argumento da reserva do possível é frequentemente utilizado em conjunto com algumas outras teorias restritivas de direitos sociais, nomeadamente os princípios da separação de poderes e o “princípio” da proporcionalidade.

O princípio da separação de poderes foi um dos pilares das revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX na Europa e América do Norte, construído como uma forma de evitar a concentração de poderes nas mãos de um déspota e como um limitador às ameaças de abuso do Poder Público. Em sua formulação original, representada por Montesquieu em sua obra *l'Esprit des Lois*<sup>14</sup> a

---

<sup>14</sup> Há versão em língua portuguesa editada no Brasil pela editora Martins Fontes. MONTESQUIEU. O espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

preocupação maior era o de se estabelecer atribuições exclusivas para cada poder, tendo cada um uma função específica, e a garantia de sua independência frente os demais poderes.

No entanto, contextualizando este princípio à realidade contemporânea, a Constituição pátria estabelece que a divisão dos poderes estipula não só a independência dos mesmos mas também a harmonia entre si, algo que exige uma ténue, porém primordial interdependência entre as três esferas do poder. Diversos autores tratam da questão a partir de um sistema de controle recíproco de interdependência baseado em esquemas de responsabilidade e de controle entre os poderes baseado na doutrina do *checks and balances*.

Mauro Cappelletti, a respeito desta teoria, explica que “apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo forte com um executivo forte e um judiciário forte”.<sup>15</sup> O segredo do inegável sucesso do sistema democrático norte americano pode ser encontrado justamente neste equilíbrio sustentado por um sistema de controle recíproco entre os poderes.

Contextualizando a questão para a efetividade dos direitos sociais, o conflito entre o poder judiciário e os outros poderes pode surgir, por exemplo, de sentença judicial garantidora de prestação material estatal para a efetividade de um direito fundamental. É natural que desta decisão surja a necessidade de alocação de recursos públicos e é este o ponto de contenda entre os poderes, saber se o judiciário tem a competência e legitimidade para se imiscuir em atribuição precípua dos poderes legislativo e executivo que é a gestão orçamentária.

A priori, cabe ao poder legislativo arbitrar sobre a alocação desses recursos para a efetivação de direitos fundamentais. O exercício desta alocação ocorre precipuamente através dos planos

---

<sup>15</sup>CAPPELLETTI, Mauro. “Juízes Legisladores?”. In: SGARBOSSA, Luis Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. p. 225.

orçamentários (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual), normas jurídicas de iniciativa legislativa do Poder Executivo.<sup>16</sup>

O arbítrio a respeito da definição de prioridades na implementação de direitos fundamentais tem caráter político e não jurídico. Trata-se de decisões de conveniência, não de princípio, mas de oportunidade. Por isso é que deveriam ficar a cargo dos poderes que prestam contas às maiorias, ou seja, o executivo e o legislativo. Isto não significa, entretanto, que o poder judiciário deve ficar inerte quando há abusos ou omissões na forma como os recursos forem manejados pelos agentes competentes.

Como explicou Barcellos, a Constituição Federal forneceu ferramentas normativas que permitem ao judiciário a correção de vícios, sejam eles omissivos ou comissivos, legitimando a abertura de um espaço através do qual se torna possível a intervenção judicial na esfera deliberativa da política nacional.<sup>17</sup> É claro que, quando o judiciário se imiscui na divisão do bolo orçamentário, algumas perturbações e desigualdades podem surgir, especialmente porque o foco primordial da atuação jurisdicional é a resolução da lide, deixando os magistrados, por muitas vezes, de levar em conta as repercussões globais de suas decisões.

Em breves palavras, podemos concluir que o princípio da separação de poderes é um elemento que recorrentemente é trazido quando se está em discussão a determinação de fornecimento de prestações materiais pelo poder judiciário. A gestão dos recursos públicos é a base de toda a Administração Pública e atribuição precípua dos poderes legislativo e executivo. Isto não furta ao

---

<sup>16</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 165: Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais.

<sup>17</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org.]. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.104-105.

judiciário o dever de fiscalização e correção de vícios que possam emergir em sua planificação e execução. A intervenção judicial, entretanto, sempre deve ter em mente a harmonia entre os poderes e que somente quando há um equilíbrio entre eles é que se poderá maximizar a efetividade dos direitos fundamentais.

Já no que toca à proporcionalidade, o primeiro apontamento a se fazer é o de que, segundo a consagrada concepção doutrinária trazida por Alexy<sup>18</sup>, ela se trata de uma norma jurídica utilizada principalmente na hipótese de ocorrência de restrição a um direito fundamental<sup>19</sup>. A título exemplificativo, menciona-se uma política pública que venha a contingenciar o orçamento da saúde e o aplique na educação. Nesse caso, a ação estatal deverá passar pelo crivo da proporcionalidade, erigido através de uma sistemática própria e necessária e, quando sucumbir, deverá ser declarada nula sem a produção de efeitos (*ex nunc*).

Uma confusão comum na doutrina, trazida por Humberto Ávila<sup>20</sup>, é a referente à dificuldade em agrupar a proporcionalidade como um princípio ou regra. Outra celeuma frequente consiste em considerá-la como sinônimo de razoabilidade<sup>21</sup>. Em verdade, a proporcionalidade é concebida por Alexy estruturalmente na forma

---

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

<sup>19</sup> Restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. A restrição pode ser autorizada expressamente pela Constituição ou por leis ordinárias, como no caso da legítima defesa em que há nítida restrição ao bem vida atinente ao direito fundamental à vida, ou ainda podem ser determinadas indiretamente, como no caso do racionamento de energia promovido pelo Estado. Para mais, ver: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2017. p. 276-384.

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º, 4, 2001.

<sup>21</sup> Esse é o entendimento de BARROSO, para quem “O *princípio* da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norteamericano, onde a matéria foi primeiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255.

de uma regra jurídica<sup>22</sup>, cujo conteúdo implica em comandos definitivos, sempre pautados em três sub-regras de aplicação que servirão a averiguar se a ação foi ou não proporcional – e não comandos *prima facie*, obtidos apenas após a ponderação, marca indelével dos princípios.

Sucintamente, essas sub-regras são a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Vale lembrar que o método impõe sua análise se dê de forma sucessiva e subsidiária.<sup>23</sup> Por *adequação*, entende-se que as medidas tomadas pelo Estado devem atingir ou ao menos fomentar os fins pretendidos<sup>24</sup>. Já a *necessidade* tem sua gênese em uma observação comparativa, por intermédio da verificação se haveria outra ação possível que tivesse a mesma eficácia e fosse menos restritiva a direitos fundamentais<sup>25</sup>. Por fim, e apenas após cotejadas as duas primeiras sub-regras, considera-se o exame da *proporcionalidade*

---

<sup>22</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, 2002. p. 26.

<sup>23</sup> A ordem será sempre (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Caso a medida falhe logo na adequação, as outras duas sub-regras sequer serão consideradas, decretando a medida como desproporcional. Nesse sentido, Carlos Bernal Pulido, atento a operacionalidade da regra de proporcionalidade, realiza uma simulação de como uma Corte Constitucional deveria enfrentar uma lei que esteja sob suspeita de desproporcionalidade. Para resolver tal impasse, o autor cria a seguinte regra argumentativa: “Regla 17. Sobre el proceso sucesivo y escalonado de aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. En primer lugar, el Tribunal Constitucional verifica si la norma legal que interviene en el derecho fundamental es idónea. En caso de no serlo, debe declararla inconstitucional. Si por el contrario, la norma legal supera las exigencias de este primer subprincipio, debe ser sometida al análisis de necesidad y, si sale airosa, finalmente al escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la norma legal no supere las exigencias de estos últimos dos subprincipios también debe ser declarada inconstitucional”. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 693

<sup>24</sup> Trata-se de uma análise objetiva da medida. Por exemplo, cita-se uma lei municipal que autorize agentes de saúde a ingressar na residência das pessoas, mesmo sem seu consentimento, a fim de promover ações de combate à dengue. A fim de avaliar se essa medida adequada, é preciso fazer um cotejo entre a ação tomada (ingresso sem consentimento em residências) e os fins pretendidos (erradicação de uma doença). A pergunta é sempre respondida de forma binominal aqui.

<sup>25</sup> Valendo-se do exemplo anterior, caso a mesma lei municipal estipulasse a possibilidade de ingresso dos agentes de saúde apenas no horário comercial e, na recusa, fosse imposta uma multa, cedejo que a restrição seria muito menor ao direito ao lazer e propriedade, produzindo seus efeitos pretendidos. Para mais: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, 2002. p. 38-39.

*em sentido estrito*. Ela pode ser definida como um verdadeiro sopesamento ou conflito de pesos entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância de realização do direito fundamental colidente<sup>26</sup>. Ou seja, será feita uma análise do peso dos direitos fundamentais em conflito e, a partir disso, decidir-se-á qual deles deverá prevalecer no caso concreto.

Aplicada à temática deste artigo, a regra da proporcionalidade é empregada largamente por juízes como um fundamento de restrição a direitos sociais. Conforme será demonstrado a seguir, através da coleta de dados empíricos, a utilização da aludida regra pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, quando raramente avocada, não respeita os critérios acima propostos, mostrando-se como um mero exercício retórico vazio e desprovido de substrato argumentativo.

### **3. Análise de decisões do Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região**

Neste capítulo, diferentemente do que foi realizado nos anteriores, nos quais foram analisados os aspectos doutrinários da efetivação de direitos sociais pela jurisprudência, serão levantados alguns julgados a fim de se reproduzir dados estatísticos específicos do TRF-4 que possam fomentar ao debate de como vem decidindo o judiciário acerca do tema da efetivação de direitos sociais.

Em primeiro lugar será sucintamente apresentado o método de análise dos acórdãos e explicado os instrumentos estatísticos utilizados. Em seguida serão apresentados os resultados obtidos, segregando-se as análises de acórdãos em ação de tutela coletiva das ações de tutela individual. Para finalizar este capítulo serão

---

<sup>26</sup> Virgílio Afonso da Silva utiliza a terceira sub-regra como sinônimo de sopesamento. Enquanto as duas primeiras sub-regras atentam-se a aspectos fáticos, a terceira é eminentemente jurídica: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, 2002. p. 41.



realizadas algumas comparações que demonstrem peculiaridades em cada espécie de tutela analisada.

### 3.1. Metodologia utilizada

Dada a necessidade de utilização de ferramentas da ciência estatística e a considerável ignorância no manejo destas ferramentas por estes autores, será utilizado um interessante programa desenvolvido pela *Creative Research Systems*<sup>27</sup> a partir do qual irá ser calculado o número de amostras a serem analisadas para se buscar características representativas da população de processos a ser ainda delimitada.

Conforme leciona Eduardo Seino Wiviurka, dois elementos devem ser considerados antes de se iniciar um estudo estatístico. Em primeiro lugar, deve-se definir qual será o intervalo de confiança, o qual consiste na margem de erro dos resultados, constituindo um valor para mais ou para menos sobre o resultado dos dados coletados. Em segundo lugar, deve ser definido o nível de confiança, que representa o percentual de certeza do resultado obtido.<sup>28</sup>

Para a análise deste trabalho, será definido o nível de confiança na casa de 95%, trata-se de uma recomendação do próprio Wiviurka que escreve: “Para a estatística aplicada ao Direito, o nível de confiança em 95% é suficiente, vez que o nível em 99% é usado para pesquisas que demandam grande necessidade de precisão”.<sup>29</sup> Por sua vez, o intervalo de confiança estabelecido é o de 10%, visto que não se busca uma representação exata, mas algumas

---

<sup>27</sup> Disponível em: <<http://www.surveysystem.com/sscalc.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

<sup>28</sup> WIVIURKA, Eduardo Seino. Um método para pesquisa estatística sobre duração dos processos antes e depois da implementação do processo eletrônico no judiciário brasileiro. In: Anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR: **O poder judiciário e a sociedade da informação**. Org. Cesar Antonio Serbena. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 209-210.

<sup>29</sup> WIVIURKA, Eduardo Seino. Um método para pesquisa estatística sobre duração dos processos antes e depois da implementação do processo eletrônico no judiciário brasileiro. In: Anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR: **O poder judiciário e a sociedade da informação**. Org. Cesar Antonio Serbena. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 210.

indicações de como vem decidindo o referido tribunal, não sendo necessário estabelecer um intervalo tão curto.

#### **4. Resultados da análise de acórdãos versando sobre tutela individual**

Utilizando-se do sistema de pesquisa jurisprudencial presente no portal eletrônico do Tribunal Regional da 4ª Região, empregando-se o termo “direitos sociais” e “mínimo existencial”, refinando a pesquisa para buscar decisões do ano de 2016, chega-se ao número de 866 decisões encontradas.

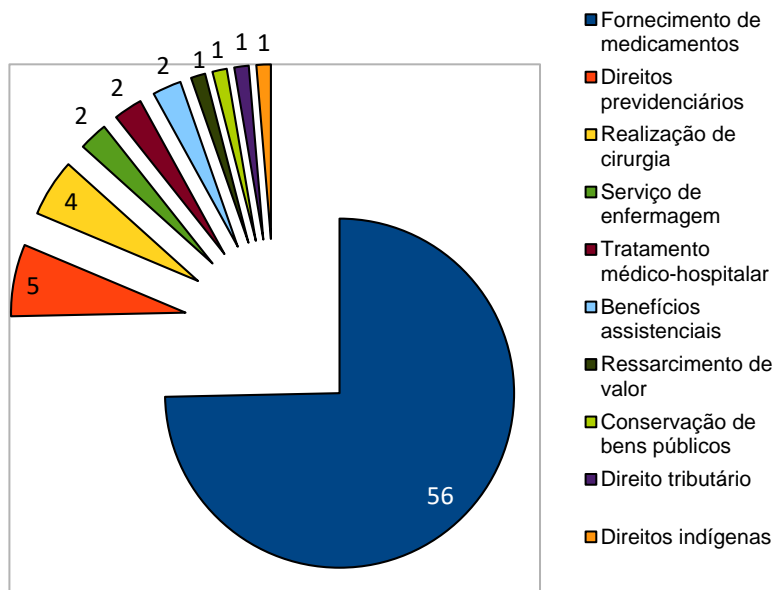
Aplicando-se as instruções acima relatadas e utilizando-se da ferramenta de cálculo referenciada, chega-se à conclusão de que a partir da análise de 75 decisões, as quais constituirão a amostra da pesquisa, é possível se chegar a conclusões atinentes a toda a população de processos dentro de uma margem de erro aceitável. Essas decisões foram coletadas aleatoriamente e foram devidamente referenciadas em apêndice.

Das decisões que compõem a amostra de pesquisa, serão analisados alguns aspectos gerais. Dada a abrangência da tutela dos direitos sociais na jurisprudência, os pontos a serem analisados devem ser genéricos e verificáveis em qualquer decisão que envolva o tema, por isso o foco girará em três pontos de verificação: 1) Matéria abordada; 2) Valor da causa dos processos analisados e 3) Aceitação ou não do pedido.

Após meticulosa pesquisa dos acórdãos que compõem o grupo de amostragem, chegou-se a alguns números interessantes em relação ao primeiro ponto analisado, qual seja a matéria do pedido que fundamenta o processo. Dos 75 acórdãos analisados, 56 versavam sobre a mesma matéria, o requerimento de fornecimento de medicamento não constante da lista do SUS, número absolutamente expressivo que representa 74,6% de toda a amostragem, ou seja, em cada 4 acórdãos verificados, 3 versavam

sobre o fornecimento de medicamentos. O restante das matérias abordadas pode ser visualizado a partir do gráfico a seguir:

Gráfico 1:



Fonte: confecção própria.

A grande predominância de pedidos de fornecimento de medicamentos demonstra a recorrente demanda pelo desenvolvimento de uma política pública de saúde com qualidade. Apesar de o Poder Público oferecer um serviço público e gratuito de saúde através do SUS, os padrões de excelência ainda deixam a desejar, abrindo brechas para que o judiciário interfira em sua execução, cobrindo algumas omissões da Administração Pública.

O segundo aspecto analisado dos acórdãos que compõem a amostragem foi o valor da causa de cada processo. Trata-se de um dado que ajuda a dimensionar o impacto que as decisões judiciais podem oferecer ao orçamento público e ao desenvolvimento de uma política pública de garantia dos direitos sociais.

Os valores variam consideravelmente entre cada processo, o valor mais baixo encontrado foi de apenas R\$1.000,00<sup>30</sup> e o mais alto foi de R\$664.845,00<sup>31</sup>. Entretanto, este processo com o maior valor encontrado foi um dos únicos a ter o pedido do autor negado pelo tribunal. O processo com o maior impacto financeiro em que o autor teve ganho de causa seu valor era de R\$394.012,00.<sup>32</sup> O objeto da demanda era o fornecimento de um medicamento com o nome de ipilimumabe (Yervoy®) cuja finalidade é o tratamento de um melanoma metastático pulmonar. Pelo valor do medicamento e a expectativa da duração deste tratamento, os valores alcançaram a cifra mencionada.

Após o cálculo da média de todos os processos analisados, chegamos ao valor de R\$123.958,89. É uma média relativamente considerável, ainda mais quando se tem em mente que em quase todos os processos a tutela do direito era individual. Número este que não surpreende quando lemos notícias acerca dos gastos judiciais com saúde que, segundo o atual ministro da saúde Ricardo Barros, poderão demandar sete bilhões de reais num único ano.<sup>33</sup>

É claro que estes números demandam uma reflexão e uma discussão acerca do impacto que a judicialização de direitos sociais como a saúde podem causar para o planejamento orçamentário e a execução de políticas públicas. Entretanto, não podem por si só constituir um obstáculo intransponível para a sua tutela judicial e, pelo que pôde ser observado dos acórdãos analisados, os desembargadores vêm entendendo desta maneira e trazendo para si a responsabilidade de preencher as omissões de Poder Público.

---

<sup>30</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão na Remessa Necessária Cível N.º 5010787-72.2015.4.04.7002/PR**. Relator: Fernando Quadros Silva. Publicado no dia 13/10/2016.

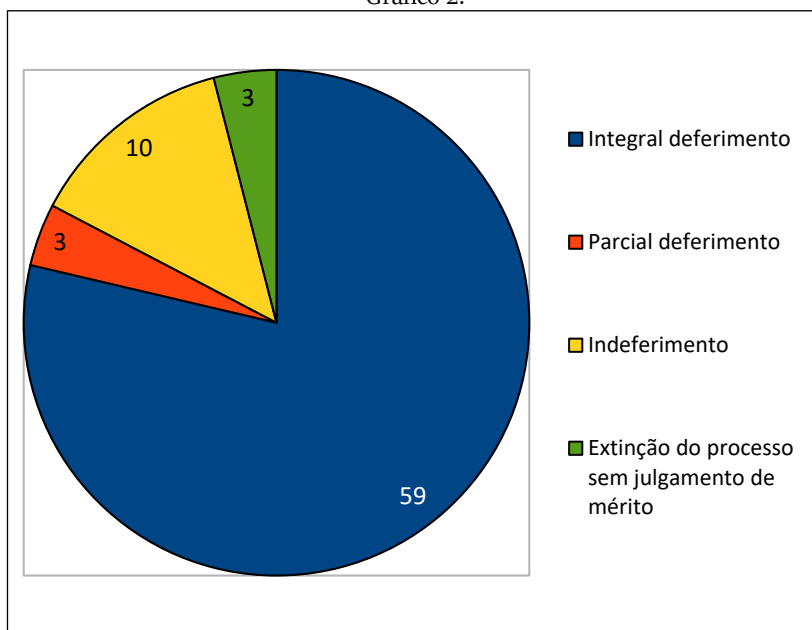
<sup>31</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão na Apelação Cível n.º 5008374-58.2016.4.04.7000/PR**. Relatora: Vivian Josete Pantaleão Caminha. Publicado no dia 10/10/2016.

<sup>32</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão na Apelação/Remessa Necessária N.º 5017333-56.2014.4.04.7204/SC**. Relator: Fernando Quadros Silva. Publicado no dia 24/02/2016.

<sup>33</sup> Notícia retirada do site do jornal “O Estado de São Paulo” que pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,saude-gasta-r-7-bi-com-processos-diz-ministro,1000065584>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

O último aspecto analisado foi o deferimento ou não do pedido de tutela relacionado a direito social. Após averiguação de todos os 75 acórdãos, podemos conferir que em 59 deles (78,66%) o pedido do(s) autor(es) foi deferido em sua integralidade, em 3 (4%) o pedido foi aceito de forma parcial, em 10 acórdãos (13,33%) o pedido foi indeferido e em 3 (4%) houve decisão pela extinção do processo sem julgamento de mérito. De forma visual os dados assim podem ser expostos:

Gráfico 2:



Fonte: confecção própria.

Cabe expor ainda que, pelos dados aqui apurados, o TRF-4 parece ser mais garantista do que os juízes de primeira instância. Em 8 oportunidades os desembargadores entenderam por correto reformar a decisão de primeira instância, que havia negado o pedido do autor, para garantir a tutela do direito pleiteado.

A partir de todos os dados analisados, fica claríssima a percepção de três tendências quando está a se julgar direitos sociais no TRF-4. Em primeiro lugar, a quantidade considerável de pedidos de fornecimento de medicamentos. Em segundo lugar, restou demonstrado que o valor da causa das ações em análise varia consideravelmente, mas ao se tirar uma média geral fica claro que o peso aos cofres públicos é significativo. Por fim, assentou-se a percepção de que a aceitação dos pedidos realizados em tutela individual para a implementação de direitos sociais, em especial o de fornecimentos de medicamentos, está em proporções altíssimas, tendo mais de 75% dos acórdãos analisados deferido o pedido do autor.

#### **4.1 Resultados da análise de acórdãos versando sobre tutela coletiva**

Após trespassar pela detalhada análise dos resultados obtidos em litígios judiciais concernentes a tutelas meramente individuais, a partir de agora far-se-á um estudo, a partir das mesmas premissas metodológicas, de acórdãos cujo objeto são tutelas coletivas. Ressalta-se, de início, que o número total de decisões averiguadas compõe 29 julgados, com nível de confiança na monta de 85%. Há notória dificuldade de filtragem jurisprudencial para ações coletivas, o que por si só justifica a redução no referido percentual.

Em buscas realizadas em momentos diferentes, foram empregados verbetes tais como “ações coletivas” (nomenclatura usual no TRF-4), “tutela coletiva”, “direitos sociais”, “ação civil pública”, “entidades”, entre outros, tudo a fim de compor uma base sólida e que trouxesse resultados consistentes. O lapso temporal delimitado foi remodelado para tratar de decisões proferidas tanto em 2016 quanto em 2017. Justifica-se tal alargamento pela notória dificuldade em localizar decisões cuja tutela se dê coletivamente. As decisões foram selecionadas aleatoriamente e estão dispostas em apêndice.

Não obstante, os três critérios de verificação elencados alhures permanecem na porvindoura análise, quais sejam eles: 1) Matéria abordada; 2) Valor da causa dos processos analisados e 3) Aceitação ou não do pedido. A análise dos dados envolveu a leitura do inteiro teor dos acórdãos, somado muitas vezes, mormente nos casos mais complexos, na pesquisa conjunta das decisões proferida em sede de primeiro grau, tudo a fim de compor um quadro sólido para estudo.

Das 29 decisões analisadas, 16 versavam sobre a concessão de medicamentos, o que representa o percentual de 55,17% do total. O ponto mais peculiar deste dado é o de que, embora se trate de uma tutela coletiva, em que se espera uma multiplicidade de requerentes, na quase totalidade das vezes apenas havia um autor assistido pelo Ministério Público Federal. É que, segundo entendimento do TRF-4, citado em diversos julgados: “O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar medidas judiciais para defender direitos individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada, por se tratar de direito fundamental indisponível. Precedentes do STJ e deste Regional.”<sup>34</sup>

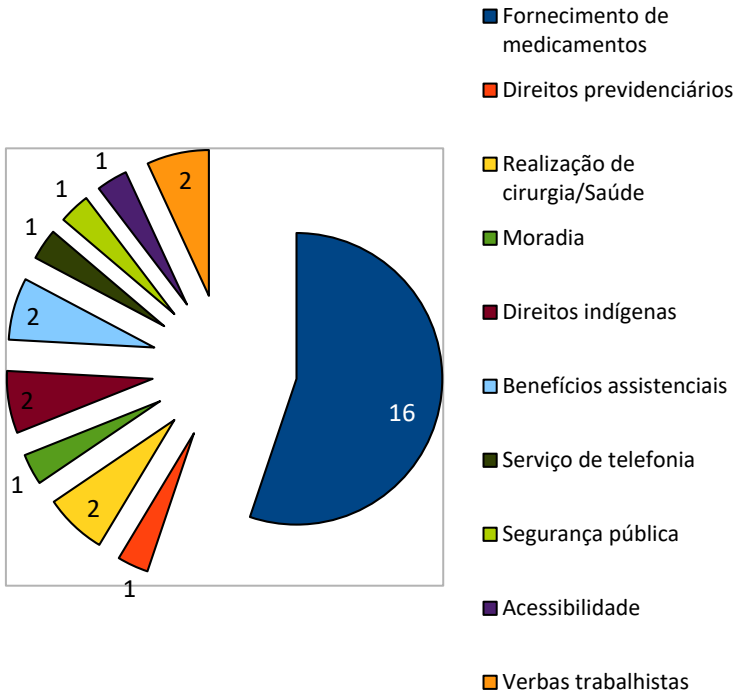
O entendimento alhures está eivado em constitucionalidade duvidosa, para se dizer o mínimo. O efeito prático dessa disposição permite que sujeitos individualizados, geralmente com alto poder aquisitivo, utilizem todo um aparato estatal qualificado de defesa – representado pelo Ministério Público – com o intuito de atingir suas pretensões. O argumento de que a saúde é indisponível deveria ser melhor trabalhado em sede jurisdicional, para evitar que apenas pessoas abastados consigam a melhor tutela, enquanto milhões de outros são sumariamente vitimados em filas de hospitais.

As demais matérias constantes nos julgados podem ser assim dispostas:

---

<sup>34</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível N.º 5042836-41.2016.404.7000/PR**. Relator: Eduardo Gomes Philippsen. Publicado em 19/07/2017.

Gráfico 3:



Fonte: confecção própria

Seguindo o modal adotado no subcapítulo anterior, analisa-se agora os valores referentes às causas estudadas. 10 das 26 decisões tiveram valor de causa igual a zero. Um dos processos coletados, atinente à temática demarcação de terras indígenas<sup>35</sup>, teve o valor de R\$ 500.00,00, tratando-se da maior monta. O litígio com valor

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento N.º 5010191-73-2015.4.04.7201**. Relatora: Vânia Hack de Almeida. Publicado em 30/05/2017.



mais baixo<sup>36</sup> foi na importância de R\$ 825,36, cuja matéria orbitava o tema fornecimento de medicamentos.

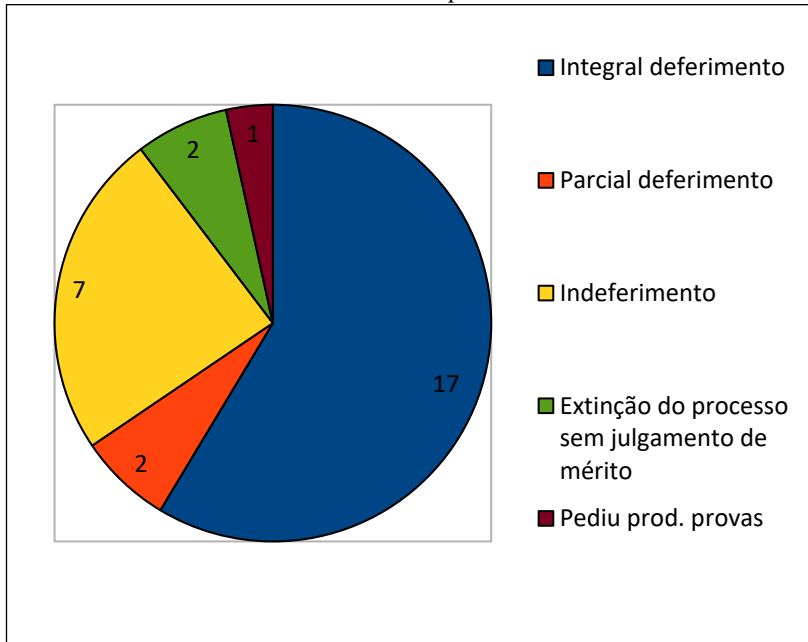
Após promover o cálculo da média dos valores da causa, chegamos a quantia de R\$ 39.543,91. Este dado chama a atenção pois aponta um resultado substancialmente menor comparado com o obtido quando o foco versava apenas as decisões proferidas em tutelas individuais. É de se esperar, por inferência lógica, que tutelas coletivas tenham, na média, valores comparativamente maiores, pois tratam de situações que transcendem meras individualidades. Isso se explica sobretudo pelo que já foi elucidado acima: há um entendimento garantista, porém irrazoável e elitista, que permite ao Ministério Público defender direitos individuais indisponíveis, como é o caso da saúde. Tudo a demonstrar, pois, que as tutelas coletivas não são efetivamente coletivas, rompendo com a lógica de um sistema procedimental próprio e necessário.

Por fim, faz-se necessária uma investigação no tocante ao deferimento ou não do pedido pretendido na inicial. Dos 29 acórdãos, 17 (58,6%) foram julgados procedentes em sua integralidade, 2 (6,9%) tiveram parcial procedência, 7 (24,13%) quedaron improvidos, 2 (6,9%) foram extintos sem resolução de mérito e em 1 (3,45%) deles o tribunal decidiu que careciam elementos probatórios para proferir uma sentença de mérito. Os dados apresentados podem ser visualizados graficamente do seguinte modo:

---

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário N.º 5015675-91.2014.404.7205**. Relatora: Maria Isabel Pezzi Klein. Publicado em 27/01/2016

Gráfico 4:



Fonte: confecção própria.

A partir de um balanço comparativo com as informações colhidas em sede de tutela individual, percebe-se uma leve redução no percentual de julgados integralmente indeferidos, com o conseqüente aumento na monta de pedidos indeferidos. As decisões de 1º grau foram reformadas em 6 oportunidades, o que representa 20,6% do total, mantendo-se a tendência garantista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

As principais conclusões obtidas com a amostragem coletada são: há notória dificuldade em encontrar julgados relacionados exclusivamente com a tutela de direitos coletivos. Tal categoria representa a minoria das lides que vão ao TRF-4; muitas decisões tidas como coletivas, avocadas por ação civil pública pelo Ministério Público Federal – mormente as relacionadas com medicamentos – em verdade tutelam apenas um indivíduo. O argumento apresentado para tanto aponta a legitimidade do órgão ministerial

em proteger direitos individuais indisponíveis; embora as ações sejam “coletivas”, o valor médio das causas foi bastante inferior comparado às tutelas individuais.

## 5. Conclusão

O argumento da reserva do possível é invocado em sede jurisdicional sobretudo quando os direitos sociais compõem o objeto das lides. Desde sua concepção doutrinária na Alemanha, tal instituto sofreu inúmeras transformações, definido hoje como uma condição fática que altera a aplicação de direitos fundamentais.

Além da reserva do possível, haviam outros óbices à efetivação dos direitos sociais, tais como a separação de poderes, que impedia a ingerência do Judiciário em assuntos tidos como de exclusividade dos outros poderes, e a regra da proporcionalidade, que, fruto de má importação e aplicação rasa, acabava por justificar descalabros em face de tais direitos.

Essas pontuações doutrinárias seguiram-se de uma análise gráfica em dois momentos:

No primeiro, foram coletados e colocados sob análise 75 decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Por intermédio deste estudo, foi possível observar algumas tendências do referido tribunal, tais como: (a) que a maior parte dos julgados pertencem ao mesmo eixo temático (fornecimento de medicamentos); (b) o flutuante valor das causas analisadas, que ao final representam relevante prejuízo aos cofres públicos; (c) que cerca de 75% das decisões são no sentido de conceder o objeto pleiteado.

Já em segundo momento de estudo, agruparam-se 29 decisões, proferidas pelo mesmo tribunal, cujo objeto foram tutelas coletivas. As conclusões chegadas são as seguintes: (a) continuou-se com a tendência de prevalência do tema medicamentos; (b) há entendimento do Tribunal de que cabe ao Ministério Público Federal tutelar direitos individuais indisponíveis, inclusive aqueles

relacionados à saúde, o que acaba tornando a ação coletiva, em verdade, meramente individual, possibilitando que uma única pessoa mova todo o Poder Público para atender seus interesses, o que viola qualquer critério de razoabilidade; (c) o valor da causa, tomado em termos médios, é bastante inferior aos coletados em tutela individual, mostrando que o instituto está desvirtuado de seus fins precípuos.

Diante deste cenário de flagrante complexidade, são necessárias cautelas e apontamentos. Os Tribunais, mormente em tutelas coletivas, necessitam superar entendimentos contrários à lógica e razoabilidade, tal qual a acepção de que a saúde, por tratar de direito fundamental indisponível, pode ser tutelada individualmente em ação coletiva. Somente assim, com decisões mais atentas ao quadro apresentado, será possível trespassar o atual paradigma e caminhar-se rumo a efetivação integral dos direitos fundamentais anunciados no texto constitucional.

## 6. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º, 4, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à reserva do possível**. Curitiba, 2006, 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A Reserva Do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Curitiba, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [org]. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 91, n. 798, 2002.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2010.

WIVIURKA, Eduardo Seino. Um método para pesquisa estatística sobre duração dos processos antes e depois da implementação do processo eletrônico no judiciário brasileiro. In: Anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR: **O poder judiciário e a sociedade da informação**. Org. Cesar Antonio Serbena. Curitiba: Juruá Editora, 2012.



# **Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac): críticas e propostas de aperfeiçoamento à Lei Rouanet**

*Rennan Gustavo Ziemer da Costa<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac). 3. Discricionariedade administrativa na alocação de recursos na área da cultura. 4. Subvenção proveniente do Fundo Nacional de Cultura. 5. Incentivo a projetos culturais por particulares (mecenato). 6. Considerações finais. 7. Referências.

## **1. Introdução**

A política cultural no Brasil foi historicamente negligenciada. Apenas com a Constituição de 1988 a cultura alcançou o destaque jurídico equivalente à sua relevância social ao impor ao Estado o dever de garantir a todos o efetivo exercício dos direitos culturais. Para a adequada compreensão, impõe-se iniciar a pesquisa com uma conceituação, ainda que provisória.

Desde logo é preciso consignar que o estudo da cultura é um tema complexo, especialmente porque não possui um conceito unívoco. A cultura é direito assegurado pelo artigo 215 da

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador do Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: rennanziemer@gmail.com

Constituição Federal, indispensável para a construção da cidadania, inclusão social e valorização dos costumes populares. Também é um direito fundamental “fora do catálogo”, submetendo-se ao respectivo regime jurídico de aplicabilidade imediata e protegido por cláusula pétrea.<sup>2</sup>

Surgiu na França do século XVIII a concepção universalista de cultura, que seria um estado de espírito cultivado, “associada às ideias de progresso, educação, evolução” sob a perspectiva do indivíduo. Sob o aspecto sociológico, que mais se aproxima do senso comum, a cultura é vista especialmente sob o viés artístico. A noção antropológica, de acordo com Layno Sampaio Pedra, é mais complexa e mais democrática. Consiste nos costumes, língua, religião e diversos fatores que caracterizam o modo de viver de um povo.<sup>3</sup>

Antonio Albino Canelas Rubim afirma que a atuação estatal brasileira na área da cultura foi historicamente marcada pela ausência, autoritarismo e instabilidade. A ausência em razão do histórico colonial em não se investir na cultura local, especialmente em razão da falta de universidades, repressão aos costumes indígenas e africanos, restrição a livros e controle da imprensa. Estas foram algumas das marcas culturais da colonização que permaneceram por muito tempo, inclusive durante a república. O autoritarismo se explica porque várias das criações estatais surgiram em períodos de ditaduras, que instrumentalizavam a cultura como maneira de buscar a legitimação dos regimes. O próprio Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional –

---

<sup>2</sup> MARTINS, Natália Luiza Alves; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. O pretendido Sistema Nacional de Cultural (SNC) em contraste ao Sistema Nacional do Meio Ambiente. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 4, n. 7, p. 185-204, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/233>>. Acesso em: 01 jun. 2016. p. 188.

<sup>3</sup> PEDRA, Layno Sampaio. **Democracia e fomento à cultura: uma análise do fundo de cultura da Bahia**. Salvador, 2013. 188 f. Dissertação (Mestrado em Cultura e Sociedade) – Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos, Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/13261>>. Acesso em: 15 maio 2016. p. 25-26.



IPHAN foi criado em 1937 no governo Getúlio Vargas. A instabilidade da atuação política na área da cultura foi recorrente, os programas se limitavam a governos, sem a criação de uma efetiva política de Estado de longo prazo.<sup>4</sup>

A Constituição de 1988 buscou superar estas deficiências mediante a criação de uma política cultural permanente, democrática e planejada, que restou reforçada com as emendas constitucionais de 2005 e 2012 que instituíram o Plano Nacional de Cultura e o Sistema Nacional de Cultura.

Embora reconheça avanços, como a política de editais pelo Fundo Nacional de Cultura e a atuação das empresas estatais, Rubim critica as atuais leis de incentivo cultural porque dão a impressão de que a atuação estatal estaria esgotada com estes mecanismos de abatimento fiscal, próprios do modelo neoliberal de Estado.<sup>5</sup> Apesar desta ressalva, analisa-se neste trabalho especificamente a Lei Rouanet,<sup>6</sup> que dispõe sobre o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), pois permanece como o principal marco legislativo do incentivo à cultura no Brasil e exerce forte influência sobre as leis estaduais e municipais. Ainda que superficialmente, são expostas algumas das propostas de alterações previstas no Projeto de Lei da Câmara 93/2014, em tramitação no Senado Federal.<sup>7</sup>

Sem desvalorizar a cultura sob o viés antropológico, busca-se analisar especialmente instrumentos voltados à promoção da indústria cultural e da economia criativa, pois o tratamento de

---

<sup>4</sup> RUBIM, Antonio Albino Canelas. Políticas culturais e sociedade do conhecimento no Brasil. **Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas**, Santiago de Compostela, Espanha, v. 7, n. 1, p. 127-142, 2008. p. 128-132.

<sup>5</sup> RUBIM, Antonio Albino Canelas. Políticas culturais e sociedade do conhecimento no Brasil. **Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas**, Santiago de Compostela, Espanha, v. 7, n. 1, p. 127-142, 2008]. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/1287>>. Acesso em: 04 abr. 2016. p. 134.

<sup>6</sup> Outro importante marco legislativo é a que instituiu a Política Nacional de Cultura Viva (Lei 13.018/2014), que objetiva apoiar instituições da sociedade sem fins lucrativos para o fim de estabelecer pontos de referência, principalmente em regiões com menos acesso cultural, mediante aprovação de projetos e repasse de verbas.

<sup>7</sup> Autuado na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei 6.722/2010 e aprovado nesta casa, pendente de revisão pelo Senado Federal.

determinados bens culturais como mercadorias, como acertadamente defende Paul Tolila, não reduz necessariamente sua importância social.<sup>8</sup> Além de serem aptos a contribuir com a formação cidadã, possuem importante participação na economia com grande potencial de expansão, inclusive possibilitando a geração de muitos empregos.

## 2. Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac)

Antes da Lei Rouanet, o marco legal do incentivo à cultura na esfera federal era a Lei Sarney (Lei 7.505/1986), cujo período de vigência ficou marcado por diversas denúncias, em especial desvios de finalidade na execução em razão da criação de empresas exclusivamente com o objetivo de obter incentivo fiscal, sem que executassem qualquer projeto cultural.<sup>9</sup> Buscando corrigir os principais problemas deste diploma, foi promulgada a Lei 8.313/1991, regulamentada pelo Decreto 5.761/2006, que ficou conhecida como Lei Rouanet e importou em significativos avanços na área cultural, mediante aprimoramento da fiscalização da aplicação do dinheiro público.

A Lei 8.313/1991 dispõe sobre cinco grandes linhas (artigo 3º): incentivo à formação artística e cultural; fomento à produção cultural e artística; preservação e difusão do patrimônio artístico, cultural e histórico; estímulo ao conhecimento dos bens e valores culturais; e apoio a outras atividades culturais e artísticas definidas pelo Ministério da Cultura.

---

<sup>8</sup> TOLILA, Paul. **Cultura e economia**: problemas, hipóteses, pistas. Tradução de Celso M. Paciornik. São Paulo: Iluminuras, 2007. Disponível em: <[http://d3n1vjy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau\\_pdf/000577.pdf](http://d3n1vjy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau_pdf/000577.pdf)>. Acesso em: 09 jun. 2016. p. 18.

<sup>9</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988**: representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Recife, 2004. 233 f. Tese (Doutorado em Direito), Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. p. 21.

O rol de atividades que podem ser incentivadas é vasto e a lei abre possibilidade de ampliação.<sup>10</sup> A apreciação subjetiva quanto ao valor artístico ou cultural é vedada na análise dos projetos submetidos pelo Ministério da Cultura, que deve se ater ao orçamento e a aspectos técnicos. Os projetos culturais somente receberão incentivos se forem abertos ao público em geral, seja gratuitamente ou mediante cobrança de ingresso. Veda-se, assim, o incentivo a eventos privados que estabeleçam limitações de acesso, conforme artigo 2º, §§ 1º e 2º, da lei.

O fomento cultural instituído pode beneficiar pessoas físicas, pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, com ou sem finalidade lucrativa. Para cada hipótese há regras específicas. São três os principais mecanismos criados pelo Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), conforme artigo 2º: o Fundo Nacional da Cultura – FNC; os Fundos de Investimento Cultural e Artístico – FICART; e incentivos a projetos culturais mediante doações e patrocínios (mecenato).

O Fundo Nacional da Cultura atua por incentivos via fundo perdido ou empréstimos reembolsáveis. A primeira modalidade beneficia apenas entidades sem fins lucrativos ou instituições públicas. Como não depende de patrocínio de entidades privadas, se bem empregado, pode viabilizar o apoio a projetos de grande importância, inclusive os não atrativos aos patrocinadores.<sup>11</sup> A segunda se dá mediante contrato de mútuo intermediado por instituição financeira.

---

<sup>10</sup> Não é objeto deste trabalho discorrer sobre quais atividades podem ser incentivadas com fundamento na Lei Rouanet, mas analisar aspectos jurídicos dos institutos criados pelo diploma legal. As finalidades da lei estão dispostas no artigo 1º, os objetivos gerais no artigo 3º, os objetivos do Fundo Nacional de Cultura no artigo 4º, os projetos passíveis de investimento por FICART no artigo 9º e do mecenato nos artigos 18, § 3º, e 25.

<sup>11</sup> PEDRA, Layno Sampaio. **Democracia e fomento à cultura: uma análise do fundo de cultura da Bahia**. Salvador, 2013. 188 f. Dissertação (Mestrado em Cultura e Sociedade) – Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos, Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/13261>>. Acesso em: 15 maio 2016. p. 50.

Os Fundos de Investimento Cultural e Artístico, disciplinados pela Comissão de Valores Mobiliários, tem por objetivo o investimento em projetos artísticos com finalidade lucrativa previstos no artigo 9º. Contudo, em razão da amplitude e das vantagens obtidas pelo mecenato, estes fundos praticamente não são utilizados.<sup>12</sup>

O mecenato regulado pela Lei Rouanet consiste, em resumo, no incentivo para que os particulares, mediante abatimento fiscal, aporem recursos financeiros em projetos previamente aprovados pelo Ministério da Cultura. O que diferencia a doação do patrocínio é que, no primeiro caso, o incentivador não pode se promover comercialmente, enquanto no segundo não há vedação, podendo o patrocinador receber até 10% dos produtos ou ingressos do projeto apoiado para distribuir livremente, além de divulgar sua marca.

Francisco Humberto Cunha Filho explica que o objetivo da lei seria que atividades sem apelo comercial fossem apoiadas com recursos do Fundo Nacional de Cultura, projetos economicamente sustentáveis mediante mecenato e atividades da indústria cultural pelos fundos privados de investimento.<sup>13</sup> Contudo, não é isto que ocorre em decorrência de inconsistências na lei e nos atos regulamentares.

A criação de um FICART é livre para a iniciativa privada, atendidas as formalidades legais. A lei institui benefícios fiscais ao investidor e, por não implicar utilização de verbas públicas, não há dever de prestação de contas. Por outro lado, tratando-se de pessoa física ou jurídica com fins lucrativos, não há possibilidade de se

---

<sup>12</sup> Em consulta ao site da Comissão de Valores Mobiliários, constata-se que não há nenhum Fundo de Investimento Cultural e Artístico (FICART) em atividade. Foram criados cinco até a presente data, todos cancelados, conforme pesquisa realizada em 30 maio 2016. Fundos em atividade: <http://sistemas.cvm.gov.br/?fundosreg>. Fundos cancelados: <http://sistemas.cvm.gov.br/?fundoscanc>.

<sup>13</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988**: representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Recife, 2004. 233 f. Tese (Doutorado em Direito), Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. p. 146-147.

beneficiar de recursos do Fundo Nacional de Cultura, mas apenas de incentivos fiscais, mediante doação e patrocínio, salvo na hipótese de destinação específica dos recursos na lei orçamentária. Por este motivo, a incidência do mecenato federal é mais ampla que o FNC.

O legislador optou pela criação de benefícios fiscais como forma de incentivar projetos culturais. Esta é uma expressão da esfera extrafiscal dos tributos,<sup>14</sup> cuja finalidade principal é influenciar na atividade econômica privada ao invés da arrecadação de impostos.

O instrumento jurídico utilizado para o repasse de recursos se dá mediante o que usualmente se designava convênio. Contudo, com o advento da Lei 13.019/2014, esta denominação passou a ser privativa de transferências entre entes federados e pessoas jurídicas a eles vinculados, ou ainda entidades privadas que prestem serviços de saúde. Assim, de acordo com a classificação legal, apenas os repasses entre entes públicos se dá por meio de convênio. Tratando-se de ente privado sem fins lucrativos, cuida-se de parceria com organizações da sociedade civil, conforme dispõe a Lei 13.019/2014, ou “incentivo a projeto cultural”, conforme designação da Lei Rouanet nas hipóteses de doação ou patrocínio. O que importa é que se trata de um ato administrativo consensual mediante o qual a Administração repassa, direta ou indiretamente, verbas públicas ao particular visando à promoção do interesse público, no caso, o incentivo à cultura.

Mais importante do que a denominação é compreender o regime jurídico subvencional a que se submete o mecenato instituído pela Lei Rouanet. Conforme a classificação de Rafael Valim, a subvenção consiste em “uma relação jurídico-administrativa típica, caracterizada por uma prestação pecuniária do Estado em favor de um sujeito de direito privado, ao qual corresponde aplicar os valores percebidos, desinteressadamente e

---

<sup>14</sup> NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Apontamentos sobre incentivos fiscais no Brasil. **Revista Tributária e de finanças públicas**, São Paulo, v. 119, p. 201-229, nov./dez. 2014. p. 202-203.

com a concorrência de recursos ou bens próprios, no desenvolvimento de uma atividade revestida de interesse público”.<sup>15</sup>

No mecenato resta evidente a natureza pública dos recursos empregados, embora aparentemente o dinheiro venha do doador e do patrocinador. Isto porque não se trata de simples desoneração tributária, mas transferência de recursos do contribuinte para o proponente do projeto cultural. Por esta razão, impõe-se a aplicação dos recursos em conformidade com o projeto aprovado e posterior prestação de contas, sob pena incidência das sanções legais.

A Lei Rouanet veda qualquer tipo de intermediação na propositura de projetos, excetuando “serviços necessários à elaboração de projetos para a obtenção de doação, patrocínio ou investimento, bem como a captação de recursos ou a sua execução por pessoa jurídica de natureza cultural” (artigo 28).

Uma das modificações instituídas pela Lei Rouanet em relação à Lei Sarney foi a vedação ao abatimento do imposto para beneficiar projeto de autoria da própria entidade agraciada pelo incentivo fiscal (artigo 27<sup>16</sup>). A lei excepcionou esta proibição às instituições sem fins lucrativos mantidas pelo patrocinador, conforme § 2º daquele dispositivo, que, segundo Cunha Filho, acaba por anular os efeitos da referida restrição.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 89.

<sup>16</sup> “Art. 27. A doação ou o patrocínio não poderá ser efetuada a pessoa ou instituição vinculada ao agente. § 1º Consideram-se vinculados ao doador ou patrocinador: a) a pessoa jurídica da qual o doador ou patrocinador seja titular, administrador, gerente, acionista ou sócio, na data da operação, ou nos doze meses anteriores; b) o cônjuge, os parentes até o terceiro grau, inclusive os afins, e os dependentes do doador ou patrocinador ou dos titulares, administradores, acionistas ou sócios de pessoa jurídica vinculada ao doador ou patrocinador, nos termos da alínea anterior; c) outra pessoa jurídica da qual o doador ou patrocinador seja sócio. § 2º **Não se consideram vinculadas as instituições culturais sem fins lucrativos, criadas pelo doador ou patrocinador, desde que devidamente constituídas e em funcionamento, na forma da legislação em vigor**”. (grifei)

<sup>17</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988**: representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Recife, 2004. 233 f. Tese (Doutorado em Direito), Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. p. 161.

Violações à lei sujeitam o doador ou patrocinador ao pagamento do imposto devido como se não houvesse abatimento fiscal, podendo inclusive configurar crime (artigos 30 e 40). A discriminação à liberdade de expressão no andamento do projeto também é tipificada penalmente (artigo 39), enquanto o desvio de finalidade na aplicação dos recursos enseja multa (artigo 38).

Na questão das punições, vê-se que parte delas somente tem razão de ser em função da opção pelo fomento mediante dedução tributária de terceiros. O fato do patrocinador não poder se beneficiar diretamente do projeto só tem justificativa porque ele aplica recursos próprios que são abatidos dos impostos. Se o dinheiro viesse diretamente do ente público, sem participação de um terceiro doador ou patrocinador, seria impossível esta modalidade de desvio de finalidade.

### **3. Discricionariedade administrativa na alocação de recursos na área da cultura**

Após esta análise preliminar da Lei Rouanet, necessário abordar mais a fundo a aplicação dos recursos públicos destinados ao incentivo às atividades culturais, especialmente no que se refere à sua alocação. Para tanto, impõe-se prosseguir o estudo a partir da questão da discricionariedade.

De acordo com Sérgio Guerra, há discricionariedade administrativa quando a norma não prevê de forma vinculante a resposta a um caso concreto, mas apenas delimita “um quadro ou uma moldura a preencher por este ato”, concedendo liberdade ao administrador para decidir mediante juízo de oportunidade e conveniência entre as diversas opções que não infrinjam os limites legais e que melhor atenda ao interesse público.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexibilidade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 58-63.

Segundo Juliana Sberze Pacheco Silva “o planejamento possui a característica de limitador da discricionariedade na realização do fomento público”.<sup>19</sup> Assim, caso seja necessário priorizar alguma área por insuficiência de recursos, o Plano Nacional de Cultura, instituído pela Lei 12.343/2010, é o parâmetro adequado a ser utilizado.

Os recursos originários do Fundo Nacional de Cultura são direcionados aos projetos aprovados pelo Ministério da Cultura, o que deveria garantir maior equilíbrio na sua distribuição entre regiões e áreas culturais.<sup>20</sup> Não é o que acontece. Francisco Humberto Cunha Filho critica a modificação realizada no § 1º do artigo 4º da Lei Rouanet que retirou poderes da Comissão Nacional de Incentivo à Cultura, órgão de composição mista entre representantes do Poder Público e da sociedade civil, para aprovação do Programa de Trabalho Anual, limitando-se a emitir pareceres. Atualmente, o poder de decisão está concentrado nas mãos do Ministro da Cultura.<sup>21</sup>

Além de reduzir a participação popular e o poder de influenciar as decisões do chefe da pasta, Rubim explica que a regulamentação vigente, que prioriza o mecenato, acabou por conceder aos particulares o poder de alocação dos recursos públicos provenientes das leis de incentivo à cultura.<sup>22</sup> Aqui se encontra o

---

<sup>19</sup> SILVA, Juliana Sberze Pacheco. **Planejamento econômico e fomento público**: instrumentos para o desenvolvimento nacional. Curitiba, 2008. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://acervodigital.ufrpr.br/handle/1884/16829>>. Acesso em: 15 maio 2015. p. 48.

<sup>20</sup> PEDRA, Layno Sampaio. **Democracia e fomento à cultura**: uma análise do fundo de cultura da Bahia. Salvador, 2013. 188 f. Dissertação (Mestrado em Cultura e Sociedade) – Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos, Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/13261>>. Acesso em: 15 maio 2016. p. 50.

<sup>21</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988**: representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Recife, 2004. 233 f. Tese (Doutorado em Direito), Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. p. 23.

<sup>22</sup> RUBIM, Antonio Albino Canelas. Políticas culturais e sociedade do conhecimento no Brasil. **Revista de Investigações Políticas y Sociológicas**, Santiago de Compostela, Espanha, v. 7, n. 1, p. 127-142, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/1287>>. Acesso em: 04 abr. 2016. p. 128.



principal problema da lei, que retirou do Estado esta atribuição, situação que não se compatibiliza com o princípio da supremacia do interesse público. Os critérios de escolha dos projetos devem ser transparentes e objetivos, de maneira a pautar uma política eficiente de incentivo à cultura, erradicando privilégios incompatíveis com o princípio republicano.<sup>23</sup>

De acordo com Layno Sampaio Pedra, “no financiamento público, o interesse está em desenvolver a cultura, o público almejado é toda a comunidade, seu objetivo é movimentar a economia e democratizar o acesso à cultura”.<sup>24</sup> Portanto, a distribuição de recursos deve ser mais regionalizada e compatível com as necessidades das diferentes expressões culturais, evitando-se a aprovação de projetos com elevadas autorizações de captação quanto possam ser financiados por investimentos privados. A destinação dos recursos deve atentar aos dispositivos da Lei Rouanet e do Plano Nacional de Cultura, promover ao incentivo à cultura brasileira, ou ao menos produzida no país, e que empregue mão-de-obra nacional.

Cabe à Administração Pública elaborar a política de apoio à cultura mediante instituição de mecanismos distintos e critérios objetivos de seleção, pois nem todos os projetos merecem apoio idêntico. Embora a lei busque evitar a censura indireta decorrente da apreciação qualitativa dos projetos, esta classificação é realizada pelos patrocinadores sem nenhum ônus argumentativo, pois podem escolher arbitrariamente os projetos que apoiarão. Portanto, os critérios de distinção devem ser explicitados pelos órgãos democráticos, seja pelo parlamento (Plano Nacional de Cultura),

---

<sup>23</sup> SILVA, Juliana Sberze Pacheco. **Planejamento econômico e fomento público**: instrumentos para o desenvolvimento nacional. Curitiba, 2008. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/16829>>. Acesso em: 15 maio 2015. p. 48.

<sup>24</sup> PEDRA, Layno Sampaio. **Democracia e fomento à cultura**: uma análise do fundo de cultura da Bahia. Salvador, 2013. 188 f. Dissertação (Mestrado em Cultura e Sociedade) – Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos, Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/13261>>. Acesso em: 15 maio 2016. p. 53.

pelo Conselho de Cultura, com representação da sociedade, quanto pelo próprio Ministério da Cultura.

Nas hipóteses de abatimento integral de tributos, previstos no artigo 18, é completamente desnecessária a intervenção do patrocinador, se não é inclusive prejudicial. Esta opção legislativa não é a mais adequada, pois como os recursos são integralmente públicos, portanto a decisão sobre sua destinação deveria incumbir ao Estado. Esta distorção deve ser corrigida mediante cumprimento do planejamento público e estabelecimento de novos parâmetros normativos infralegais.

A cultura popular merece tratamento diferenciado, assim como outros ramos que dependem de apoio estatal. Sempre que possível, deve-se estimular a “emancipação” dos setores com potencial de financiamento pela iniciativa privada. O fomento à economia do setor cultural é tão importante quanto o apoio à cultura popular e não importa na sua desvalorização ou “derrota dos argumentos humanistas”.<sup>25</sup> Não se está atribuindo maior importância para nenhuma delas, mas apontando a necessidade de tratamento diferenciado e de aplicação dos escassos recursos públicos de maneira planejada.

Neste ponto, relevante a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União determinando que a Secretaria Executiva do Ministério da Cultura se abstenha “de autorizar a captação de recursos a projetos que apresentem forte potencial lucrativo, bem como capacidade de atrair suficientes investimentos privados independentemente dos incentivos fiscais”.<sup>26</sup>

Para se garantir integralmente a liberdade de expressão, o órgão responsável apenas aprova o projeto executivo e o orçamento, autorizando o proponente a captar os recursos necessários. Não

---

<sup>25</sup> TOLILA, Paul. **Cultura e economia**: problemas, hipóteses, pistas. Tradução de Celso M. Paciornik. São Paulo: Iluminuras, 2007. Disponível em: <[http://d3nvi1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau\\_pdf/000577.pdf](http://d3nvi1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau_pdf/000577.pdf)>. Acesso em: 09 jun. 2016. p. 19.

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Representação n.º 034.369/2011-2**. Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Tribunal Pleno. Julgado em 03.02.2016.

cabe ao Ministério da Cultura emitir juízo de valor sobre a qualidade artística do projeto apresentado, por expressa vedação legal. Contudo, é preciso distinguir censura de ausência de fomento. Certamente o Estado não deve impedir a criação artística em qualquer nível, salvo situações excepcionais, como a apologia ao crime ou o discurso de ódio. Ausentes estes desvios, impera a liberdade. Ocorre que este controle de razoabilidade encontra barreira no crime tipificado no artigo 39.

Ainda assim são necessários critérios objetivos para a seleção dos projetos, principalmente quando não há verba suficiente para todos. Por tal motivo a discussão sobre a discricionariedade administrativa é indispensável. A opção adotada no PLC 93/2014 em discussão no Senado Federal é interessante, pois cria uma classificação por critérios de ampliação do acesso. Os projetos mais bem colocados têm prioridade na obtenção de recursos do Fundo Nacional de Cultura, que teria sua participação ampliada.

A proposta estabelece que cada região deve receber no mínimo 10% dos recursos do fundo e cada estado pelo menos 2%. Também para contribuir com a desconcentração dos recursos, cria os seguintes fundos setoriais: artes visuais; teatro; circo; dança; música; acesso e diversidade; patrimônio, arqueologia e memória; livro, leitura, literatura e diversidade linguística; economia criativa, ações transversais e equalização de políticas culturais; audiovisual; culturas populares; museus e memórias; e inovação do audiovisual.

Estas reformas garantirão a distribuição mais democrática de recursos entre os estados e por área cultural. Contudo, não eliminará a necessidade de se optar por determinados projetos. A lei ou os regulamentos devem dar prioridade a produções nacionais, de autoria brasileira, que promovam a expansão do acesso à cultura e que valorizem eventos sem finalidade lucrativa e de empresas de pequeno porte, sem prejuízo dos incentivos à indústria cultural, mas com abordagem própria.

O setor econômico cultural, em especial aquele industrializado, mercado editorial e audiovisual, merece apoio

estatal para fortalecer o setor nacional e valorizar a produção local. Conforme expõe Tolila, Estados Unidos, Alemanha, Grã-Bretanha e Japão eram responsáveis por 60% das exportações mundiais de bens culturais nos anos 1990.<sup>27</sup> Ou seja, há grande espaço para ampliação da produção cultural nacional para exportação, assim como para substituir conteúdo importado.

Basta que sejam criados mecanismo adequados de incentivo conforme o potencial econômico da atividade. Eventos de alta repercussão ou filmes de grande exibição são de interesse público, porém o apoio estatal deve ser diferente. Projetos culturais sem viabilidade econômica mas de importância social podem ser integral ou majoritariamente custeados pelo poder público. A medida que a viabilidade econômica aumenta, a participação privada também deve ser maior.

Uma grande dificuldade deste setor é que o valor econômico de expressões artísticas não se enquadra em classificações objetivas. O retorno econômico do produto nem sempre é facilmente previsível. O potencial monetário de uma produção artística muitas vezes se afere em razão da uma convenção da originalidade, que é cada vez mais reforçada em razão da proteção dos direitos autorais. No setor cultural predomina a lógica da oferta, ao contrário da maioria dos outros setores que se fundam na da demanda. Assim, o mercado se desenvolve em razão dos produtos colocados à disposição dos consumidores, não o contrário. Sem o lançamento de novos produtos, não há a manutenção do consumo de bens culturais. Além deste fator, Tolila explica que “os bens e serviços culturais são marcados por uma relativa desconexão entre seus custos de produção e seus preços de venda”, dando o exemplo dos

---

<sup>27</sup> TOLILA, Paul. **Cultura e economia**: problemas, hipóteses, pistas. Tradução de Celso M. Paciornik. São Paulo: Iluminuras, 2007. Disponível em: <[http://d3nviy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau\\_pdf/000577.pdf](http://d3nviy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau_pdf/000577.pdf)>. Acesso em: 09 jun. 2016. p. 38.

ingressos de cinema, que terão o mesmo valor independentemente do custo para a produção do filme.<sup>28</sup>

#### 4. Subvenção proveniente do Fundo Nacional de Cultura

Conforme se buscou demonstrar, o apoio estatal à cultura é tarefa complexa, seja por ser impossível prever a aceitação dos produtos pelo mercado quanto pela vedação à censura pela via da apreciação artística qualitativa. Ainda assim resta margem à discricionariedade para que a Administração Pública promova a racional alocação dos recursos públicos.

No que se refere ao Fundo Nacional de Cultura, apenas pessoas jurídicas públicas ou privadas sem fins lucrativos podem obter subvenções na modalidade de recursos não-reembolsáveis, conforme artigo 10, I, do Decreto 5.761/2006, mediante aprovação do projeto pelo Ministério da Cultura. Exclui-se, portanto, projetos submetidos por pessoas físicas e pessoas jurídicas com fins lucrativos. Esta é a modalidade mais favorável para financiamento de projetos do terceiro setor, embora na prática não seja tão fácil.

A concessão de recursos não-reembolsáveis é a principal forma de atuação do Fundo Nacional de Cultura. Cunha Filho defende que o FNC deve dar preferência a “projetos em áreas artísticas e culturais com menos possibilidade de desenvolvimento com recursos próprios”.<sup>29</sup> Os projetos devem passar por avaliação da Comissão do Fundo Nacional da Cultura (artigo 14), órgão sem participação da sociedade em sua composição (artigo 15). Os pronunciamentos técnicos e da comissão sempre devem estar

---

<sup>28</sup> TOLILA, Paul. **Cultura e economia**: problemas, hipóteses, pistas. Tradução de Celso M. Paciornik. São Paulo: Iluminuras, 2007. Disponível em: <[http://d3nviy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau\\_pdf/000577.pdf](http://d3nviy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau_pdf/000577.pdf)>. Acesso em: 09 jun. 2016. p. 29-32.

<sup>29</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988**: representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Recife, 2004. 233 f. Tese (Doutorado em Direito), Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. p. 149-150.

voltados ao interesse público e à melhor alocação dos recursos do FNC.

Apenas serão apoiados eventos que possuam projetos de continuidade e nos quais haja participação popular. Em geral os recursos públicos apenas financiarão no máximo 80% dos custos do projeto, inclusive em caso de convênio com estados e municípios, salvo se um contribuinte destinar doação ou patrocínio ao FNC direcionando os recursos a um projeto específico<sup>30</sup> ou em caso de emenda parlamentar, conforme artigo 13 do regulamento.

No caso de doação ou patrocínio de projetos enquadrados no artigo 18 da Lei Rouanet, que abarca a maior parte dos espetáculos, o abatimento do valor despendido é integralmente descontado do imposto devido. O poder de alocação dos recursos é retirado da Administração, além da dispensa de prévia manifestação da Comissão do Fundo Nacional da Cultura.

Não é adequado o abatimento integral de impostos destinados ao incentivo cultural, tanto na doação, mas principalmente no patrocínio, pois o patrocinador obtém retorno econômico em publicidade, além de receber 10% dos ingressos para o evento. A participação de terceiros apenas se justifica quando efetivamente contribuam com a produção cultural, despendendo recursos próprios.

Da leitura atenta do artigo 4º da Lei Rouanet percebe-se que não há vedação expressa à aplicação de recursos do FNC em projetos apresentados por pessoas físicas ou jurídicas com fins lucrativos. Ainda que sem afrontar a lei, neste ponto o decreto inovou. Contudo, considera-se inconveniente esta vedação, que pode facilmente ser modificada pelo Presidente da República.

Seria oportuno o incentivo pelos recursos do FNC a pessoas físicas e jurídicas com fins lucrativos para, nos termos da lei,

---

<sup>30</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988**: representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Recife, 2004. 233 f. Tese (Doutorado em Direito), Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. p. 151.

“estimular a distribuição regional equitativa dos recursos” e priorizar “projetos em áreas artísticas e culturais com menos possibilidade de desenvolvimento com recursos próprios”. Essa ampliação poderia se limitar apenas às empresas de pequeno porte, pois são merecedoras de tratamento favorecido, conforme previsão do artigo 170, IX, da Constituição, que goza de aplicabilidade imediata, inclusive sem interposição legislativa, considerando que pessoas jurídicas podem ser destinatárias de direitos fundamentais.

O mecanismo do FNC é subutilizado para fins de fomento à projetos culturais. Em 2015, concedeu recursos para apenas 34 projetos num total de apenas R\$ 26.582.583,19,<sup>31</sup> além de outras despesas em editais e próprias de órgãos do ministério, enquanto a renúncia fiscal aprovada no orçamento foi de R\$ 1.323.390.560,00.<sup>32</sup>

A ampliação do acesso aos recursos do fundo seria mais eficiente para o incentivo à cultura, pois a captação de recursos por incentivo fiscal exige conhecimentos mais aprofundados e demanda custos para o proponente, além de depender da aceitação do patrocinador. O critério para seleção do projeto deve ter por parâmetro o interesse público, não o interesse privado como acontece atualmente com a Lei Rouanet, opção reproduzida em outras legislações estaduais e municipais.

O projeto de lei que visa substituir a Lei 8.313/1991 tem por característica principal a valorização do Fundo Nacional de Cultura e democratização das decisões. O projeto cria fundos setoriais, com conselho gestor próprio, objetivando “tornar mais técnica a avaliação” e destinação de recursos, garantindo uma melhor distribuição regional de recursos e por área cultural. Além dos recursos reembolsáveis e não-reembolsáveis, o fundo contará com uma terceira modalidade de incentivo, referente a investimentos, na

---

<sup>31</sup> Conforme dados obtidos no Sistema de Apoio às Leis de Incentivo à Cultura – SALIC, na opção Projetos, Convênios, Projetos por ano/área/segmento no endereço <http://sistemas.cultura.gov.br/salicnet/Salicnet/Salicnet.php>.

<sup>32</sup> Informação disponível em: < <http://www.cultura.gov.br/renuncia-de-receita> >. Acesso em: 07 jun. 2016.

qual o fundo receberá participação econômica nos resultados do empreendimento cultural,<sup>33</sup> mediante intermediação por agente financeiro. O fundo também poderá destinar recursos aos fundos estaduais e municipais para aplicação em cultura, promovendo melhor distribuição regional dos recursos.

O projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados permite expressamente a aplicação de recursos do Fundo Nacional de Cultura para pessoas físicas, jurídicas de direito público e privado, com ou sem fins lucrativos, solucionando o problema indicado.

A proposta legislativa também dispõe que os projetos culturais com potencial de retorno comercial somente serão beneficiados por recursos do FNC pela nova modalidade de investimento retornável ou por recursos não reembolsáveis, condicionada à gratuidade dos produtos ou serviços, na forma do regulamento. Na segunda hipótese, entende-se que a quantidade de ingressos gratuitos deve ser proporcional aos recursos públicos aplicados em relação ao orçamento do projeto. Se o fundo custear metade do orçamento aprovado, metade dos ingressos deverão ser gratuitos e a outra metade colocada à venda.

## 5. Incentivo a projetos culturais por particulares (mecenato)

O mecenato é o mecanismo de incentivo fiscal a projetos culturais previamente aprovados pelo Ministério da Cultura mediante abatimento do imposto de renda, limitado a 6% do total devido para pessoas físicas e 4% para pessoas jurídicas. Nas modalidades previstas no § 3<sup>o</sup><sup>34</sup> do artigo 18 da Lei Rouanet, o

---

<sup>33</sup> RABELO, Cecília Nunes. **As mudanças na lei de incentivo à cultura (Lei Rouanet) quanto ao Fundo Nacional da Cultura.** Disponível em: <[http://www.direitosculturais.com.br/artigos\\_interna.php?id=30](http://www.direitosculturais.com.br/artigos_interna.php?id=30)>. Acesso em: 30 maio 2016.

<sup>34</sup> “§ 3º As doações e os patrocínios na produção cultural, a que se refere o § 1º, atenderão exclusivamente aos seguintes segmentos: a) artes cênicas; b) livros de valor artístico, literário ou humanístico; c) música erudita ou instrumental; d) exposições de artes visuais; e) doações de acervos para bibliotecas públicas, museus, arquivos públicos e cinematecas, bem como treinamento de pessoal e aquisição de equipamentos para a manutenção desses acervos; f) produção de obras



abatimento do imposto devido é integral. O doador ou patrocinador simplesmente contribui adiantando o valor equivalente ao imposto que deixará de pagar no futuro por ter incentivado um projeto cultural. Nesta hipótese é vedado o lançamento do incentivo como despesa operacional para fins de tributação.

A dedução integral de recursos não estimula os investimentos privados em cultura, pois os recursos são integralmente públicos.<sup>35</sup> O abatimento fiscal deve ser apenas parcial para desencadear o efeito multiplicador do fomento público à iniciativa privada.<sup>36</sup>

As modalidades de incentivo com abatimento integral do recolhimento do imposto não têm nenhuma razão para existir. Como todo o capital no final das contas é composto por recursos que seriam arrecadados aos públicos, é mais econômico que o incentivo seja direto do Ministério da Cultura ao proponente, bastando que a Administração observe o Plano Nacional de Cultura e estabeleça critérios objetivos para seleção dos projetos.

As demais áreas enquadráveis nesta lei podem ser beneficiados por incentivo fiscal mediante abatimento parcial, conforme artigo 26 da lei. Se pessoa física o abatimento do valor aplicado é de 80% em caso de doação e 60% em patrocínio e para pessoas jurídicas, 40% doação e 30 % patrocínio, com possibilidade de lançar o valor como despesa operacional se tributada com base no lucro real. Por este motivo, Cunha Filho explica que o valor exato

---

cinematográficas e videofonográficas de curta e média metragem e preservação e difusão do acervo audiovisual; e g) preservação do patrimônio cultural material e imaterial. h) construção e manutenção de salas de cinema e teatro, que poderão funcionar também como centros culturais comunitários, em Municípios com menos de 100.000 (cem mil) habitantes”.

<sup>35</sup> PEDRA, Layno Sampaio. **Democracia e fomento à cultura**: uma análise do fundo de cultura da Bahia. Salvador, 2013. 188 f. Dissertação (Mestrado em Cultura e Sociedade) – Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos, Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/13261>>. Acesso em 15 maio 2016. p. 58.

<sup>36</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988**: representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Recife, 2004. 233 f. Tese (Doutorado em Direito), Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. p. 206.

do abatimento não é precisamente indicado na Lei Rouanet.<sup>37</sup> A possibilidade de abater tais despesas como despesa operacional, que tem repercussão na Contribuição Social sobre Lucro Líquido - CSLL, de alíquota diferente para entidades financeiras e não-financeiras. Na realidade, o abatimento do imposto para pessoa jurídica é muito superior aos percentuais previstos na Lei Rouanet, pois a base de cálculo da CSLL é reduzida com a possibilidade de lançamento do incentivo como despesa operacional

Fábio de Sá Cesnik demonstra que para a alíquota de 9% para empresas não-financeiras e 15% para as financeiras, prevista na Lei 7.689/1988, o abatimento total do incentivo fiscal é para as primeiras de 64% para patrocínio e 73% para doação e para as segundas 70% para patrocínio e 80% para doação,<sup>38</sup> isto quando não enquadradas nas hipóteses de abatimento integral do artigo 18 da Lei Rouanet. Com o aumento temporário das alíquotas até o exercício financeiro de 2018 para as empresas financeiras pela Lei 13.169/2015, a dedução total de tributos devidos é ainda maior.<sup>39</sup>

A fração de abatimento do imposto de renda deveria ser aumentada, com a exclusão da possibilidade de lançamento do incentivo como despesa operacional como medida desburocratizadora. Aliás, o projeto de lei para substituir a Lei Rouanet praticamente acaba com essa manobra contábil.

Como se buscou demonstrar, a cultura também possui importante expressão econômica. A Lei Rouanet não veda o lucro

---

<sup>37</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988**: representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Recife, 2004. 233 f. Tese (Doutorado em Direito), Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. p. 158.

<sup>38</sup> CESNIK, Fábio de Sá. **Guia do incentivo à cultura**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2012, p. 57-59.

<sup>39</sup> Embora não seja o objetivo específico deste trabalho, a distorção do incentivo fiscal fica ainda mais evidente no caso da Lei do Audiovisual (Lei 8685/1993), no benefício do artigo 1º, que permite o abatimento do valor do patrocínio do valor devido como imposto de renda junto com a contabilização do valor despendido como despesa operacional na aquisição de cotas de direitos de comercialização de obras audiovisuais cujos projetos foram aprovados pela Agência Nacional do Cinema. Pelos cálculos elaborados por Fábio de Sá Cesnik, o “investidor” tem um abatimento do imposto superior ao que efetivamente aplicou e ainda tem a possibilidade de lucrar com os direitos de comercialização da obra. CESNIK, Fábio de Sá. **Guia do incentivo à cultura**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2012, p. 110.

nos projetos incentivados pelo mecenato. Contudo, a prioridade deve ser o retorno à sociedade pela utilização de recursos públicos. Neste ponto, importantes avanços podem ser obtidos por alteração regulamentar, visto que a lei não desce a detalhes acerca das contrapartidas do proponente beneficiado pelos recursos públicos.

O doador não tem nenhum benefício direto, contudo, equiparam-se à doação a distribuição gratuita de ingressos de eventos artísticos a empregados e dependentes e despesas efetuadas para preservação e recuperação de bens de propriedade ou posse do doador tombados pelo Governo Federal (artigo 24 da lei).

Diversamente, o patrocinador pode divulgar seu nome junto ao projeto e ganhar 10% dos ingressos, conforme artigo 31 do Decreto 5.761/2006. No caso de abatimento integral do imposto, a empresa ganha com a promoção da sua imagem na sociedade e ainda recebe 10% dos ingressos.

Num patrocínio de verdade, o patrocinador não deve lucrar diretamente com o projeto apoiado. O abatimento do imposto não deve ser integral, como atualmente prevê o artigo 18. Pedra explica que “O investimento privado tem interesse comercial, responde a predileções pessoais, tem como público alvo clientes, consumidores, fornecedores, funcionários e seu objetivo é divulgar o nome da empresa junto a determinado público, associando seus valores ao produto cultural”.<sup>40</sup>

José Luis Fernandes verificou que patrocinar uma festa ou evento cultural tem custo muito menor do que veicular comerciais na televisão. Portanto, o retorno obtido pelo patrocinador deve ser levado em conta no momento da criação do incentivo fiscal. Também explica que não há muito interesse das empresas em apoiar projetos de menor porte, ao contrário do que se dá com os

---

<sup>40</sup> PEDRA, Layno Sampaio. **Democracia e fomento à cultura: uma análise do fundo de cultura da Bahia**. Salvador, 2013. 188 f. Dissertação (Mestrado em Cultura e Sociedade) – Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos, Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/13261>>. Acesso em: 15 maio 2016. p. 53.

supereventos que dão maior visibilidade ao patrocinador.<sup>41</sup> Este é um problema que deve ser resolvido, especialmente com a priorização dos incentivos diretamente do FNC.

Tolila ainda explica que o setor de eventos ao vivo é marcado por um déficit crônico e dependem de políticas tributárias e incentivos próprios para a área.<sup>42</sup> A modalidade de incentivo adequado, portanto, depende da análise de dados econômicos confiáveis para subsidiar o aperfeiçoamento da política de fomento. Isto porque o apoio a um projeto com possibilidade de retorno financeiro não pode ser o mesmo de uma festa popular. As informações obtidas pelo Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais serão de grande importância para o aperfeiçoamento dos instrumentos de incentivo cultural.

Assim, conclui-se que o abatimento integral do imposto não é a melhor opção para a promoção do interesse público, pois os incentivadores decidem com fundamento em interesses privados de autopromoção, não priorizando a melhor alocação de recursos para a área da cultura. O patrocinador deve prestar uma contrapartida para se justificar logicamente a opção legislativa pelo incentivo fiscal. Não se quer criticar as empresas incentivadoras que se beneficiam deste procedimento. O problema está na lei em si, que esquece que seu objetivo principal é o fomento à cultura, não o abatimento dos impostos dos patrocinadores ou doadores.

Projetos com ou sem fins lucrativos devem ser tratados de maneira diversa. A lucratividade não é empecilho ao fomento, desde que seja respeitado o interesse público e limitado aos custos de

---

<sup>41</sup> FERNANDES, José Luis. **O show business no Brasil nas décadas de 80 e 90**: A influência da Folha de S. Paulo no Marketing Cultural da “Souza Cruz” e no crescimento do Mercado de Eventos Nacional. São Paulo, 2012. 202 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade Cásper Líbero. Disponível em: <<http://casperlibero.edu.br/mestrado/dissertacoes/o-show-business-no-brasil-nas-decadas-de-80-e-90-a-influencia-da-folha-de-s-paulo-no-marketing-cultural-da-souza-cruz-e-no-crescimento-do-mercado-de-eventos-nacional/>>. Acesso em: 27 maio 2016. p. 36 e 44.

<sup>42</sup> TOLILA, Paul. **Cultura e economia**: problemas, hipóteses, pistas. Tradução de Celso M. Paciornik. São Paulo: Iluminuras, 2007. Disponível em: <[http://d3nviy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau\\_pdf/000577.pdf](http://d3nviy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau_pdf/000577.pdf)>. Acesso em: 09 jun. 2016. p. 34.

produção. A atividade econômica cultural não deve ser deixada em segundo plano, apesar de merecer tratamento diferenciado em relação aos projetos sem finalidade lucrativa. Tratando-se de projeto apresentado por entidade não empresarial é justificado o financiamento integral, porém o poder de decisão deve permanecer com o Estado através do FNC.

Além do mais, há custos para a captação dos recursos dos patrocinadores pelos proponentes dos projetos. A Instrução Normativa 5/2017, artigo 8, do Ministério da Cultura permite gastos de até cento e cinquenta mil reais, ou no máximo entre 10 a 15% do orçamento aprovado do projeto ou do valor efetivamente captado, conforme o caso, com tais despesas. Resta evidente que é melhor conceder recursos públicos diretamente do FNC do que aceitar incluir no orçamento custos de captação de patrocínio decorrente de renúncia tributária.

Esse é um serviço dentro da legalidade, mas que só existe em razão da opção legislativa pelo incentivo fiscal. Utiliza-se verba pública para captar dinheiro privado que na realidade é recurso público, em razão do abatimento do imposto devido. É uma opção totalmente antieconômica que afronta o princípio da eficiência administrativa e deve ser imediatamente repensada.

Empresas de pequeno porte deveriam ser apoiadas pelo FNC, que dispensa captação de recursos de patrocinadores, ainda que com limitação de valores. Quando optarem pelo mecenato, merecem tratamento favorecido em relação às maiores empresas. Não se justifica que sociedades de médio e grande porte possam abater despesas de captação, pois devem exercer essa atribuição por conta própria.

As de pequeno porte, em geral, não terão funcionários suficientes, conhecimento técnico e acesso aos grandes patrocinadores, motivo pelo qual é razoável a manutenção da possibilidade de inclusão no orçamento do projeto dos custos de captação caso mantida a priorização do mecenato. O ideal, no

entanto, ainda seria o incentivo por intermédio do fundo, ainda que com valor limitado por projeto.

É justificável que as doações abatam mais imposto que os patrocínios e que pessoas físicas abatam mais que jurídicas. Em razão dos custos para captação de recursos e da delegação indireta do poder decisório de aplicação dos recursos públicos, as deduções máximas de doação não deveriam ultrapassar algo em torno de 80% do valor do imposto devido. Os menores abatimentos deveriam ser de patrocínios por pessoas jurídicas, mediante escalonamento similar ao vigente, mas sem a dedução de despesa operacional.

Assim como ocorre com o fomento via FNC, o incentivo não deve arcar com 100% dos custos orçados do projeto, pelo menos dos que tiverem potencial lucrativo, cobrança de ingresso ou venda do produto final. Quando o projeto for acessível gratuitamente à população é admissível o apoio integral das despesas pelos mecanismos de incentivo cultural. Sendo o caso de expressão cultural popular ou sem possibilidade de retorno financeiro, o apoio estatal deve ser mais intenso que aos potencialmente lucrativos.

Para os projetos com finalidade lucrativa também é adequado o apoio superior às pequenas empresas do que às demais, com fundamento na Constituição. Tratando-se de projeto apresentado por pessoa física, o limite dos aportes deve ser menor do que o das pequenas empresas, com o objetivo de se incentivar a formalização da atividade.

O incentivo fiscal, em regra, deve ser para a própria atividade apoiada, ou seja, a atividade cultural deve ter seus tributos reduzidos. O apoio deveria ser voltado à atividade cultural em si, mediante redução ou isenção de impostos e contribuições, concessão de crédito presumido equivalente às contribuições previdenciárias pagas e outros mecanismos.

No caso da Lei Rouanet há um fomento às avessas ao conceder recursos públicos que seriam impostos devidos por outras empresas. Se isso faz sentido em caso de instituições de caridade, a

dedução fiscal de uma empresa para outra de grande porte da área cultural não é tão evidente.

A opção legal pelo abatimento do imposto de renda possui mais desvantagens do que vantagens. O dinheiro que deixará de ingressar ao erário deveria sair diretamente dos cofres públicos, condicionado à captação do patrocínio ou doação. O patrocínio deveria se dar sem abatimento fiscal. Assim, a empresa incentivaria a cultura por responsabilidade social ou com o objetivo de se promover publicitariamente, não simplesmente para dar um destino a uma “verba perdida”. O modelo atual acaba tornando o incentivo cultural uma operação muito complexa para os produtores culturais, que exige a contratação de profissionais especializados em captação de recursos.

Portanto, são diversas as possibilidades de aprimoramento do regime legal vigente. Além das aqui sugeridas, para fins de incentivo pelo mecenato, o projeto de lei anteriormente mencionado estabelece pontuação aos projetos, mediante cumprimento de diversas medidas de acessibilidade, difusão cultural e formação profissional, adequação ao Plano Nacional de Cultura, entre outras. Dispõe sobre a pontuação mínima para obtenção de autorização para captação de recursos, para fins de classificação dos projetos que serão beneficiados e graduação do percentual de imposto a ser abatido. Muitas delas sequer dependem de alteração legislativa para serem implementadas.

## **6. Considerações finais**

Conforme se buscou demonstrar, a alocação de recursos públicos deve ser feita de maneira racional e mediante critérios isonômicos, distinguindo projetos com potencial de retorno financeiro de outros sem essa característica e que, apesar disso, não perdem a importância para a sociedade.

Pretendeu-se evidenciar que a própria opção pelo incentivo fiscal é criticável. A forma do incentivo deve ser desburocratizada.

Se o dinheiro é público, não há justificativa para se buscar um particular para disponibilizá-lo. Deve-se ressaltar que muitos projetos, apesar de aprovados, deixam de ser executados por falta de captação. Com certeza outros não são sequer apresentados ao Ministério da Cultura.

Uma lei de incentivo cultural deve incentivar a área da cultura, não o patrocinador ou o investidor financeiro. Impõe-se fomentar a produção cultural, inclusive com a possibilidade de se obter lucros, observada a aplicação do dinheiro público com vistas à promoção do interesse público, seja mediante distribuição de ingressos gratuitos a determinados públicos, como alunos de escola pública, ou redução do seu valor. O retorno social deve ser sempre proporcional ao montante de dinheiro público aplicado.

Como comprovado, o abatimento integral do imposto devido não é a opção mais adequada, o doador ou patrocinador deve desembolsar efetivamente recursos próprios para o fomento cultural. No mecenato, o ideal seria que o Ministério da Cultura aprovasse o projeto e que os recursos públicos viessem diretamente do Estado, ficando condicionada sua liberação à arrecadação da contrapartida privada do patrocinador e doador ou ainda recursos próprios do proponente, por exemplo.

Isso diminuiria a burocracia referente ao cálculo da isenção fiscal, simplificaria o procedimento perante a Receita Federal, já que não haveria qualquer dedução tributária. O modelo adotado pelo país é típico do neoliberalismo, cuja ideologia é contrária à intervenção do Estado na economia. Ocorre que a Constituição obriga o Estado a incentivar a cultura, por isso a opção legislativa não parece ser a melhor para o Brasil.

O ideal é que haja uma ampliação na participação de projetos apoiados com recursos do Fundo Nacional de Cultura, admitindo-se inclusive que empresas de pequeno porte se beneficiem desta modalidade de incentivo. Na outra ponta, além de acabar com o abatimento integral de tributos no mecenato, é fundamental que os Fundos de Investimento Cultural e Artístico (Ficart) recebam



tratamento tributário mais favorável que os atuais para que saiam do papel e se tornem realidade. Isto porque o investimento é o instrumento mais adequado para fomento a atividades culturais de grande porte e com elevado potencial lucrativo. O impacto na arrecadação seria praticamente zero, pois atualmente não existem fundos ativos nesta modalidade.

Embora tenha consolidado um mecanismo efetivo de incentivo cultural, a Lei Rouanet não atende mais às necessidades atuais, devendo ser modificada para capilarizar o fomento cultural, tanto regionalmente quando em relação às demandas de cada setor, com tratamento diferenciado para a indústria cultural, para as pequenas produções e para as expressões populares, priorizando sempre a cultura nacional.

## 7. Referências

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação n.º 034.369/2011-2. Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Tribunal Pleno. Julgado em 03.02.2016.

CESNIK, Fábio de Sá. **Guia do incentivo à cultura**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2012.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988**: representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Recife, 2004. 233 f. Tese (Doutorado em Direito), Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco.

FERNANDES, José Luis. **O show business no Brasil nas décadas de 80 e 90**: A influência da Folha de S. Paulo no Marketing Cultural da “Souza Cruz” e no crescimento do Mercado de Eventos Nacional. [São Paulo, 2012. 202 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade Casper Líbero]. Disponível em: <<http://casperlibero.edu.br/mestrado/dissertacoes/o-show-business-no-brasil-nas-decadas-de-80-e-90-a-influencia-da-folha-de-s-paulo-no-marketing-cultural-da-souza-cruz-e-no-crescimento-do-mercado-de-eventos-nacional/>>. Acesso em: 27 maio 2016.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e flexibilidade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINS, Natália Luiza Alves; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. O pretendido Sistema Nacional de Cultural (SNC) em contraste ao Sistema Nacional do Meio Ambiente. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 4, n. 7, p. 185-204, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/233>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Apontamentos sobre incentivos fiscais no Brasil. **Revista Tributária e de finanças públicas**, São Paulo, v. 119, p. 201-229, nov./dez. 2014.

PEDRA, Layno Sampaio. **Democracia e fomento à cultura**: uma análise do fundo de cultura da Bahia. Salvador, 2013. 188 f. Dissertação (Mestrado em Cultura e Sociedade) – Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos, Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/13261>>. Acesso em: 15 maio 2016.

RABELO, Cecília Nunes. **As mudanças na lei de incentivo à cultura (Lei Rouanet) quanto ao Fundo Nacional da Cultura**. Disponível em: <[http://www.direitosculturais.com.br/artigos\\_interna.php?id=30](http://www.direitosculturais.com.br/artigos_interna.php?id=30)>. Acesso em: 30 maio 2016.

RUBIM, Antonio Albino Canelas. Políticas culturais e sociedade do conhecimento no Brasil. **Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas**, Santiago de Compostela, Espanha, v. 7, n. 1, p. 127-142, 2008.

RUBIM, Antonio Albino Canelas. Políticas culturais e sociedade do conhecimento no Brasil. **Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas**, Santiago de Compostela, Espanha, v. 7, n. 1, p. 127-142, 2008]. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/1287>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

SILVA, Juliana Sberze Pacheco. **Planejamento econômico e fomento público**: instrumentos para o desenvolvimento nacional. Curitiba, 2008. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em:

<<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/16829>>. Acesso em: 15 maio 2015.

TOLLILA, Paul. **Cultura e economia**: problemas, hipóteses, pistas. Tradução de Celso M. Paciornik. São Paulo: Iluminuras, 2007. Disponível em: <[http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau\\_pdf/000577.pdf](http://d3nv1jy4u7zmsc.cloudfront.net/wp-content/uploads/itau_pdf/000577.pdf)>. Acesso em: 09 jun. 2016.

VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.



## **Parte III**

### **Administração pública: estruturas de poder, controle e corrupção**



# Patologias corruptivas no Poder Judiciário: o efeito direto na cidadania e a necessidade de enfrentamento

*Leonardo Jensen Ribeiro<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O servidor e o membro do Poder Judiciário como sujeitos ativos da corrupção e o efeito direto na população. 3. Possibilidades de enfrentamento da corrupção no Poder Judiciário. 4. Conclusões. 5. Referências.

## 1. Introdução

A corrupção é uma pandemia e sua ocorrência é disseminada aos mais diversos grupos de pessoas. Embora esteja em voga no Brasil o lugar-comum de que é afeta somente aos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário também sofre seus sintomas. E isso acontece, principalmente, pois a corrupção vem desde os pequenos atos de qualquer cidadão (aqui visto no significado mais amplo, e não na forma restritiva de que cidadão é somente quem pode exercer o direito ao voto). Não é necessariamente uma dádiva ou uma exclusividade dos poderosos.

A conceituação da corrupção é a do próprio mal em si, já que prejudica uma cadeia inimaginável de pessoas em diversas esferas. No Judiciário soma-se essa situação ao excesso de trabalho, e passa-

---

<sup>1</sup> Mestrando e graduado pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens. Servidor concursado do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul desde 2013. E-mail: ljribeiro@tj.rs.gov.br

se a entender a corrupção só como a ampla apropriação indevida de valores, ignorando o fato de que ela está, inclusive, no atraso propositado de processos, no descumprimento de ordens judiciais e no atendimento prejudicial às partes, no caso dos servidores, e na venda de decisões judiciais, favorecimento e longos períodos de ausência injustificada nos fóruns no caso dos magistrados.

Nessa confusa massa de circunstâncias existe um núcleo, que é o cidadão, àquele para qual foram criadas e mantidas em funcionamento as instituições e os Poderes. É o povo o maior prejudicado em diversas circunstâncias e pela tomada de decisões daqueles tidos como poderosos. E isso ocorre também no Judiciário, mesmo nas mínimas circunstâncias. Aqui se entenderá cidadania como conjunto de direitos, que podem ser concedidos por um Estado ou conquistados através da luta contra ou pelo Estado, a que todos, sejam nacionais ou estrangeiros, têm direito a tratamento equânime.

O enfrentamento é necessário, demanda a integração do Poder e da sociedade e deve ser feito da maneira mais rápida possível. Na presente investigação são demonstradas algumas circunstâncias de corrupção no Poder Judiciário e possibilidades de enfrentamento do problema.

## **2. O servidor e o membro do Poder Judiciário como sujeitos ativos da corrupção e o efeito direto na população**

O serviço público no Brasil é herança da colonização portuguesa e foi ditado e executado nos moldes lá realizados. Com o passar dos anos foi sendo incrementado a uma realidade cada vez mais distante da pátria colonizadora, mas o vício da corrupção que de lá já advinha não quis cessar.



Faoro<sup>2</sup> diz que os funcionários recebem titulações e patentes que compensam o fato de que seus ordenados pouco crescem no curso dos anos, embora o número de funcionários seja cada vez maior. Mas que o aumento das despesas pessoais é flagrante, e, conseqüentemente o aumento da corrupção: “essa degradação dos vencimentos explicará as inúmeras denúncias de corrupção, aliada à violência, instrumento, esta, para garrotear os súditos, sobretudo se as distâncias e o tempo os desamparam da vigilância superior”.

Essa descrição fala da origem da nação brasileira, momento em que os servidores públicos ainda eram quase todos naturais de Portugal, mas a situação pode ser muito bem descrita atualmente. A circunstância que ali se lê como fundamentação e muitas vezes justificativa para a corrupção está ainda hoje claramente presente: a eterna reclamação salarial.

Esses costumes são trazidos pelos funcionários públicos desde àqueles advindos conjuntamente com a coroa portuguesa, que faziam das leis sua ferramenta de deturpação clara do sentido do que era servir ao público, utilizando-se de suas funções em circunstâncias espúrias e para ostentar status.

Vê-se que são centenas de anos que passaram sem que houvesse uma conscientização, uma reflexão humilde sobre a situação do servidor público e do magistrado, tempo perdido em que poderia ter havido a reforma e a melhoria dos serviços judiciais e que, como herança de longa data, nos resta agora um esforço muito maior do que seria antes despendido (já que resolver a problemática no início é obviamente mais salutar e rápido) para coibir as práticas repetidas ao largo de toda a existência do país.

Diz Gorczewski<sup>3</sup> que “quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas

---

<sup>2</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 4 ed. São Paulo: Globo, 2008. p. 198-199.

<sup>3</sup> GORCZEWSKI, Clóvis. **Direitos humanos, educação e cidadania**: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009. p. 180.

constituições e de uma infundável sucessão de violações da legalidade constitucional” construíram o acúmulo infundável de pessoas e gerações sem rumo.

Quanto à corrupção, cabe entender aqui que não é só recebimento de volumes voluptuosos de dinheiro para que se tenha uma decisão desta ou daquela maneira. Se objetiva verificar sua existência na atitude de servidores e Magistrados, desde as menores, mas ainda vis, possibilidades de ocorrência de violações de direitos.

Leal<sup>4</sup> fala que a corrupção é um fenômeno múltiplo, com diversas razões e consequências, que deve ser abordada não só no direito, mas em diversos campos do conhecimento, pois não é facilitada sua compreensão, dada a complexidade de sua dimensão.

Nos servidores isso reside desde o atendimento desidioso, o atraso dos processos colocados em pilhas sem qualquer organização prática simplesmente pelo desgosto de uma solicitação de advogado ou parte, servidores que buscam tão somente remunerações maiores por meio de funções gratificadas, mas que ignoram os ônus de tais exercícios, o atraso na chegada e a antecipação de saída em razão de não haver controle por ponto, o uso de material pertencente ao Poder Judiciário para fins pessoais, como impressões que vão desde materiais de aula ou preparatórios para concursos até receitas de bolo.

Veja-se que há também problemas por vezes envolvendo a não realização de audiências, intimações, citações, atos de mero expediente, atos que impliquem restrição de liberdade ou patrimonial, próprias de Oficiais de Justiça ou outros serventuários, cujas causas podem estar vinculadas a comportamentos corruptivos destes agentes em conluio com interessados, ou mesmo em face do desconhecimento das normas processuais e ausência de rotinas cartorárias que permitam a

---

<sup>4</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade:** causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. p. 80-81.

agilização necessária, ocasionando morosidade processual e cumprimento errado ou inadequado dos despachos e sentenças.<sup>5</sup>

Isso ocorre porque a fiscalização do trabalho, que tem melhorado significativamente, como será relatado no caso dos servidores de segundo grau, não ocorre ainda no primeiro grau, pela ausência de plano de carreira, e, como as comarcas são distantes da capital, as corregedorias, embora muito eficientes, não têm sobre os cartórios uma vigilância tão constante quanto seria necessário, bem como as direções de foro, responsáveis localmente por essa fiscalização, estão atribuladas de trabalho em tantas outras esferas como concessão de férias, licenças, procedimentos de jurisdição voluntária e outras funções, que não conseguem dar conta dessa fiscalização da maneira mais adequada.

A falta de fiscalização nos setores, nas varas judiciais, nos cartórios extrajudiciais, por parte das Corregedorias, ou a falta de pessoal para possibilitar tais correições facilitam as práticas corruptivas menores e diárias, já que não existe ninguém para fiscalizar o funcionário, que é dono de si e de suas funções, até que alguém ou algum ato diga o contrário, o que acontece raramente.

No que tange aos Magistrados são mais visíveis as desigualdades destes perante o cidadão comum. Aliás, embora neguem o título (pois por um agrado legislativo são içados ao caráter de membros, de verdadeiras propriedades do Poder Judiciário, equiparáveis a prédios em algumas legislações, vide a lei eleitoral, que os considera órgãos tanto quanto o cartório eleitoral) são servidores públicos antes de tudo, submeteram-se aos mesmos ditames de concurso público que o técnico e o analista judiciário, mas com a adição de algumas fases a mais, nada que já não ocorra nos concursos para Diplomata, Procurador da União, e até cargos de

---

<sup>5</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade:** causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. p. 99.

nível médio como agente penitenciário da Superintendência dos Serviços Penitenciários.

Pois bem, os Juízes são desobrigados de estarem nos fóruns durante todo o expediente, podendo escolher seu horário de trabalho sem qualquer tipo de fiscalização, e sendo obrigados somente a permanecer durante um dos turnos do dia dentro do prédio. A ausência injustificada de um Magistrado durante um ou mais dias não é fiscalizada por ninguém, e nem é motivo de reprimenda. É sabido que há circunstâncias de utilização de funções e cargos de confiança como moeda de troca para levar quase à escravização dos servidores, fazendo-os permanecer por muitas horas além do tempo obrigatório dentro dos fóruns. É também relatada a ocorrência de venda de sentenças, despachos ou atraso injustificado para confeccioná-los.

Aristóteles<sup>6</sup> reflete se “deverão ser os homens superiores e ser senhores de tudo? Será preciso, nesse caso, que os outros sofram uma espécie de degradação, pois que não gozarão das realias ligadas às frações públicas”. Ou seja, para que haja chefes e correição, há que haver submissão e pessoas que admitam a submissão, e como a maioria não admite, não é difícil demonstrar que centenas de anos já provam a existência da resistência dos submissos, a prática de atos corruptivos nem sempre em benefício, mas para causar prejuízo proposital ao colega, à chefia, demonstrando a natureza humana em suas práticas e atitudes mais pútridas.

Essa é uma circunstância que talvez aponte a dificuldade de aceitação da submissão aos Magistrados, pessoas que, a partir do momento da aprovação no concurso público começam a possuir poderes superiores inclusive ao do próprio Estado, já que por muitas vezes e em diversas ações obrigam o Estado a fazer ou deixar de fazer algo.

Também em razão de o cargo ser praticamente vitalício (observe-se a mudança feita pelo Supremo Tribunal Federal que

---

<sup>6</sup> ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005. p. 91.

estende a aposentadoria compulsória para os setenta e cinco anos, maior do que a média de vida no país), ou seja, uma vez empoderados, isso os acompanha até a velhice, e também a submissão dos cidadãos aos mandos do Judiciário é vitalícia. “Sem dúvida a virtude inerente ao mando e à obediência não é a mesma; mas é preciso que o bom cidadão saiba e possa obedecer e mandar; o que faz a sua própria virtude é formar os homens livres sob esta dupla relação”.<sup>7</sup>

Aqui se vislumbra também o caso dos cargos de confiança, pessoas que são escolhidas sem necessidade de concurso público, para exercer, principalmente no caso do Judiciário, cargo de assessoria de Magistrados. Essas pessoas podem ser demitidas, pois não detêm a estabilidade do servidor público.

Pois bem, num cenário onde uma pessoa é contratada para exercer um serviço muito bem remunerado, que o equipara a um Magistrado ao menos no exercício das funções, que é uma escola para uma eventual tentativa de concurso para magistratura, há casos em que servidores se sujeitam a circunstâncias muito além das regras de trabalho para manter o cargo, circunstâncias que ultrapassam a legalidade.

A obra Nobre Deputado, embora fictícia e romantizada, relata em breves notas, mas com precisão cirúrgica ocasiões em que a corrupção paira sobre o Poder Judiciário. Sobre essas situações também há centenas ou talvez milhares de processos administrativos findos e em andamento nos Tribunais de Justiça pátrios, mas que, por serem procedimentos internos não vão ao conhecimento do grande público.

O caso das pessoas contratadas na esfera pública, aliás, ganhou maior repercussão agora com a aprovação da Lei da Terceirização, que permite externalizar o serviço considerado como finalidade do órgão, e não mais somente os serviços acessórios como a limpeza, a segurança e a cozinha.

---

<sup>7</sup> ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005. p. 82.

Mas no Judiciário essa circunstância já ocorre em larga escala há muitos anos, e novamente a obra fictícia quase que realista faz um apontamento bastante relevante: “esses servidores sem concurso são muitos. E seu número aumenta cada vez mais”.<sup>8</sup> É bem verdade que o número de cargos de confiança aumenta a cada ano, e isso, ao menos por enquanto, é bastante perigoso, haja vista que estes servidores não estão submetidos aos mesmos critérios de avaliação dos detentores de cargos efetivos, sequer precisam passar por estágio probatório.

Todas essas circunstâncias configuram claras patologias corruptivas, são fundamentadoras da corrupção. Elas são meios de justificação, por aquele que é corruptor, pois se não há perspectiva de melhora, de crescimento profissional, se as vantagens devem ser obtidas somente com humilhação ou com trabalho além do que foi aceito quando da nomeação ao cargo, ou burlando um sistema que não tem muita vigilância, o caminho é àquele mesmo dos servidores portugueses lá da formação do país.

Mas cabe aqui dizer que não se está objetivando uma generalização do serviço público, e sim uma explicação acerca dessas situações onde elas efetivamente ocorrem. Não é objetivo desta investigação atuar como corregedoria, mas sim descrever as circunstâncias onde ocorrem e suas possíveis soluções.

O serviço público é visto com maus olhos pela população em geral, que tem nos servidores pessoas preguiçosas e desinteressadas, que, após terem feito um concurso público, por vezes em circunstâncias questionáveis, não se importam mais com o progresso da sociedade, esperando o final do mês para receber seus vencimentos. Não é essa a leitura que deve ser feita a todos, mas também não está de todo incorreta.

---

<sup>8</sup> REIS, Marlón. **O nobre deputado**: relato chocante (e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira. Rio de Janeiro: LeYa, 2014. p. 111.

A corrupção é claramente uma violação dos Direitos Humanos e fundamentais, pois, como diz Leal<sup>9</sup>: “quando os atos corruptivos são utilizados como formas de violação dos sistemas jurídico como um todo (o caso de suborno de servidores públicos para agilizarem procedimentos burocráticos), o que afeta, por si só, a ordem jurídica posta”.

Os funcionários públicos, sem exceção, têm o rabo preso com o grupo que detém o poder. É bom se registrar que não se ameaça diretamente servidor algum. A persuasão é sutil<sup>10</sup>. É relevante a citação desta obra de ficção que narra o discurso de um Deputado acerca de seu posicionamento em relação aos servidores públicos, pois é um retrato de uma opinião geral e recorrente e que é reforçada pelas práticas corruptivas e pela lentidão tão já conhecida dos processos.

Mas o funcionário público antes de tudo é um cidadão, uma pessoa que, fora do seu ambiente de trabalho, também necessitará da prestação de serviços públicos por seus pares. Não é absoluto em seu trabalho e dele não pode extrair tudo que necessita. É cidadão de direitos e deveres e por muito mais vezes será o utilizador dos serviços do que o prestador, já que trabalha em uma pequena esfera de uma quantidade absurda de setores e órgãos públicos.

Além disso, o servidor de qualquer esfera, mas especificamente para este trabalho, além dos princípios mais básicos ensinados no Direito Administrativo, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devem respeitar também o princípio da cortesia que “trata-se de princípio cujo significado jurídico é de difícil apreensão e controle. Em termos gerais, significa que os usuários devem receber os serviços do modo o mais cortês possível”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. p. 97-98.

<sup>10</sup> REIS, Marlón. **O nobre deputado**: relato chocante (e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira. Rio de Janeiro: LeYa, 2014. p. 111.

<sup>11</sup> MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 175.

Mas não basta só uma conscientização da população, como se fosse colocar na conta do povo toda a culpa da corrupção, e como se sua desconfiança fosse desmedida e incorreta. Os servidores e Juízes devem entender seu lugar no serviço público como cidadãos, prestadores de serviço e de atendimento à população em geral. Quando se faz um concurso público, para um cargo de servidor, a própria etimologia da palavra já explica a sua função, mas alguns parecem esquecer essa premissa assim que assumem o cargo.

### **3. Possibilidades de enfrentamento da corrupção no Poder Judiciário**

A própria aceitação das instituições e das obrigações advindas das ordens prolatadas pelo poder Judiciário em um país de mais de duzentos milhões de habitantes, sem que haja um levante social, ou revolta, já é, por si só, surpreendente. O contrato social de Rousseau funciona, ao menos pelo lado da população, quase que sem falhas. As pessoas se determinam e se organizam de acordo com leis das quais sequer participaram da criação. Um exemplo, que se ampara bem na presente investigação, é o Código Penal, datado de 1940, é impressionante conceber a submissão de pessoas a uma legislação tão antiga.

Veja-se, não houve por parte da população atual, em sua grande maioria, a presença ou a opinião ou qualquer tipo de manifestação quando da entrada em vigor do Código Penal, pois, vendo de maneira hipotética, uma pessoa teria ao menos que ser adolescente à época para compreender o que estava sendo aprovado. Colocamos, portanto, um jovem de quinze anos de idade em 1940, essa pessoa teria agora noventa e dois anos de idade. Existem pessoas dessa idade? Com certeza, mas não são nem um por cento da população total do país. É bastante esclarecedora a ideia de que “o primeiro que, cercando um terreno, se lembrou de dizer “Isto é



meu” e encontrou pessoas bastante simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil”.<sup>12</sup>

Ainda assim, o povo brasileiro vem aumentando gradativamente a preocupação com as instituições e com a legislação, reflexo disso é o interesse crescente em política, em operações policiais como a Lava Jato e no conhecimento e reconhecimento dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que antes eram ilustres desconhecidos da população brasileira.

Preocupar-se com as instituições e com a efetivação os direitos humanos no Judiciário e nos demais Poderes pátrios é, antes de tudo, o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o maior de todos os intentos e obrigações do ser humano, garantidor da vida e da proteção de todas as pessoas, é obrigação constitucional, mas, acima de tudo, é obrigação moral.

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>13</sup>

No entanto, essa população ainda tem um conhecimento bastante limitado sobre a estrutura interna do Poder Judiciário, e se confunde com frequência nas diversas ramificações do Poder. Um exemplo bastante claro disso é a obtenção de certidões por aprovados em concursos públicos ou simplesmente para fazer uma

---

<sup>12</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005. p. 57.

<sup>13</sup> BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 573.

visita ao familiar recolhido junto à uma casa prisional. São diversas as certidões, das mais variadas justiças: Estadual, Federal, Eleitoral, do Trabalho e por vezes até Militar.

É necessário também facilitar as práticas judiciárias, para que o cidadão simples e sem instruções jurídicas de ensino superior possa entender a estrutura do Poder que ele mesmo sustenta. Os advogados, os servidores, os membros, são todos ferramentas de mudança dessas instituições, pois não há que se aguardar o legislativo, há medidas que podem ser tomadas direto na fonte, nas disciplinas de prática jurídica nas faculdades de direito, no trato diário na convivência dos prédios do Judiciário.

Outrossim, como o Brasil ainda caminha muito distante do enfrentamento das desigualdades sociais, sendo um país de extrema pobreza e riqueza ao mesmo tempo, em que uns são tão poderosos a ponto de se firmarem na lista das pessoas mais ricas do mundo, enquanto outros milhões estão na ou abaixo da linha da pobreza. Essa circunstância não é de nenhuma ajuda para a garantia da ordem social e para creditar as instituições.

Rousseau<sup>14</sup> fala da desigualdade humana como uma circunstância dividida em duas espécies: uma natural ou física, criada pela natureza, consistente na diferença das idades entre pessoas que convivem num mesmo tempo e a outra moral ou política, que depende da prática dos atos que essas pessoas vierem a fazer. Esta última é a que está intrinsecamente ligada às hierarquias e ao uso do relativo poder que um cargo pode dar a uma pessoa durante determinado período de tempo, e o que ela fará quando o detiver.

Um povo que caminha em uma rasa e breve consciência de sociedade e pertencimento sequer sabe quais são as razões de tantos prédios públicos com nomes diferentes, que se assemelham só pela palavra Justiça, quiçá saberá que tem estes serviços como seu direito

---

<sup>14</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005. p. 27.

de contribuinte, muito menos que pode reclamar-lhes eficácia em órgãos corredeiros.

A autonomia das pessoas, com a facilitação do acesso e do entendimento dos serviços proporrá um novo espaço de debates para que, com maior inclusão, mais pessoas possam manifestar suas opiniões acerca do Judiciário, ajudando a transformá-lo, compreendê-lo e participar do seu dia-a-dia.

Essa emancipação é a conscientização da população acerca de seu poder perante as instituições, que não estão ali somente como opressoras, com pessoas que são vistas como superiores e impositores da verdade absoluta. “Para fins de concretizar o intento resta necessário a figura de um juiz ativo bem como a participação ativa das partes, o que trará como resultado a efetivação da isonomia entre os sujeitos do processo”.<sup>15</sup>

Mas essa conscientização passa por um conhecimento maior, uma pesquisa e um interesse sobre quem são àquelas pessoas diariamente dizendo o que devemos fazer, sendo que suas decisões possuem peso e força, podem ser cumpridas mesmo que na discordância de quem é sucumbente, com auxílio policial e sem que se pergunte nada.

Esperar que o governo, a estrutura imensa e gigantesca de servidores e atos burocráticos que demoram dezenas de anos para mudar uma pequena legislação, conceder uma patente ou organizar um concurso público é desnecessário e completamente preguiçoso. Como diz Rousseau<sup>16</sup>: “Não somente o governo dispõe de menos vigor e celeridade para fazer com que as leis sejam observadas, impedir as vexações, corrigir os abusos, prevenir as atividades sediciosas que possam ocorrer nos sítios afastados, como o povo tem menos afeição por chefes que ele nunca vê”.

---

<sup>15</sup> COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Henning (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015. p. 89.

<sup>16</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005. p. 66.

Ocorre que em geral os cidadãos desconhecem aquelas pessoas e qual a sua importância para o andamento dos seus processos, bem como não têm nenhuma consciência de serem detentores de direitos que vão ao extremo de poder exonerar aquelas pessoas que não trabalharem de forma digna e produtiva no serviço público.

Leal<sup>17</sup> refere o art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – ICCPR, da Organização das Nações Unidas, que garante a toda pessoa humana a administração do sistema de justiça de maneira justa, efetiva e eficiente, tratando todos como iguais e com direito de serem ouvidos em qualquer tribunal ou corte com imparcialidade e respeito.

O ambiente do judiciário é de litígios, local do qual a maioria das pessoas quer distância, que remete a brigas e descontentamentos. É muito frequente ouvir um cidadão qualquer, orgulhosamente ostentando o fato de nunca ter adentrado um fórum, ou, quando o faz, ressaltando ao primeiro funcionário que vê que esta é a sua primeira vez naquele local. “Nesse ambiente, as relações sociais entre os indivíduos são marcadas pelos conflitos, visto que os seres humanos estão sempre em busca de interesses, expectativas e valores o que, em inúmeras vezes, não se harmonizam com os interesses de seus iguais”.<sup>18</sup>

De qualquer sorte, não é interesse submeter a população ao extremo da desconfiança e descontentamento com o serviço público, nem fomentar a já ocorrente disputa entre o setor público e a população em geral. Aceitar a lei imposta, sem que haja discussão também não é o objetivo, as pessoas têm direito de petição e de se revoltarem com o que está posto, mas devem fazê-lo pelos meios legais e dentro de um processo válido e eficaz.

---

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. p. 99.

<sup>18</sup> DIEHL, Rodrigo Costa; FORTES, F. S.; PORTO, Rosane Teresinha (Org.). **O direito na atualidade e o papel das políticas públicas**: a criança e o adolescente no centro da agenda política. Curitiba: Multideia, 2016. p. 115.

Mas a violência em geral e generalizada também faz gerar desconfiança quanto às instituições e o povo que não pode portar armas, mas também não consegue confiar nas polícias, que não tem gerência absoluta sobre sua vida, mas desconfia de todos os senadores e deputados e das leis que o Judiciário acaba por aplicar, acaba sendo isentado em sua própria desconfiança, pois parece de certo modo justificável.

Diz Hobsbawm<sup>19</sup> que “quando a lei carece de legitimidade e o respeito a ela depende, sobretudo, do medo de ser apanhado e punido, é muito mais difícil mantê-la vigente, além de ser mais caro”. É uma das explicações plausíveis para o fato de haver crescente desrespeito à lei e aumento brusco da violência, em todos os lugares do país.

Ainda, a descrença por parte da população nas instituições é critério de desmotivação para o estabelecimento de soluções alternativas de conflito, de conciliações e mediações, pois os litigantes aportam em um local onde não confiam na outra parte, nos seus advogados, nos servidores do Judiciário e no Magistrado. Querer que pessoas com esse nível de desconfiança e sem qualquer perspectiva de melhora aceitem passivamente qualquer decisão que lhes é imposta é bastante ingênuo. É em razão disso que a melhoria das instituições é imperiosa.

Também é necessário que as pessoas passem a acreditar mais umas nas outras, pois “quando os litigantes não acreditam na boa-fé que envolve uns e outros, quando a presunção é de má-fé processual, torna-se difícil, quase impossível, que exista colaboração/cooperação processual”.<sup>20</sup>

Num cenário ideal a população deve ver no Poder Judiciário mais uma alternativa pela busca de seus direitos fundamentais,

---

<sup>19</sup> HOBBSAWM, Eric J. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 144.

<sup>20</sup> COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Henning (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015. p. 95.

quando não assegurados diretamente pelos responsáveis, quando recusados os meios alternativos de solução de conflitos, é naquele prédio indesejado que se deve entrar, é ali onde serão atendidos os anseios mais inatingíveis do cidadão.

Nessa circunstância a mudança de visão do cidadão o torna consciente de direitos e senhor de suas atuações perante o espaço público. Ele o conhece e gosta de estar nele, de estar inserto em suas discussões e demandas, começa a ser participativo e torna-se um agente político na melhor acepção da ideia. “O espaço público é visto como uma arena de discurso, autônoma em relação ao sistema político, como um local onde se realiza a interação intersubjetiva de cidadãos conscientes, solidários e participativos”.<sup>21</sup>

Quanto à integração entre a visão do cidadão e o Poder Judiciário, este último é tido nas piores acepções possíveis. Vê-se um grupo de pessoas que são considerados servidores públicos privilegiados inclusive pelos servidores de outros poderes, detentores de recessos, feriados largamente prolongados e vencimentos muito superiores, mesmo num cargo técnico, aos percebidos, por exemplo, por um professor com especialização que leciona em uma universidade sem regime de dedicação integral.

Qualquer notícia ou suspeita de algo incorreto que inicie nesse Poder ou seja praticado por algum de seus membros ou serventuários é visto como a personificação do mal. E a corrupção quando dentro da instituição exerce justamente esse papel.

Dizem Garapon e Salas<sup>22</sup>, que “se a justiça está a braços com o mal, é precisamente porque sua acção não basta para o reduzir. Essa irreduzibilidade prática do mal remete, antes do acto, de um julgamento que decide e volta a dividir, prepara o seu carácter inexprimível e insondável”.

O movimento de mudança já vem se desenhando, e nas mais diversas esferas institucionais, basta notar nos editais de concurso

---

<sup>21</sup> VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 64.

<sup>22</sup> GARAPON, A.; SALAS, D. **A justiça e o mal**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 118.

público que hoje já é imperioso estudar o Código de Ética do cargo ou da instituição na qual pretende se inserir. E isso é bastante novo, há poucos anos sequer era necessário saber da existência de um código de ética próprio da instituição, e não seria incorreto dizer que alguns servidores mais antigos, fruto destes concursos anteriores, o desconhecem até hoje.

Conforme Leal<sup>23</sup> “o Brasil possui hoje vários documentos que tratam do tema da Ética Pública em especial o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal e o Código de Conduta de Alta Administração Federal”, apenas citando alguns dos códigos de relevância mais abrangente.

A ética não é algo subjetivo, que se lê para a aprovação e depois se esquece, nela estão os conceitos basilares para a eficiência e a execução de um bom serviço, seja ele público ou privado. A ética também é necessária às partes, aos advogados e aos terceiros interessados. Deve ser constante e presente no âmago dos seres humanos.

Ihering<sup>24</sup> diz que “não é a estética, mas a ética que há de nos revelar se alguma coisa condiz com a essência do Direito ou com ela entra em conflito. E a ética, longe de condenar a luta pelo Direito, aponta-a como um direito dos indivíduos e dos povos”.

E o Judiciário é conhecedor dessas circunstâncias de desconfiança da população e de que existem e são frequentes as atividades corruptivas, tanto é que vem demonstrando crescente preocupação com a corrupção e outras práticas criminosas, pela adoção de técnicas de melhoria do andamento dos processos, provimento de pessoal e legislação administrativa para a regulamentação e uniformização dos serviços judiciais.

---

<sup>23</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. p. 65.

<sup>24</sup> IHERING, Ruldof von. **A luta pelo direito**. Tradução de Richard Paul Neto. Rio de Janeiro: Rio, 2004. p. 94.

Conforme Diehl, Fortes e Porto<sup>25</sup>, “o Poder Judiciário vem tentando colocar em prática o que está expresso na Constituição Federal para solucionar os milhares de conflitos que vem tramitando há anos nas comarcas, mas se sabe que o acesso à justiça de que se fala é de certa forma complicado”. E isso se dá pela ausência de empatia dos servidores, pela distância dos magistrados da população, pela inexperiência dos advogados e também pelo desinteresse da população na Justiça e nas suas práticas diárias.

Exemplo disso é o documento da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, que fez um diagnóstico da impunidade e possíveis soluções, ou seja, estão os magistrados brasileiros atentos a essa ocorrência e perseguindo soluções, como se vê da introdução do livro confeccionado pela AMB acerca da investigação feita:

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), após os estudos pertinentes, traz a público um diagnóstico da situação dos processos relativos aos detentores de foro privilegiado que tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ). A análise dos números demonstra a necessidade urgente de ações que possam colaborar para a efetiva punição dos crimes cometidos por autoridades. Nesse sentido, a AMB também apresenta um pacote de sugestões em defesa do patrimônio público, combate à corrupção e pelo fim da impunidade das autoridades detentoras de foro privilegiado.<sup>26</sup>

Ainda assim, é complicado impor práticas de melhoria, pois estas demandam andar pelas comarcas, conscientizando os servidores, chamá-los para cursos nas capitais, nas escolas dos tribunais, além de confeccionar materiais que esclareçam aos servidores e à população acerca das medidas tomadas, das regras de

---

<sup>25</sup> DIEHL, Rodrigo Costa; FORTES, F. S.; PORTO, Rosane Teresinha (Org.). **O direito na atualidade e o papel das políticas públicas**: a criança e o adolescente no centro da agenda política. Curitiba: Multideia, 2016. p. 28.

<sup>26</sup> ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB. **Juízes contra a Corrupção**: diagnóstico da Impunidade e possíveis soluções propostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Disponível em: <<http://www.amb.com.br>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.



boa conduta. E isso tudo passa pela questão do orçamento do Estado, o qual está, sempre que solicitado, á beira da falência e é incapaz de prover além do mínimo vital. “E, contudo, mal restam recursos para os casos extraordinários, e quando é necessário a eles apelar, o Estado se acha sempre à beira de sua ruína”.<sup>27</sup>

No entanto há diversas práticas sendo utilizadas e tendo resultados bastante eficientes nos Tribunais pátrios, algumas delas serão relatadas aqui como exemplos de enfrentamento das patologias corruptivas. “Com efeito, colocar em prática as promessas constitucionais passou a exigir um Poder Judiciário mais atuante, provocado por inúmeros instrumentos direcionados a garantir um efeito concreto do novo sistema jurídico”.<sup>28</sup>

Uma das práticas é a avaliação constante dos servidores de segundo grau, que já foi implementada com o plano de carreira da categoria no Estado do Rio Grande do Sul. Ocorre que os servidores são pontuados e possuem possibilidade de promoção por merecimento de acordo com suas participações em cursos oferecidos pelo Tribunal, bem como pelo resultado de suas avaliações.

É esse o caso do Ato Regimental 03/2014 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que estabeleceu em seu artigo 1º que “fica aprovado o regulamento do sistema de progressões e promoções das carreiras de analista e de técnico judiciário (...)”.<sup>29</sup> Nesse documento existem diversos critérios de melhoria das carreiras dos servidores por meio de qualificação a que estes devem ser submetidos, tudo para renovar e melhorar a prestação jurisdicional.

---

<sup>27</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005. p. 66.

<sup>28</sup> GOMES, Gustavo de Mendonça. **Políticas públicas no estado contemporâneo e controle jurisdicional**: base legal e elementos formadores. Curitiba: Juruá, 2015. p. 153.

<sup>29</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Ato regimental - 03/2014 do Órgão Especial**: institui o regulamento do sistema de progressões e promoções das carreiras de analista judiciário e de técnico judiciário. Porto Alegre, 2014.

As corregedorias de justiça também são uma arma efetiva na fiscalização de cartórios judiciais, fazendo vistorias e visitas, por vezes não avisadas, para verificar o regular funcionamento destes cartórios, além de elaborar relatórios sobre processos parados há muito tempo e solicitar prazo para solução destes entraves, com justificação por parte do Escrivão ou responsável pelo Cartório, da razão do atraso e da solução que foi tomada.

Nos cartórios judiciais, segundo Leal<sup>30</sup> “os maiores problemas verificados no Brasil, em regra, se referem a dificuldades na utilização dos livros cartorários, às vezes por desconhecimento das normas para tal, o que acarreta falhas nos serviços burocráticos”. A ausência de uma corregedoria atuante, de cursos permanentes de capacitação de servidores, os erros burocráticos e a desídia no atendimento seja por qual for o motivo, são circunstâncias flagrantes de patologias corruptivas que devem ser combatidas.

Os magistrados têm papel fundamental na luta contra as patologias corruptivas dentro do Poder Judiciário, não só porque autoridades e chefes imediatos nas comarcas, mas porque detentores de cargo que permite grande liberdade e atuação em diversos campos, agindo como verdadeiros agentes transformadores da realidade social.

Diz Gomes<sup>31</sup> que “é inegável que o papel desempenhado pelos magistrados sofreu profundas transformações nas últimas décadas. Incentivados por um novo sistema jurídico-constitucional implementado pela Carta de 1988, superaram em definitivo a figura do juiz inerte, impassível”.

Ainda assim, as garantias concedidas aos servidores ao mesmo tempo em que são meios de proteção contra exonerações ou demissões infundadas, também são formas utilizadas pelos próprios

---

<sup>30</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. p. 99

<sup>31</sup> GOMES, Gustavo de Mendonça. **Políticas públicas no estado contemporâneo e controle jurisdicional**: base legal e elementos formadores. Curitiba: Juruá, 2015. p. 153.

servidores para desvirtuar a finalidade do serviço. Há diversas liberdades no serviço público que não existem no serviço privado, como a possibilidade de faltas injustificadas (que só tem como punição o reinício da contagem para a licença-prêmio), a possibilidade de diversas licenças por simples atestados médicos, etc.

Nessa situação da licença por atestado médico reside um dos grandes abusos por parte de servidores corruptos. Acontece que pelo regramento interno dos Tribunais, o servidor pode apresentar até trinta dias seguidos de atestado por profissional particular de sua confiança, e, somente após este prazo é que deverá ser submetido à avaliação pelo Departamento Médico Judiciário do Tribunal. Ocorre que, passados trinta dias somente é dito que o servidor precisa retornar ao trabalho. Assim, os servidores voltam por um dia, e, no outro dia, apresentam novo atestado médico garantindo mais trinta dias de licença, sem precisar passar pelo DMJ.

Os tribunais, atentos a estes desvios, vêm determinando a necessidade de constar o CID (cadastro internacional de doenças) da moléstia a que o servidor está acometido, pois antes os atestados eram simples, contando somente com frases como: necessita de trinta dias de descanso. Ainda, são promovidas palestras par conscientização sobre doenças decorrentes de erros de postura física, LER/DORT. Além disso, alguns fóruns, que contam com maior número de servidores, detém profissionais capacitados para convidar os servidores a praticar exercícios de ginástica laboral. Dessa maneira se coíbe em grande monta a depressão, as lesões de esforços repetitivos e há uma integração entre servidores de vários setores, melhorando o humor e a produtividade do pessoal.

#### **4. Conclusões**

Deste exame se extrai que há sim patologias corruptivas no Judiciário brasileiro e, ainda que os esforços iniciais da Carta de 1988, leis esparsas, legislações estaduais e administrativas tentem

coibir a prática da corrupção no serviço público, e, em especial para este trabalho, no Poder Judiciário, ela é inegavelmente presente.

Há um esforço tremendo, mas ainda insuficiente, para coibir práticas criminosas dentro do Poder, e, como visto, elas se estendem em uma gama gigantesca de atitudes e práticas que perpassam o conceito geral e básico do crime de corrupção.

Diante disso se observou a ocorrência de corrupção em algumas das práticas diárias de servidores e Magistrados do Poder Judiciário e o efeito direto e maléfico na vida da população, pelo atraso injustificado de suas demandas, gastos muito maiores do que os previstos para o andamento processual, para a construção de fóruns e adequação de estrutura, dado o tamanho do aparato necessário para sustentar as toneladas de papel acumuladas que aguardam uma decisão definitiva.

Por fim, aportam conclusões sobre as possibilidades que possuem a finalidade de coibir a corrupção no Judiciário, o que, por um corolário lógico, gerará mais celeridade aos processos, mais leveza da estrutura e possibilidade de atendimento mais personalizado e dedicado às demandas das partes e menos descontentamento da população para com o Poder Judiciário.

## 5. Referências

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB. **Juízes contra a Corrupção: diagnóstico da Impunidade e possíveis soluções** propostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Disponível em: <<http://www.amb.com.br>>. Acesso em: 20 de fev. 2018.

BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Constitucionalismo ou neoliberalismo: o que interessa e a quem?** Porto Alegre: Síntese, 1999.

- COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Henning (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015.
- DIEHL, Rodrigo Costa; FORTES, F. S.; PORTO, Rosane Teresinha (Org.). **O direito na atualidade e o papel das políticas públicas: a criança e o adolescente no centro da agenda política**. Curitiba: Multideia, 2016.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Globo, 2008.
- GARAPON, A.; SALAS, D. **A justiça e o mal**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- GOMES, Gustavo de Mendonça. **Políticas públicas no estado contemporâneo e controle jurisdicional: base legal e elementos formadores**. Curitiba: Juruá, 2015.
- GORCZEVSKI, Clóvis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.
- GORCZEVSKI, Clóvis; REIS, Jorge Renato dos. **Cidadania e exercício dos direitos: a cartilha do cidadão**. Curitiba: Multideia, 2014.
- HOBSBAWM, Eric J. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- IHERING, Ruldof von. **A luta pelo direito**. Tradução de Richard Paul Neto. Rio de Janeiro: Rio, 2004.
- LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.
- MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- REIS, Marlón. **O nobre deputado: relato chocante (e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira**. Rio de Janeiro: LeYa, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens.**

Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005.

\_\_\_\_\_. **Do contrato social:** princípios de direito político. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Ato regimental**

- **03/2014 do Órgão Especial:** institui o regulamento do sistema de progressões e promoções das carreiras de analista judiciário e de técnico judiciário. Porto Alegre, 2014.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania.** Rio de Janeiro: Record, 2001.

VOLTAIRE, François Marie Arouet. **Tratado sobre a intolerância.** Tradução de

Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005.

# Foro por prerrogativa de função: uma perspectiva crítica de seu atual sistema de atribuição em busca de uma solução

*Rodrigo Sánchez Rios<sup>1</sup>*  
*André Wasilewski Duszczak<sup>2</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O foro por prerrogativa na legislação brasileira. 3. O foro por prerrogativa de função na constituição federal de 1988. 4. O foro por prerrogativa de função na perspectiva comparada. 5. O foro privilegiado e o supremo. 6. Possíveis soluções. 7. Proposta de alteração do foro por prerrogativa de função. 8 . Conclusão. 9. Referências.

## 1. Introdução

O foro por prerrogativa de função aparece, atualmente, como um dos temas mais discutidos na seara jurídica, principalmente em razão do protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal, desde o caso conhecido como Mensalão até os recentes desdobramentos da Operação Lava-jato. Exsurgem desta

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Università Degli Studi Di Roma Tre, “La Sapienza” (1991). Desde 1992 é professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, lecionando no Curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado). É membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais, do IBCCRIM, e do Conselho Editorial da Revista Jurídica “Justiça e Sistema Criminal”. Advogado criminalista. E-mail: sanchez.rios@puccpr.br

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito comparado pela Universidade de Samford/EUA. Professor da Escola da Magistratura Federal do Paraná. Juiz Federal. E-mail: andrewd@trf4.jus.br

grande temática, na mídia em geral e na literatura especializada, questões relativas à competência da 13ª Vara Federal de Curitiba e à eficiência em relação ao tempo de julgamento e à quantidade de condenações, em especial quando comparados com a morosidade com que alguns processos tendem a tramitar no STF.

Na tentativa de dotar o sistema criminal de mais efetividade, diversas soluções já foram propostas, incluindo a total extinção do foro privilegiado, até sua mitigação para apenas alguns casos. No entanto, nenhuma ainda foi implementada. Dentre as que estão em grau mais avançado de discussão, destacam-se: (i) uma Proposta de Emenda Constitucional n.º 333/2017<sup>3</sup> que extingue o foro por prerrogativa de função para os crimes comuns (salvo para os Chefes de Poder); e (ii) o julgamento de uma Ação Penal n.º 937/RJ<sup>4</sup> de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso na qual se propõe a restrição do foro por prerrogativa de função “apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”.<sup>5</sup>

Ambas as propostas, todavia, estão estagnadas em sua tramitação. Ou seja, não há perspectiva de solução a curto prazo para o problema atualmente enfrentado pelo STF. O panorama da atual situação está demonstrado em um estudo feito em março de 2017 pela FGV RIO, no V Relatório Supremo em Números<sup>6</sup>, no

---

<sup>3</sup>Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21404>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>4</sup>. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4776682>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>5</sup> Até o momento da redação deste artigo, a PEC, já estava aprovada em segundo turno no Senado, encontra-se atualmente aguardando designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados; e a Ação Penal, após voto do Relator, acompanhado pelas Ministras Carmen Lúcia e Rosa Weber e, em parte, pelo ministro Marco Aurélio Melo, está com vistas ao Ministro Alexandre de Moraes. A íntegra do voto do Ministro Relator encontra-se incluída na obra BARROSO, Luis Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Forum, 2018. p.181-202.

<sup>6</sup> FALCÃO, Joaquim [et al.]. **V Relatório Supremo em Números**: o foro privilegiado. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em: 30 mar. 2018.



qual foi analisada a questão do foro por prerrogativa de função e sua repercussão nos debates da Suprema Corte.

Neste estudo, os pesquisadores concluíram que o STF não está cumprindo sua missão de “garantir a tramitação adequada e viabilizar o julgamento de mérito dos processos que a ele chegam”, porque

devido a características próprias do foro privilegiado no tribunal, há vários anos o Supremo não consegue cumprir essa missão. Não consegue alcançar decisões substantivas que correspondam a essa missão. Os dados mostram que o tempo para publicação de acórdãos, o tempo em conclusão ao revisor, a duração e o excesso dos recursos internos e, acima de tudo, a avassaladora frequência do declínio de competência prejudicam o processamento de inquéritos e ações penais no Supremo.<sup>7</sup>

Como exemplo disso, é de se ressaltar uma notícia dada pela jornalista Eliane Cantanhede no Estado de S. Paulo de 10/02/17, intitulada: “O STF marcou para 18 de abril deste ano (2017) o julgamento do deputado Paulo Maluf, acusado de desvio de dinheiro de São Paulo para contas no exterior, quando foi prefeito. Quando? De 1992 a 1996, há 21 anos!”. Além da quantidade de tempo decorrido, trata-se de ato alheio ao exercício da função de prefeito. Ou seja, é algo completamente fora do exercício do conjunto de atribuições inerentes ao mandato de prefeito municipal.<sup>8</sup>

As opiniões a respeito deste instituto também provêm de diversas instituições, sejam elas a magistratura, a advocacia e o Ministério Público, amplamente divulgadas em suas manifestações da mídia. Quer nos parecer, todavia, que seu crítico mais assertivo

---

<sup>7</sup> FALCÃO, Joaquim [et al.]. V **Relatório Supremo em Números**: o foro privilegiado. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 83.

<sup>8</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Foro por prerrogativa de função – na prática, a teoria é outra**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-16/interesse-publico-foro-prerrogativa-funcao-pratica-teoria-outra>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

seja justamente o Relator da Ação Penal 937/RJ, onde indica suas três razões para a eliminação ou redução drástica deste instituto.

Barroso aponta, em primeiro lugar, aspectos de cunho filosófico: a reminiscência aristocrática, não republicana, privilegiando a alguns sem um fundamento razoável. Em segundo, devido a razões estruturais: Cortes Constitucionais, como o STF, não foram concebidas para funcionarem como juízos criminais de 1º grau, nem possuem estrutura para isso<sup>9</sup>. Por fim, há razões de justiça: o foro por prerrogativa é causa frequente de impunidade, porque dele resulta maior demora na tramitação dos processos e permite a manipulação da jurisdição do Tribunal<sup>10</sup>. Destarte, este conclui que no estado atual: “o sistema é feito para não funcionar. Mesmo quem defende a ideia de que o foro por prerrogativa de função não é um mal em si, na sua origem e inspiração, não tem como deixar de reconhecer que, entre nós, ele se tornou uma perversão da Justiça”.<sup>11</sup>

Logo, será tratado, inicialmente, o histórico do foro por prerrogativa de função na legislação brasileira e, de forma sucinta, ainda, o foro por prerrogativa de função em outros países para poder ter uma perspectiva comparativa com a brasileira. Verificar-se-á quais os problemas que este instituto está gerando atualmente

---

<sup>9</sup> É por demais sabido que o julgamento da Ação Penal 470 ocupou o Tribunal por um ano e meio, em 69 sessões do Plenário. Vide BARROSO, Luis Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 187. Nesta mesma linha vide SARMENTO, Daniel. **Constituição e Sociedade**. Disponível em <<http://jota.info/constituicao-e-sociedade-4>>. Acesso em: 04 jan. 2018. Segundo este autor o STF não está bem aparelhado para atuar na verificação de provas: “O processamento e julgamento de ações penais pelo STF subtraem tempo e energia escassos dos magistrados da Corte que os empregariam melhor no desempenho da função principal do Supremo que é a jurisdição constitucional”.

<sup>10</sup> Ação Penal n.º 937/RJ. Na obra do Relator está razão reflete nas estatísticas do Tribunal: “Tramitam atualmente perante o Supremo mais de 500 processos contra agentes políticos (435 inquéritos e 101 ações penais). Com as operações em curso, em especial a lava jato, estima-se que o número de autoridades sob investigação ou respondendo a ação penal perante o STF, irá aumentar expressivamente”. BARROSO, Luis Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 188.

<sup>11</sup> Ação Penal n.º 937/RJ.

no STF e, por fim, serão analisadas criticamente algumas propostas de mudança atualmente em vigor, com a sugestão de uma solução própria ao final.

## 2. O foro por prerrogativa na legislação brasileira

Os privilégios sempre estiveram arraigados à cultura brasileira e criaram numa parcela significativa da sociedade uma passividade ética e moral que facilitou a sua aceitação. Já anotava Raymundo Faoro em seu clássico “Os donos do poder” que desde de D. João I à Getúlio Vargas a formação econômica e social do Brasil é marcada pelo forte patrimonialismo decorrente das trocas comerciais, pela confusão entre o público e o privado e pelo aparelhamento das instituições.<sup>12</sup> Na expectativa de fazerem parte do jogo dos interesses escusos, as classes médias da população muitas vezes deixaram de fazer frente ao combate de tais desigualdades.

Entretanto, as ideias liberais que inspiraram a primeira Constituição do Brasil contribuíram para a eliminação gradual de diversos privilégios puramente pessoais da aristocracia, embora legitimando outros privilégios em decorrência do patrimônio ou da posição social ocupada. Em seu art. 179, inciso XVII, a Carta política de 1824, estabeleceu como regra a ausência de foro privilegiado, prevendo a “excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes” (sic).

Estas causas estavam previstas no art. 47, que descrevia como atribuição exclusiva do Senado imperial “conhecer dos delictos individuae, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura” (sic), bem como “conhecer da responsabilidade dos

---

<sup>12</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Globo, 2001. p. 819.

Secretarios, e Conselheiros de Estado”. Havia, ainda, a previsão de seu art. 99 dotando a pessoa do Imperador de um privilégio absoluto, sendo considerado “inviolável e sagrado”, não estando sujeito a responsabilidade alguma. Ao Supremo Tribunal de Justiça, mais alta corte de justiça imperial, cabia “conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias” (sic).

A primeira Constituição republicana, de 1891, embora inspirada na Constituição Americana, seguiu muito do que estabelecia o diploma anterior, fazendo expressa alusão ao foro por prerrogativa de função, mas salientando que proibia o exercício do foro privilegiado e dos tribunais de exceção, inclusive, alojando tal proibição no capítulo pertinente aos Direitos e Garantias Individuais.

A grande diferença quanto a Constituição Americana é que nesta o único julgamento excepcional, previsto para o Presidente da República, era o impeachment, em que funciona o Senado como órgão julgador. Já na Constituição Brasileira, além do impeachment, também foi previsto, para os próprios crimes comuns do Presidente da República, uma competência excepcional, originária e privativa do Supremo Tribunal Federal, desde que precedida da autorização da Câmara dos Deputados em relação à procedência da acusação.<sup>13</sup>

Desde então, o foro por prerrogativa de função teve um progressivo e constante alargamento nas Constituições subsequentes, até chegar ao sistema disfuncional em vigor. O diploma constitucional de 1934, dispunha: “o Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial”.

---

<sup>13</sup> Art. 53: o Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado.

Em seu artigo 76 previa competência à Corte Suprema, “processar e julgar originariamente o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns; os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado”, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e, finalmente, “os Juízes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade”.

Em 1937 foi implantado o chamado Conselho Federal (composto por representantes dos Estados e por dez membros nomeados pelo chefe do executivo – art. 50) para o processamento e julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 86), bem como dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos delitos da mesma natureza (art. 100). Este texto legal novamente instituiu o Supremo Tribunal Federal e estabeleceu ser deste a competência para julgar Ministros de Estado, ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos. Também nas unidades federadas foi mantido o foro privilegiado, sendo os Tribunais de Apelação nos Estados e no Distrito Federal e Territórios os competentes para processar e julgar os juízes inferiores, nos crimes comuns e de responsabilidade (art. 103).

Com a instalação de uma nova Assembleia Constituinte em 2 de fevereiro de 1946, em 18 de setembro daquele mesmo ano foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Buscava ela devolver ao Legislativo e ao Judiciário a dignidade e as prerrogativas características de um regime efetivamente democrático. Com isso, extingue-se o Conselho Federal, e o Senado Federal passou a ser competente a para

julgar o Presidente da República, os Ministros de Estado nos crimes conexos com os do Presidente, bem como os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade.

Nos crimes comuns coube ao Supremo Tribunal Federal julgar o Presidente da República, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os juizes dos Tribunais Superiores Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, do Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de missão diplomática de caráter permanente. No âmbito estadual, competia privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar os Juizes de inferior instância e a estabelecerem as suas competências originárias dentro dos limites da competência de auto-organização dos Estados-Membros.

Estas prerrogativas foram mantidas na Constituição de 1967, o que só foi interrompido com o decreto do Ato Institucional n. 5, que previu em seu art. 5º, inciso I, a cessação de privilégios de foro por prerrogativa de função. Durante um certo período, como se extrai da legislação, o Brasil não teve qualquer previsão legal quanto ao foro por prerrogativa de função. Tal cenário se alterou em 1969, quando a Constituição restabeleceu tal prerrogativa, praticamente nos mesmos termos anteriormente estabelecidos pela Constituição de 1967, mas acrescentando foro privilegiado para deputados e senadores perante o Supremo Tribunal Federal.

Foi na Carta Constitucional de 1988, conhecida como “Constituição cidadã”, entretanto, que o sistema de atribuição de foros especiais atingiu seu grau máximo, englobando uma enorme gama de autoridades.<sup>14</sup> No entender de Sarmento:

---

<sup>14</sup> TAVARES FILHO, Newton. **Foro por Prerrogativa de Função no Direito Comparado**. Brasília: Câmara dos Deputados/Consultoria Legislativa, 2015. p. 7.

O foro especial, tal como hoje concebido, recorda um artigo da Constituição aprovada pelos porcos ‘na revolução dos bichos’, de George Orwell: ‘todos os animais são iguais mas alguns são mais iguais do que outros’. Um bom sinal de que o foro por prerrogativa de função não se justifica num regime republicano é a constatação de que em nenhuma outra democracia avançada ele é consagrada com tamanha amplitude como no Brasil.<sup>15</sup>

### 3. O foro por prerrogativa de função na Constituição Federal de 1988

Atualmente, por determinação expressa da Constituição Federal, possuem foro especial por prerrogativa de função nos crimes comuns e de responsabilidade as seguintes autoridades por ramo de Poder: **a)** Executivo: Presidente, Vice-presidente, Ministros de Estado, comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica, chefes de missão diplomática; Governadores; e Prefeitos; **b)** Legislativo: membros do Congresso Nacional; Membros do Tribunal de contas da União; e Membros dos Tribunais de Contas dos Estados e membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios; **c)** Judiciário: Ministros dos Tribunais Superiores - STF, STJ, TST, STM, TSE; Desembargadores dos Tribunais inferiores - TRF, TJ, TRT, TER; juízes de 1º grau - federais, estaduais, do trabalho e militares da União; **d)** Ministério Público: Procurador-Geral da República; membros do Ministério Público da União que atuam perante os Tribunais; membros do Ministério Público da União - MPF, MPT, MPM, MP do DF - e do Estado.

Além de estabelecer a concessão do foro por prerrogativa de função às autoridades públicas pertencentes à estrutura da União e do Município, a Constituição Federal também permitiu que os Estados-Membros pudessem estender tal competência diferenciada aos agentes políticos de sua escolha que fariam jus a

---

<sup>15</sup> SARMENTO, Daniel. **Constituição e Sociedade**. Disponível em: <<http://jota.info/constituicao-e-sociedade-4>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

ela (artigo 125, §1º da CF). Nas palavras do Ministro Barroso: “tamanho extensão do foro por prerrogativa de função não encontra paralelo nem na história constitucional brasileira, nem no direito comparado”<sup>16</sup> Foi devidamente referendado que o foro especial no Brasil aparenta um sintoma da cultura de hierarquias e privilégios, de todo modo repreensível em um sistema democrático.<sup>17</sup>

Em estudo realizado pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal conclui-se:

Em retrospecto, pode-se afirmar que, além de a CF ter sido pródiga na atribuição de foro especial para várias autoridades, tal fenômeno se repetiu, até com algumas distorções maiores, na esfera estadual. Há uma grande assimetria de tratamento da matéria nas constituições estaduais, tanto que o DF atribui foro especial a apenas 22 autoridades, ao passo que, em Estados como Bahia, Piauí e Rio de Janeiro, esse número chega, respectivamente, a 4.880, 2.773 e 3.194. Disso tudo resulta que, no ordenamento constitucional brasileiro, o total de autoridades com foro por prerrogativa de função, previsto tanto na CF quanto nas constituições estaduais, resulta no espantoso número de 54.990 autoridades com foro especial no ordenamento brasileiro.<sup>18</sup>

Como exemplo da amplitude excessiva do atual foro por prerrogativa de função, sem qualquer demérito às profissões, mas que serve para ilustrar, em alguns Estados os vereadores<sup>19</sup> e até mesmo o chefe do corpo de bombeiros<sup>20</sup> possuem foro por

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Forum 2018, p.185

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. **Constituição e Sociedade**. Disponível em: <<http://jota.info/constituicao-e-sociedade-4>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>18</sup> SENADO FEDERAL. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Textos para discussão. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td233>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>19</sup> Bahia, Piauí e Rio de Janeiro.

<sup>20</sup> Amazonas, Minas Gerais, Pernambuco, Piauí e Tocantins.



prerrogativa de função. Diante do número acima referido, parece evidente a necessidade de uma reforma, objetivando o funcionamento igualitário do sistema de justiça criminal no Brasil. Veja-se, por exemplo, como se dá tal prerrogativa em outros países.

#### **4. O foro por prerrogativa de função na perspectiva comparada**

Não se pretende, aqui, realizar um estudo aprofundado sobre as diversas formas e sistemas de atribuição do foro por prerrogativa de função nos países estrangeiros, mas sim dar uma visão geral, em comparação aos demais países, se o Brasil teria ou não, um sistema excessivo de atribuição de prerrogativa de foro.

Para poder responder a esta pergunta basta verificar o voto-vista do então Ministro Sepúlveda Pertence na Ação Penal n.º 315-DF, de 1999 que identificou a previsão de foros especiais nas Constituições e leis de sete países: Estados Unidos, Argentina, Espanha, França, Itália, Portugal e Venezuela, reconhecendo que “poucos ordenamentos são tão pródigos quanto a vigente Constituição brasileira na outorga da prerrogativa de foro”.<sup>21</sup>

No sistema Francês, por exemplo, Gustavo Guedes Fontes concluiu que, “embora presentes no Direito francês, as hipóteses de foro privilegiado mostram-se mais restritas do que no Direito pátrio”<sup>22</sup>. Nos Estados Unidos não existe foro por prerrogativa de função em regra, apenas e tão somente existe uma prerrogativa em

---

<sup>21</sup> STF, ADI 2587 MC, Relator Min. Moreira Alves, DJ 31-10-2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1121>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>22</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. O foro privilegiado na França. Pág 37 e 50. Disponível em: <<file:///C:/Users/awd/Downloads/artigo-paulo-fontes-prerrogativa-foro.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018. Na lição de Barroso, anota-se que a Constituição Francesa de 1958 estabelece em seu art.68-1 que “os membros do governo são penalmente responsáveis pelos atos cometidos no exercício de suas funções e qualificados como crimes ou delitos no momento que praticados. Eles são julgados pela Corte de Justiça da República”. BARROSO, Luis Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 186.

questão de matéria de âmbito internacional ou que envolvam o Estado ou em crimes de responsabilidade:

Nos Estados Unidos, as ações que tenham por parte embaixadores, outros ministros e cônsules, e aquelas em que se achar envolvido um Estado, têm foro originário perante a Suprema Corte (Constituição americana, Art. III, Seção 2). O impeachment do Presidente e Vice-Presidente da República, assim como de todos os oficiais civis dos Estados Unidos, é julgado pelo Senado americano, mediante admissão da acusação pela Câmara dos Representantes (Art. I, Seções 2 e 3; Art. II, Seção 4).<sup>23</sup>

É evidente que o sistema federativo americano difere do nosso, da mesma forma que a sistemática adotada no Estado unitário francês e português e no Estado regional ou autônomo espanhol e italiano<sup>24</sup>, o que dificulta uma comparação efetiva com nosso foro por prerrogativa de função e o destes países.

De qualquer forma, mesmo que o foro por prerrogativa de função existente em nosso país divirja dos demais em razão da forma de Estado adotada, esta diferença não justifica a excessiva atribuição desta prerrogativa a um número muito extenso de autoridades, o que não se verifica nos demais. Como demonstração disto, basta observar o quadro abaixo que ilustra um levantamento feito pelo jornal o GLOBO em 20 países da América, Europa, África e Ásia sobre o foro por prerrogativa de função<sup>25</sup>:

---

<sup>23</sup> TAVARES FILHO, Newton. **Foro por Prerrogativa de Função no Direito Comparado**. Brasília: Câmara dos Deputados/Consultoria Legislativa, 2015, p. 09. Disponível em: <file:///C:/Users/awd/Downloads/foro\_prerrogativa\_tavares\_filho%20(1).pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

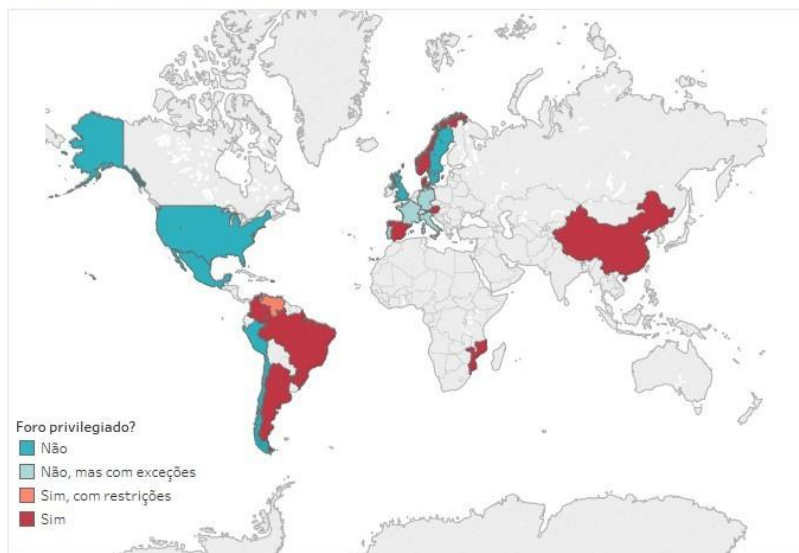
<sup>24</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 99.

<sup>25</sup> O GLOBO. **Foro privilegiado no Brasil mais amplo comparado outros 20 países**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/foro-privilegiado-no-brasil-mais-ampl-comparado-outros-20-paises-20973826>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Figura 1

**COMO AUTORIDADES SÃO JULGADAS**

Entenda os benefícios de cada país



Fonte: Daniel Lima – O Globo.

É nesse sentido também que conclui o estudo “Foro Privilegiado: pontos negativos e positivos”, produzido pelo consultor legislativo da Câmara dos Deputados Newton Tavares Filho. Em 2016 foi analisado como funciona o sistema de julgamento de autoridades em 16 países (França, Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, Áustria, Dinamarca, Noruega, Suécia, Estados Unidos, México, Venezuela, Colômbia, Peru, Chile e Argentina). Extrai-se de seu texto:

Vê-se, portanto, que a lógica que preside a atribuição de um foro especial por prerrogativa de função é semelhante em todos os países: o reconhecimento da especial relevância de uma função exercida por uma autoridade pública, e a designação de um órgão mais elevado na hierarquia institucional do Estado para processá-lo e julgá-lo. Na prática, entretanto, essa lógica levou às mais diferentes configurações concretas, não existindo uma sistemática homogênea – cada país escolheu um sistema que lhe é peculiar.

Nenhum país estudado, entretanto, previu tantas hipóteses de foro privilegiado como a Constituição brasileira de 1988.<sup>26</sup>

## 5. O foro privilegiado e o Supremo

Como já foi devidamente anotado por Sarmento, o foro por prerrogativa de função não se coaduna com a vocação institucional das Cortes Constitucionais pois além de causar embaraço ao seu funcionamento estas se reservam a competência primordial de guarda e defesa da Constituição<sup>27</sup>.

No V Relatório Supremo em Números da FGV-RIO,<sup>28</sup> constatou-se que “o Supremo Tribunal Federal, quando atua como corte originária com relação aos crimes cometidos por agentes com foro especial por prerrogativa de função (foro privilegiado), normalmente não consegue analisar o mérito das investigações ou acusações apresentadas pela PGR.” Isto porque, pelo menos desde 2007, o número de novos inquéritos e ações penais são sempre superiores ao de encerrados. O que se agrava, e muito, após as eleições para o Congresso, quando então aqueles que tinham ações penais em trâmite passam a ter foro privilegiado perante o

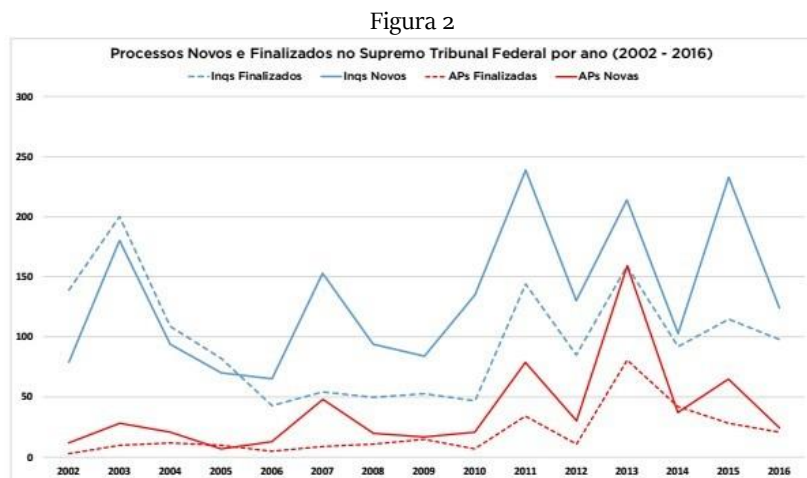
---

<sup>26</sup> TAVARES FILHO, Newton. **Foro por Prerrogativa de Função no Direito Comparado**. Brasília: Câmara dos Deputados/Consultoria Legislativa, 2015, p. 11. Segundo Barroso: “...não há, no direito comparado, nenhuma democracia consolidada que consagre a prerrogativa de foro com abrangência comparável à brasileira. No Reino Unido, na Alemanha, nos Estados Unidos e no Canadá a prerrogativa de função sequer existe. Entre os países com foro privilegiado a maioria o institui para um rol reduzido de autoridades. Na Itália, a prerrogativa de for se aplica somente ao Presidente da República. Na França, o foro especial é instituído apenas para os membros do governo (os Ministros e Secretários de Estado). Em Portugal, são três as autoridades que detêm foro privilegiado: o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro Ministro”. BARROSO, Luis Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 186.

<sup>27</sup> Vide nota supra 7. Recentemente, sobre o papel do Supremo como guardião da Constituição e das garantias fundamentais vide RIBEIRO, Douglas; COSTA, Victor; CATTONI, Marcelo. Quem deve ser o guardião da Constituição? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 140, Fev. 2018.

<sup>28</sup> FALCÃO, Joaquim [et al.]. **V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017.

Supremo, como se verifica nos picos ocorridos nos anos 2003, 2007, 2011, 2013 e 2015:

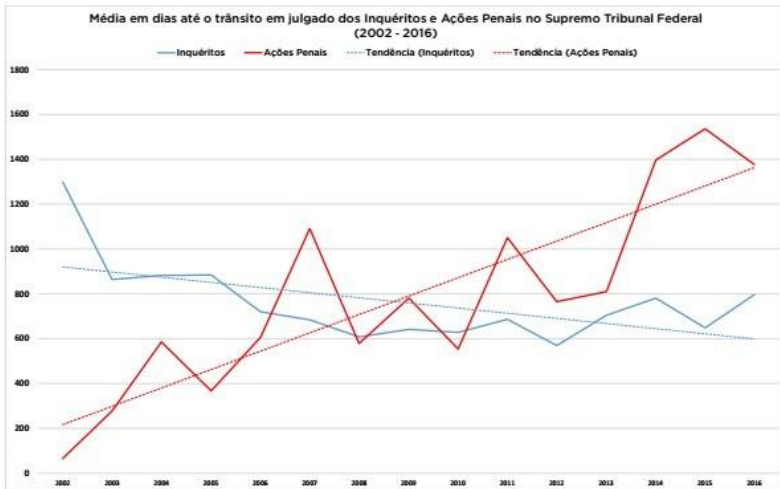


Fonte: FGV Rio<sup>29</sup>

Com isso, diante do aumento do número de ações, o que gera uma carga maior de trabalho, a média de dias até o julgamento definitivo das Ações Penais se eleva cada vez mais, como se observa do seguinte gráfico:

<sup>29</sup> FGV Rio. V **Relatório Supremo em Números**. O Foro Privilegiado e o Supremo. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18097/V%20Relat%20o%20em%20N%20m%20o%20o%20o%20Privilegiado%20e%20o%20Supremo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Figura 3



Fonte: FGV Rio<sup>30</sup>

Nesses termos, pelo menos desde 2002, o tempo médio de tramitação das ações penais no STF tem crescido consistentemente. Em casos limite, os processos chegam a ficar mais de quatro anos aguardando providência do relator, um ano do revisor e dois anos em vista à PGR. O prazo médio para recebimento de uma denúncia pelo STF é de 617 dias.<sup>31</sup>

A demora na prestação jurisdicional influencia diretamente na percepção de impunidade dos crimes julgados perante o STF, bem como no descrédito do Judiciário perante a opinião pública, por sua aparente falta de eficiência. Desde que o Supremo começou a julgar efetivamente ações penais (a partir da EC 35/2001, que deixou de condicionar ações contra parlamentares à autorização

<sup>30</sup> FGV Rio. **V Relatório Supremo em Números**. O Foro Privilegiado e o Supremo. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18097/V%20Relat%20em%20N%20Numeros%20-%20O%20Foro%20Privilegiado%20e%20o%20Supremo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>31</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-23/roberto-barroso-foro-privilegiado-acabar-reduzir-impunidade>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

da casa legislativa), já ocorreram 59 casos de prescrição, entre inquéritos e ações penais.<sup>32</sup>

Com efeito, de 515 decisões em ações penais no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2016, 48,74% prescreveram ou foram repassadas para instâncias inferiores porque a autoridade deixou o cargo, ou seja, em quase metade das ações penais o mérito da acusação nem chega a ser avaliado pelo Supremo. Nestas ações, a condenação ocorreu em apenas 0,78% dos casos.<sup>33</sup> Não que para satisfação de seu mister o Supremo tenha que concluir todas as ações com sentenças condenatórias, mas o que se nota é o que o caso sequer chega a ser analisado durante a vigência do mandato do parlamentar.

Já nos inquéritos concluídos no mesmo período, o índice de prescrição ou repasse para instâncias inferiores foi de 25,63%. Das 991 decisões em inquéritos, em apenas 5,75% houve decisão favorável à abertura de processo penal.<sup>34</sup> Novamente, em um Estado Democrático não se deve comemorar decisões desfavoráveis aos acusados, mas sim lhe dar uma resposta em prazo razoável, respeitando-lhes todos os direitos e garantias fundamentais. O peso do processo penal, como uma espada de Dâmocles pendente sobre o réu, também não pode se estender para além de seus direitos subjetivos por tempo indeterminado.

Se existe vantagem em ser julgado diretamente pela última instância no Brasil, com a conseqüente impossibilidade de recurso para outro órgão julgador, esta não decorre do entendimento jurídico mais favorável do Supremo, mas sim de sua incapacidade

---

<sup>32</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-23/roberto-barroso-foro-privilegiado-acabar-reduzir-impunidade>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>33</sup> FALCÃO, Joaquim [et al.]. **V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>34</sup> FALCÃO, Joaquim [et al.]. **V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

de julgar os processos dentro de um prazo razoável. Por tudo isto é que Ivar A. Hartmann, coordenador do Supremo em Números da FGV, afirma que tais números demonstram que é mais vantajoso para os réus serem julgados perante o STF.<sup>35</sup>

## 6. Possíveis soluções

Ao que parece, a medida mais óbvia para uma possível solução ao problema da falta de eficiência do Judiciário, em relação ao julgamento de acusados com prerrogativas decorrentes de sua função política, seria justamente a restrição ao foro diferenciado a um número menor de autoridades. No entanto, o problema está em *como* isso seria efetivado. A Proposta de Emenda Constitucional, em trâmite perante o Congresso Nacional, cuja ementa dispõe ter por objetivo “extinguir o foro especial por prerrogativa de função nos casos de crimes comuns”, parece dar o pontapé inicial para, ao menos, colocar a discussão do tema na ordem do dia. Esta PEC 10/2013, de autoria do Senador Álvaro Dias, já foi aprovada pelo Plenário do Senado com 69 votos favoráveis e enviada à Câmara dos Deputados em data de 06/06/2017, onde recebeu a numeração 333/2017<sup>36</sup>. No momento, encontra-se aguardando designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Esta PEC, na sua redação final<sup>37</sup>, mantém a atual sistemática do foro por prerrogativa de função para os crimes de

---

<sup>35</sup> O GLOBO. **Estudo mostra que 68 ações penais de quem tem foro privilegiado prescrevem ou caem para instância inferior.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/estudo-mostra-que-68-de-acoes-penais-de-quem-tem-foro-privilegiado-prescrevem-ou-caem-para-instancia-inferior-20933954>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>36</sup>BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 333/2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2140446>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>37</sup>BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 333/2017. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5325772&disposition=inline>>. Acesso em: 30 mar. 2018.



responsabilidade, mas praticamente o extingue para os casos de crimes comuns, salvo quando cometido pelos Chefes de Poderes (Presidente da República, Vice Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal). Estabelece ainda vedação expressa a instituição de qualquer outro foro diferenciado, inclusive pelas Constituições Estaduais. Em sendo aprovada, portanto, apenas 5 autoridades teriam foro em razão da função quando da acusação por um crime comum.

A restrição ao foro por prerrogativa de função apenas aos crimes de responsabilidade é defendida desde o ano de 2007 pelo Ex-Desembargador Federal do TRF da 4ª Região, Vladimir Passos de Freitas, para quem

reduzir a prerrogativa de foro aos crimes de responsabilidade, excluindo os crimes comuns e manter a competência da Justiça de primeira instância para os demais casos (aposentados, não reeleitos e acusados de improbidade administrativa) é dar um passo à frente para que o Poder Judiciário cumpra o seu papel de distribuir Justiça em tempo razoável.<sup>38</sup>

Um grande avanço, sem dúvida, mas esta PEC ainda depende de aprovação na Câmara dos Deputados, o que pode levar muito tempo, afora a possibilidade de sofrer modificações, e ainda permanece praticamente incólume o foro por prerrogativa de função em razão dos crimes de responsabilidade.

Quanto a esta questão é importante ressaltar que crimes de responsabilidade são apenas as infrações político-administrativas. No entanto, o Código de Processo Penal nomina o processo de julgamento dos crimes funcionais como de responsabilidade<sup>39</sup>, fato

---

<sup>38</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. **Foro privilegiado: a ineficiência do sistema**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=23>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>39</sup> “[T]rata-se de nomeação inexacta, não correspondem com o que o CPP, neste Capítulo, tem por fim regular. Os crimes de responsabilidade de funcionários públicos, quando autênticos, são infrações político-administrativas, normalmente julgadas por órgãos políticos(...). Não é o caso aqui previsto.

que gera o entendimento<sup>40</sup> de que os crimes cometidos por funcionários públicos no exercício da função (crimes funcionais) estariam incluídos na denominação crimes de responsabilidade e, portanto, permitiriam sua apuração com foro por prerrogativa de função nos termos do que estabelece a Constituição Federal. Sendo este o caso, então a limitação prevista na PEC não seria tão ampla.

Uma hipótese mais restritiva, ainda, seria a proposta do Ministro Luis Roberto Barroso, na ação penal n.º 937/RJ, onde afirmou:

Como intuitivo, uma alteração substancial do modelo vigente deve se dar por meio de emenda constitucional a ser aprovada pelo Congresso Nacional. Já existem em tramitação diversas propostas neste sentido. Porém, a mudança da realidade fática e da percepção de qual seja o melhor direito podem e devem produzir modificações na interpretação constitucional. É possível reduzir o problema representado pelo foro privilegiado mediante uma interpretação restritiva do seu sentido e alcance, com base no princípio republicano e no princípio da igualdade. Para discutir essa possibilidade interpretativa, a presente ação penal deve ser afetada a julgamento pelo Plenário<sup>41</sup>.

### E com isso, propôs o Ministro a limitação da

---

Cuida-se apenas dos delitos cometidos por funcionários públicos no exercício de sua função, logo, são crimes funcionais.” In NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2014. p. 1014.

<sup>40</sup> CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. EX-PREFEITO MUNICIPAL. FORO CRIMINAL. AÇÃO PENAL. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. - A Carta Magna de 1988 instituiu em favor dos prefeitos municipais o privilégio de foro tornando imperativo o seu julgamento pelo Tribunal de Justiça, tanto nos crimes funcionais como nos comuns, ressalvada a competência da Justiça Federal, da Justiça Militar da União e da Justiça Eleitoral (art. 29, X). Uma vez extinto o mandado de prefeito, cessa o foro privilegiado, consoante orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da questão de ordem suscitada no Inquérito n.º 687/SP, ensejo em que, cancelando a Súmula n.º 394/STF, decidiu que o foro por prerrogativa de função cessa quando o acusado deixa o exercício da função. Habeas-corpus denegado. (HC 12.480/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2001, DJ 01/10/2001, p. 250)

<sup>41</sup> Vide o despacho na Ação Penal 937/RJ, item 12.

aplicação do foro por prerrogativa de função, perante o Supremo Tribunal Federal, às acusações por crimes cometidos no cargo e em razão do cargo ao qual a Constituição assegura este foro especial. Se o fato imputado, por exemplo, foi praticado anteriormente à investidura no mandato de parlamentar federal, não se justificaria a atribuição de competência ao STF<sup>42</sup>.

Muito embora a proposta do Ministro não restrinja o foro por prerrogativa de função unicamente aos crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas), permitindo que também seja aplicado aos crimes funcionais, ele estabelece que para se possa ter o foro por prerrogativa, não basta que crime seja cometido durante o exercício do cargo, sendo necessário, outrossim, que seja relacionado ao cargo que esteja exercendo.

Por exemplo, se um delegado federal comete um crime de concussão (crime funcional) e, durante a fase de inquérito, é eleito deputado federal, pela proposta da PEC (caso entendido que os crimes funcionais podem ser considerados como crimes de responsabilidade), o inquérito seria remetido ao STF diante do foro por prerrogativa de função de deputado federal. Já pela proposta do Ministro Barroso, como não se trata de crime relacionado ao exercício da função de deputado federal, este permaneceria no foro de origem.

Nesses termos, pela proposta de Súmula Vinculante 115, que prevê a seguinte redação: “Surgindo indícios do envolvimento de autoridade que detenha prerrogativa de foro, a investigação ou ação penal em curso deverá ser imediatamente remetida ao Tribunal competente para as providências cabíveis”, a competência especial somente seria aplicável caso a autoridade estivesse exercendo o mesmo cargo no qual cometeu o crime quando da investigação ou ação penal. Caso contrário, não se alteraria o foro originário.

---

<sup>42</sup> Vide item 13 do Despacho na Ação Penal 937/RJ.

Segundo o projeto Supremo em Números, em um universo amostral de 106 ações penais propostas no STF durante o período de janeiro de 2007 a dezembro de 2016, apenas 5,71% destes processos estariam em trâmite no STF caso a tese do Ministro Barroso já tivesse sido adotada, ou seja, “19 de cada 20 ações penais processadas pelo Supremo nos últimos 10 anos teriam corrido em instâncias diferentes”<sup>43</sup>.

Já se fosse adotada a proposta da PEC, com entendimento de que os crimes de responsabilidade também abrangeriam os crimes funcionais, então 52,88%<sup>44</sup> (incluídos neste cálculo os crimes eleitorais) dos processos estariam em trâmite no STF. Ou seja, um aumento considerável, ainda mais se se levar em conta que até o final do ano de 2016, apenas 63 ações penais no Supremo,<sup>45</sup> de um total de 822, ou seja, apenas 7,66%, eram relacionadas a crimes de responsabilidade puros (infrações político- administrativas).

Outro grande problema do foro por prerrogativa de função é o fato de que, quando a pessoa que cometeu o crime é eleito para um cargo com foro especial, o processo deve ser remetido imediatamente para a instância superior, mas caso deixe o cargo ou ocupe um novo, o processo retornará ao juízo original ou será remetido para o outro relativo ao foro correspondente ao cargo ocupado. Com efeito, segundo o estudo do Supremo em números, em um universo amostral de 102 ações penais, quase

---

<sup>43</sup> FALCÃO, Joaquim [et al.]. **V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>44</sup> FALCÃO, Joaquim [et al.]. **V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>45</sup> FALCÃO, Joaquim [et al.]. **V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

metade, ou seja, 48,51% mudou de instância de duas a três vezes.<sup>46</sup>

Tal característica do instituto causa um “desperdício no processamento do foro privilegiado no Supremo, especialmente o efeito das mudanças de competência constantes com a perda ou mudança de mandatos e cargos públicos, o que gera, segundo o Ministro Barroso, uma ‘disfuncionalidade prática’ do instituto. Apenas 5,94% das ações penais começam e terminam no Supremo.”<sup>47</sup>

Foi justamente esta a principal discussão na Ação Penal 937/RJ. Dos fatos se extrai que

ao ser denunciado, o foro do réu, Prefeito Municipal, era o Tribunal Regional Eleitoral. No momento do recebimento da denúncia, já expirado seu mandato, o processo teve de ser remetido à primeira instância da Justiça Eleitoral. Ao assumir como Deputado Federal, suplente substituindo o titular, seu foro passou a ser o Supremo Tribunal Federal, para onde o processo foi encaminhado. Menos de um ano depois, o titular retomou a vaga e o réu deste processo deixou de ter mandato parlamentar. O processo deveria, então, ter sido remetido de volta ao primeiro grau. Pouco após, porém, o réu voltou a assumir mandato de Deputado Federal, sendo o processo uma vez mais de competência do Supremo Tribunal Federal. Já agora, eleito Prefeito e tendo renunciado ao mandato de Deputado Federal, o foro voltaria a ser o TRE, pelo conhecimento convencional. (Ação Penal 937)

E em razão disso, naquela ação o Ministro Barroso submeteu a plenário também a tese de que “após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação

---

<sup>46</sup> FALCÃO, Joaquim [et al.]. **V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>47</sup> FALCÃO, Joaquim [et al.]. **V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo” (Ação Penal 937/STF). Com isso, o Ministro estaria propondo uma revalidação parcial da regra da contemporaneidade fato/mandato, prevista na cancelada Súmula 394 do STF<sup>48</sup> que dispunha que “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função (...)”, pois, encerrada a instrução em órgão com prerrogativa de foro, mesmo que a parte deixe o cargo, se manteria sua prerrogativa de foro caso terminada a instrução processual.

Cabe ressaltar, no entanto, que simplesmente acabar como o foro por prerrogativa de função ou estabelecer uma restrição muito ampla pode gerar, em certos casos, mais problemas do que soluções. Isto porque, com o fim do foro privilegiado, em tese, seria possível uma inversão de hierarquia na administração pública, fazendo com que um servidor de grau inferior possa julgar um servidor de grau superior, por exemplo, um juiz de 1º grau poderia decretar a prisão temporária ou preventiva dos ministros do STF, STJ, STM, TST, TRF e TRT, desembargadores, senadores e dos governadores. Da mesma forma poderiam os ministros de tribunais serem denunciados pelo promotor de Justiça da comarca de qualquer cidade, e citado para lá ser interrogado. Caso seja condenado pelo juiz a uma pena maior que dois anos de prisão ou detenção (regime aberto), perderá o cargo de ministro, seja do STF, STJ, TST, STM ou TSE, e assim também todos os desembargadores, membros do MP estadual ou federal, o PGR, deputados, senadores, governadores etc., o que geraria um conflito hierárquico

---

<sup>48</sup> A inadmissibilidade da manutenção do julgamento às autoridades não mais detentoras de cargo público ocorreu no julgamento do inquérito 687, na seção de 25/08/1999 que cancelou a Súmula 394 com a eficácia *ex nunc* e fez cessar a manutenção do processo, isto é, a prerrogativa de função depois de terminada a investidura funcional, estabelecendo o STF a inadmissibilidade da *perpetuatio jurisdictionis*.

incontornável, podendo inclusive comprometer o correto funcionamento das instituições democráticas.

Cidadãos que se julgarem ofendidos ou difamados por um discurso ou entrevista concedida por um governador, senador, ministro do STJ ou do STF, procurador da República etc. poderiam processá-lo em diversas cidades ao mesmo tempo, através de oferecimento de queixas-crime e/ou abertura de inquéritos policiais. Juízes de Direito iriam julgar os promotores de Justiça que atuam na mesma comarca e até julgar eventuais crimes dos procuradores da República. Também os promotores de Justiça teriam poder para denunciar os juízes da comarca, os desembargadores, ministros de Estado e os membros do STF, TST e STJ. O delegado de polícia da comarca poderia requerer a prisão do juiz ou do promotor com quem trabalha. Tal situação conduziria a uma anarquia institucional.<sup>49</sup>

Deve-se sopesar se a possibilidade de eventuais abusos, como no caso de desafetos, ou de leniências nos casos de ter que julgar alguém de forte influência política ou um superior hierárquico, ou ainda pela pulverização de ações a fim de atingir determinada autoridade, não seriam piores do que manter algumas hipóteses no sistema constitucional que garantissem o funcionamento das instituições.

Para se mitigar os efeitos deletérios do fim do foro por prerrogativa de função ou sua excessiva mitigação é que Pierpaolo Bottini sugere “atribuir a um mesmo juiz de primeiro grau — designado pelo STF para isso, e com mandato — a competência para julgar os processos dos ocupantes de cargos relevantes.”<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> ANDRADA, Doorgal Gustavo Borges de Andrada, desembargador do TJ-MG. **O problema do fim do foro por prerrogativa é o guarda da esquina.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-25/doorgal-andrada-problema-fim-foro-guarda-esquina>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>50</sup> BOTINNI, Pierpaolo. **Prerrogativa de foro transformou-se em um privilégio injustificado.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-15/bottini-prerrogativa-foro-tornou-privilegio-injustificado>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Com isso, se evitaria a pulverização de ações. Outra sugestão seria “extinguir a prerrogativa de foro com reserva de cautelares. Todos seriam julgados por juízes de primeiro grau, mas decisões que afetem o exercício das funções, como prisão ou afastamento de atividades, seriam submetidas a um tribunal”.

## **7. Proposta de alteração do foro por prerrogativa de função**

Nos crimes comuns, o fim do foro por prerrogativa de função não deve ser visto com maus olhos. A restrição apenas aos chefes de poderes e ao vice-Presidente da República, nos termos do que estabelece a PEC 333/2017, parece suficiente para atender interesses democráticos e organizacionais, desde que estes crimes tenham sido cometidos após a diplomação. Antes disso, como não havia foro por prerrogativa de função, a competência deverá ser da 1ª instância.

Quanto aos crimes funcionais, na linha do asseverado pelo Ministro Barroso, crê-se o foro por prerrogativa de função deve abrangê-los. Todavia, a competência para julgamento deverá ser determinada de acordo com a prerrogativa de foro da função que exercia quando do cometimento do crime, somente podendo ser alterada, desde que não esteja encerrada a instrução, uma única vez, na ocorrência da perda do foro privilegiado (no exemplo do agente deixar de ser deputado federal). Nessa hipótese ocorre a chamada *perpetuatio jurisdictiones*, não podendo mais ser alterada por posterior mudança na condição funcional ou política do indivíduo. Isto porque, um dos grandes motivos de prescrição de crimes é justamente a constante alteração do foro competente para julgamento.

Por outro lado, também deveria haver uma alteração na amplitude do foro por prerrogativa em razão dos crimes funcionais (incluindo os de responsabilidade quando a competência para julgamento for do Judiciário). Quanto a estes, entende-se ser devida uma restrição ao máximo quanto à possibilidade de se atribuir



competência ao STF, somente sendo processados perante aquele órgão os seus próprios Ministros, o Presidente e vice Presidente da República, os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Ao Superior Tribunal de Justiça competiria o julgamento por crimes funcionais de seus próprios Ministros, dos Ministros dos demais Tribunais Superiores, dos Membros do CNJ e CNMP, do Advogado-Geral da União, do Procurador Geral da República, dos Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica, dos chefes de missão diplomática de caráter permanente, e dos Membros do TCU. Aos TRF's caberia o julgamento dos seus membros. Aos TJ's caberia o julgamento de seus membros, governador e vice, e membros dos TCE's e TCM's.

Com isso, vislumbra-se uma possibilidade de desafogar o volume de processos que travam, diariamente, a pauta o STF, vez que sua competência estaria restrita a um número muito pequeno de autoridades. Com a restrição do foro por prerrogativa de função nos crimes funcionais (e nos de responsabilidade cuja competência for do Judiciário) para apenas um número restrito de autoridades evitar-se-ia o julgamento de um subordinado por um superior vez que os Tribunais julgariam seus próprios membros; diminuiria de forma considerável a ampliação indevida ocorrida com a CF/88 vez que nenhuma outra autoridade poderia ter foro por prerrogativa de função, especialmente os juízes e promotores que, hoje, correspondem a maior fatia de autoridade com foro por prerrogativa de função. Assim, deputados e senadores, nos termos do que era antes da Constituição de 1969, não teriam foro por prerrogativa de função e seriam julgados por juízes de primeiro Grau.

Mas, neste caso, em razão do grau de relevância do cargo, poderia se adotar, em parte, a sugestão de Pierpaolo Bottini estabelecendo a competência para julgamento na capital do Estado onde atuam (Deputados Estaduais na capital do Estado em que atuam, Deputados Federais e Senadores no Distrito Federal) para

evitar pulverização de ações e, pelo mesmo motivo, grau de relevância do cargo, o magistrado de Primeiro Grau, caso se sentisse de alguma forma constrangido, poderia (seria uma faculdade), solicitar ao Tribunal respectivo que decida acerca de pedidos “que afetem o exercício das funções, como prisão ou afastamento de atividades”.

## 8. Conclusão

Diante do exposto, parece evidente que na atual conformação, o foro por prerrogativa de função se transformou em um instrumento de privilégio além de se tornar um fator de impunidade<sup>51</sup>, deixando de ser uma prerrogativa para assegurar independência em decorrência do exercício de uma função pública de maior relevância. Nesse sentido é que diversas soluções são constantemente apresentadas na tentativa de sanar tal deficiência e desigualdade presente no sistema constitucional brasileiro.

Para tanto, a melhor opção seria restringir o foro por prerrogativa de função, cuja essência tem por pressuposto garantir que uma autoridade possa exercer sua atividade de forma independente, permitindo o julgamento por um órgão com a máxima imparcialidade.<sup>52</sup> Mas,

independentemente da discussão sobre o cabimento ou a limitação do foro privilegiado, debatendo-se sua eliminação total ou restrição, há de se ver, com absoluto pragmatismo, a existência de problema extremamente grave para a Justiça brasileira: a tramitação, neste momento, de elevado número de inquéritos policiais e de processos criminais no Supremo

---

<sup>51</sup> SARMENTO, Daniel. **Constituição e Sociedade**. Disponível em: <<http://jota.info/constituicao-e-sociedade-4>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>52</sup> ANDRADA, Doorgal Gustavo Borges de Andrada, desembargador do TJ-MG. **O problema do fim do foro por prerrogativa é o guarda da esquina**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-25/doorgal-andrada-problema-fim-foro-guarda-esquina>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Tribunal Federal (STF) tendo por investigados ou réus deputados e senadores.<sup>53</sup>

É sintomático que a pauta do STF encontra-se saturada de ações penais, especialmente após as delações da Lava-Jato. Por isso, uma solução prática imediata deveria ser tomada. Assim nos parece ser aceitável a medida proposta pelo Ministro Barroso:

criar uma vara federal especializada no Distrito Federal, para julgar os casos que hoje desfrutam de foro privilegiado. O juiz titular seria escolhido pelo STF e teria um mandato de quatro anos, ao final dos quais seria automaticamente promovido para o 2º grau. Teria tantos juízes auxiliares quantos necessários, mas seria um único titular para dar unidade aos critérios de decisão. De suas sentenças caberia recurso para o STF ou para o STJ, conforme a autoridade.<sup>54</sup>

Esta proposta se coaduna com o artigo 21A do Regimento Interno do STF, segundo o qual, “compete ao relator (no STF) convocar juízes ou desembargadores para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução dos inquiridos criminais e ações penais originárias, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato, bem como definir os limites de sua atuação”.

Seria uma espécie de força-tarefa

para se empreender esforço no sentido de acelerar a instrução dos feitos em que são réus deputados e senadores. De outra parte, manter a competência do Supremo caso os réus renunciem ou por outro motivo percam os cargos parlamentares. Essa força-tarefa

---

<sup>53</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **O Supremo em Cheque**. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,o-supremo-em-xeque,70001686461>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>54</sup> BARROSO, Luis Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 181-202.

deve contar, nos termos do artigo 21A do Regimento Interno, com o concurso de desembargadores para conduzirem os feitos, sempre sob o controle de ministro do Supremo. Cabe programar a entrada em pauta de julgamento pelas turmas de um processo por semana”, conforme sugere Miguel Reale Júnior.<sup>55</sup>

De qualquer modo, ainda há um longo caminho a ser trilhado na superação desta “reminiscência aristocrática” presente no ordenamento constitucional pátrio.

## 9. Referências

ANDRADA, Doorgal Gustavo Borges de Andrada, desembargador do TJ-MG. **O problema do fim do foro por prerrogativa é o guarda da esquina.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-jun-25/doorgal-andrada-problema-fim-foro-guarda-esquina>.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte:Forum 2018.

\_\_\_\_\_. **Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-23/roberto-barroso-foro-privilegiado-acabar-reduzir-impunidade>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BICALHO, Maria Fernanda. **A cidade e o império: o Rio de Janeiro no século XVIII.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BOTINNI, Pierpaolo. **Prerrogativa de foro transformou-se em um privilégio injustificado.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-15/bottini-prerrogativa-foro-tornou-privilegio-injustificado>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

---

<sup>55</sup>REALE JÚNIOR, Miguel. **O Supremo em Cheque.** Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,o-supremo-em-xeque,70001686461>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL, **PEC 333/2017**: Proposta de Emenda à Constituição. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=2140446>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL, **Emenda Constitucional**. 06.06.2017. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5325772&disposition=inline>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

DALLARI, Adilson Abreu. **Foro por prerrogativa de função – na prática, a teoria é outra**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-16/interesse-publico-foro-prerrogativa-funcao-pratica-teoria-outra>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

FALCÃO, Joaquim. **V Relatório Supremo em Números : o foro privilegiado**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

FGV Rio. **V Relatório Supremo em Números**. O Foro Privilegiado e o Supremo. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18097/V%20Relatório%20Supremo%20em%20Números%20-%20O%20Foro%20Privilegiado%20e%20o%20Supremo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Foro privilegiado: a ineficiência do sistema**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=23>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **O foro privilegiado na França**. p. 37 e 50. Disponível em: <<file:///C:/Users/awd/Downloads/artigo-paulo-fontes-prerrogativa-foro.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição comemorativa 70 anos. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

O GLOBO. **Estudo mostra que 68 ações penais de quem tem foro privilegiado prescrevem ou caem para instância inferior.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/estudo-mostra-que-68-de-aco-es-penais-de-quem-tem-foro-privilegiado-prescrevem-ou-caem-para-instancia-inferior-20933954>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

REALE JÚNIOR, Miguel. **O Supremo em Cheque.** Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,o-supremo-em-xeque,70001686461>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

RIBEIRO, Douglas; COSTA, Victor; CATTONI, Marcelo. Quem deve ser o guardião da Constituição? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 140, fev. 2018.

SARMENTO, Daniel. **Constituição e Sociedade.** Disponível em: <<http://jota.info/constituicao-e-sociedade-4>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

SENADO FEDERAL. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Textos para discussão. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td233>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES FILHO, Newton. **Foro por Prerrogativa de Função no Direito Comparado.** Brasília: Câmara dos Deputados/Consultoria Legislativa, 2015.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 3. ed. Ed: Método, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas: da antiguidade à modernidade.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

# Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC)

*Tarso Cabral Violin<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. As Organizações da Sociedade Civil. 3. O Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, suas inovações e alterações. 4. Conclusões. 5. Referências.

## 1. Introdução

O presente estudo tem o objetivo de analisar a Lei n.º 13.019/2014 e suas alterações ocorridas em 2015, legislação que é o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), regulamentada pelo Decreto n.º 8.726/2016 no âmbito federal.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Doutor em Estado e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Professor de Direito Administrativo e de Ciência Política da Faculdade de Direito de Pinhais (FAPI), Professor de Direito Administrativo das Faculdades Integradas do Vale do Rio Iguaçu (Uniguacu), Professor da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), Professor Convidado da Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Vice-Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direito do Terceiro Setor do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR), Coordenador do Grupo de Estudos Direito Público e Política da Faculdade de Direito de Pinhais, Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Terceiro Setor, Avaliador da Revista de Direito da Cidade da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB-PR) e Advogado em Curitiba. E-mail: tarsocv@gmail.com

<sup>2</sup> Os estados brasileiros que emitiram decretos regulamentando a Lei 13.019/2014 (MROSC) são: Bahia (Decreto 17.091/2016), Mato Grosso (Decreto 446/2016), Mato Grosso do Sul (Decreto 14.494/2016), Paraná (Decreto 3.513/2016), Rio Grande do Sul (Decreto 53.175/2016), Rondônia (Decreto 21.431/2016 alterado pelo Decreto 21.448/2016), São Paulo (Decreto 61.981/2016), Distrito Federal (Decreto 37.843/2016) e Minas Gerais (Decreto 47.132/2017); e os municípios que fizeram o mesmo: São Paulo/SP (Decreto 57.575/2016), Cubatão/SP (Decreto 10.557/2016), Belo Horizonte/MG (Decreto

O que há de mais importante no Marco Regulatório? Quais foram as alterações realizadas na Lei? Essas alterações foram avanços ou retrocessos sob o ponto de vista jurídico? Esses são alguns dos problemas levantados. O artigo se justifica pela relevância das Organizações da Sociedade Civil para o desenvolvimento democrático do país, para o atendimento do interesse público ou dos direitos fundamentais e implementação de políticas públicas, havendo pouca doutrina sobre essa Lei específica.<sup>3</sup>

## 2. As Organizações da Sociedade Civil

Existiram várias denominações para as entidades privadas sem fins lucrativos ou econômicos durante o século XX, como organizações não-governamentais (ONGs), entidades do “terceiro setor”, setor público não-estatal, entidades sociais, etc.

A denominação “ONG”, de “organizações não governamentais”, normalmente é mais utilizada para as organizações que surgiram com a função de assessorar os movimentos sociais<sup>4</sup>, são entidades mais politizadas, mais atuantes na defesa e na construção de direitos<sup>5</sup>, que lutam pela melhoria da

---

16.519/2016), Jundiaí/SP (Decreto 26.773/2016), Várzea Grande/MT (Decreto 70/2016), Osasco/SP (Decreto 11.384/2016), Santos/SP (Decreto 7.585/2016), Curitiba/PR (Decreto 1.067/2016), Palmeira (Decreto 10.764/2016), Campo Grande (Decreto 13.022/2016), Feira de Santana/BA (Decreto 10.166/2017), Aguai/SP (Decreto 3.494/2017), Jerônimo Monteiro/ES (Decreto 5.124/2017), Matozinhos/MG (Decreto 3.006/2016) e Tangará da Serra/MT. Portal do Governo Brasileiro. OSC. Participa. Decretos. Disponível em: <<http://www.participa.br/osc/paginas/decretos>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

<sup>3</sup> Sobre o MROSC e as políticas públicas para as cidades ver SALGADO, Eneida Desiree; VIOLIN, Tarso Cabral. O Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil para as Políticas Públicas relativas ao Direito da Cidade e suas recentes alterações. **Revista de Direito da Cidade** (UERJ), v. 09, n.º 2. p. 603-625.

<sup>4</sup> PRESSBURGER, Thomas Miguel. ONGs e cidadania. In: GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). **Organizações não governamentais: soluções ou problemas**. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p.98.

<sup>5</sup> FERNANDES, Rubem César. As organizações não governamentais diante do Estado. In: GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). **Organizações não governamentais: soluções ou problemas**. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p.65.



qualidade de vida da população<sup>6</sup>, sendo excluídas as entidades de benefício mútuo.<sup>7</sup> São instituições mais combativas, questionadoras, fiscalizadoras, inclusive do próprio Estado e do mercado.

O termo mais utilizado entre os anos 1970 e 2010 foi “terceiro setor”, principalmente pelos defensores do neoliberalismo-gerencial, para entidades mas dóceis, dependentes do Estado e, muitas vezes, “parceiras” do Poder Público para fins de terceirização ou delegação. O termo pode ser definido em sentido amplo, como tudo o que não for Estado (entes estatais) ou mercado (empresas privadas com finalidade lucrativa); e em sentido estrito como as entidades privadas sem lucrativos ou econômicos de interesse público.<sup>8</sup>

Essas entidades criadas como associações ou fundações privadas muitas vezes eram certificadas como de utilidade pública, beneficentes de assistência social ou qualificadas como organizações sociais (OSs) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs).<sup>9</sup>

No Estado Social, Republicano e Democrático de Direito

---

<sup>6</sup> SÁ, Domingos Bernardo. Conceitos e reflexões jurídicas. In: GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). **Organizações não governamentais: soluções ou problemas**. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p.40-41.

<sup>7</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.115.

<sup>8</sup> Sobre: VIOLIN, Tarso Cabral. Neoliberalismo e a Constituição Social. In: Daniel Wunder Hachem; Emerson Gabardo; Eneida Desiree Salgado. (Org.). **Direito Administrativo e Suas Transformações Atuais**, 1ª ed. Curitiba: Íthala, 2016, p. p. 112-258; SANTOS, Boaventura de Souza. A reinvenção solidária e participativa do Estado. In: **Seminário Internacional Sociedade e a Reforma do Estado**. São Paulo, MARE, 1998. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/134.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito do Terceiro Setor. In: **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS**, ano 1, n.º 1, jan./jun. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 11-38; PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**, 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004; MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997; SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do terceiro setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004.

<sup>9</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003; MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social**. São Paulo: Cortez, 2002.

previsto na Constituição de 1988<sup>10</sup> uma das possibilidades de atuação do Estado é no fomento às entidades privadas sem fins lucrativos ou econômicos que atuem pelo interesse público, de forma complementar ao Poder Público nos chamados serviços sociais, como educação, saúde, assistência social, cultura, etc. Uma Democracia não se faz apenas com Estado, ou apenas com mercado, sendo essencial o desenvolvimento do chamado “setor intermediário”<sup>11</sup> ou da sociedade civil organizada.<sup>12</sup>

No Brasil, a tendência a partir dos anos 2010 é que as associações e fundações privadas sem fins lucrativos ou econômicos que atuem pelo interesse público sejam chamadas de Organizações da Sociedade Civil, em decorrência da Lei n.º 13.019/2014 (Marco Regulatório) sancionada pela então presidenta Dilma Rousseff. Entidades “sem fins lucrativos” não distribuem entre os seus associados e dirigentes eventuais resultados, aplicando-os, integralmente, na consecução do respectivo objeto social.

No Brasil, em 2013, existiam OSCs presentes em 5552 municípios, sendo que 99,82% dos municípios têm pelo menos uma OSC registrada. São 6% na região Norte, 22% no Nordeste, 6% no Centro-Oeste, 44% no Sudeste e 22% no Sul. Em 2010 as áreas de atuação das OSC eram 30,1% na defesa de direitos e interesses dos cidadãos, 28,5% religiosas, 12,7% na cultura e recreação e 10,5% na Assistência Social. Eram 2,1 milhões de pessoas com carteira assinada, sendo 62,9% de mulheres, e o pessoal ocupado equivale a 4,9% dos trabalhadores do Brasil. Mas 210 mil OSCs não possuem funcionários (72,2% do universo), ou seja, muito trabalho voluntário e autônomo.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> SALGADO, Eneida Desiree. Políticas públicas, inclusão social e desenvolvimento democrático. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 2, p. 89-99, 2015b.

<sup>11</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Terceiro Setor, Administração Pública e os Direitos do Cidadão*. Palestra proferida em 27 de agosto de 2005, no 1º Encontro Paranaense do 3º Setor, em Curitiba/PR.

<sup>12</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

<sup>13</sup> SECRETARIA GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Marco regulatório das organizações da*

As OSCs são entidades privadas sem fins lucrativos que desenvolvem ações de interesse público e não têm o lucro como objetivo; atuam na promoção e defesa de direitos e em atividades nas áreas de direitos humanos, saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia, desenvolvimento agrário, assistência social, moradia, entre outras; e do ponto de vista da incidência no ciclo das políticas públicas, têm assumido diferentes papéis: na formulação da política (participação em conselhos, comissões, comitês, conferências e compartilhamento de experiências de tecnologias sociais inovadoras), e na sua execução, por meio de parcerias com o poder público, além do monitoramento e avaliação, no exercício do controle social.<sup>14</sup>

### **3. O Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, suas inovações e alterações**

Antes de ser iniciada uma tratativa mais aprofundada sobre o Marco Regulatório, é importante analisar sobre como surgiu essa legislação. Em 2010 foi articulado um movimento denominado “Plataforma por um Novo Marco Regulatório para as Organizações da Sociedade Civil”, com membros de organizações e movimentos sociais. Na campanha das eleições presidenciais de 2010 a então candidata Dilma Rousseff assinou carta reivindicatória da Plataforma e, após sua eleição, criou Grupo de Trabalho Interministerial paritário (governo federal e sociedade civil), para elaborar um novo marco e políticas de fomento para o setor, cuja primeira reunião ocorreu em 2011, em Brasília, durante o I Simpósio Internacional Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, que foi o “pontapé” inicial da nova legislação.

---

**sociedade civil: a construção da agenda no governo federal – 2011 a 2014.** Brasília: Governo Federal, 2015.

<sup>14</sup> SECRETARIA DE GOVERNO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Entenda o MROSC: Marco regulatório das organizações da sociedade civil:** Lei 13.019/2014. Brasília: Presidência da República, 2016.

A ideia era a criação de uma legislação sobre o tema, já que até então o assunto era tratado de forma superficial na legislação de licitações e contratos administrativos (Lei n.º 8.666/93) e em atos administrativos federais, decorrentes, muitas vezes, de Jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Era necessária a criação de regras claras e condizentes com o Direito Público brasileiro para a escolha de entidades parceiras, por meio de procedimento seletivo. Defendia-se uma legislação apenas para o fomento, e não para fins de terceirização ou delegação de serviços sociais estatais para as entidades privadas, como é o caso da Lei das Organizações Sociais (Lei n.º 9.637/98).

Após alguns anos de ampla discussão com a sociedade, academia, agentes públicos, órgãos de controle e Parlamento, em dezenas de reuniões, seminários, eventos, elaboração de artigos, diálogos intersetoriais, rodas de conversas em eventos, a realização de um II Seminário Internacional (2014), tudo publicizado via internet e nos meios de comunicação, foi editado em 2014 o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil.<sup>15</sup>

A Lei n.º 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil, foi alterada substancialmente pela Lei n.º 13.204/2015. Uma das alterações foi fixar a vigência do Marco Legal para a União e para os Estados da federação para início em 23 de janeiro de 2016, e para os Municípios brasileiros em 1º de janeiro de 2017, podendo a vigência para os Municípios ser anterior por decisão via ato administrativo local.

O Marco Regulatório institui normas gerais para as parcerias estabelecidas pela Administração Pública com as chamadas organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco,

---

<sup>15</sup> SECRETARIA GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Marco regulatório das organizações da sociedade civil: a construção da agenda no governo federal - 2011 a 2014**. Brasília: Governo Federal, 2015, p. 29-41.

por meio de políticas de fomento, de colaboração e de cooperação. Saliente-se que Administração Pública pode ser tanto da União, Estados quanto Municípios, seja Administração Pública direta quanto indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, excetuadas as exploradoras de atividades econômicas), nos termos do art. 2º, inc. II, do Marco Regulatório.<sup>16</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, um crítico da Lei n.º 9.637/98 (Organizações Sociais) e da Lei n.º 9.790/99 (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público), entende que a Organização da Sociedade Civil prevista na Lei n.º 13.019/2014 foi “parcialmente expungida dos defeitos dantes apontados, isto é em parte liberta das arbitrariedades e favoritismos ou inconstitucionalidades escandalosas ensejados pelas anteriores”.<sup>17</sup> Odete Medauar criticou: “tal lei se revela excessivamente minuciosa, burocratizando em alto grau os vínculos entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos, em linha oposta a inúmeros ordenamentos ocidentais, cuja linha está na simplificação administrativa”, pois para ela transplanta em grande parte as normas da Lei n.º 8.666/93.<sup>18</sup>

A Lei n.º 13.204/2015, que alterou a Lei n.º 13.019/2014, incluiu como organizações da sociedade civil também as sociedades cooperativas, em especial:

- a) as cooperativas sociais previstas na Lei n.º 9.867/99, que são constituídas com a finalidade de inserir pessoas em desvantagem

---

<sup>16</sup> Sobre o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil do Brasil na língua inglesa, ver SCARDONE, Diego. Towards a new relation of partnership between civil society organisations and the State: The legal framework for civil society organisations and Law 13.019 in Brazil. Washington D.C.: International Center for Not-for-Profit Law (ICNL), 2014. Disponível em <[http://www.icnl.org/research/library/files/queue/Scardone\\_ICNL\\_FINAL.pdf](http://www.icnl.org/research/library/files/queue/Scardone_ICNL_FINAL.pdf)>. Acesso em: 19 jan. 2017.

<sup>17</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 250.

<sup>18</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.124.

no mercado econômico, por meio do trabalho, como deficientes, dependentes, egressos de prisões, condenados a penas alternativas à detenção, adolescentes em idade adequada ao trabalho e situação familiar difícil;<sup>19</sup> e

b) as cooperativas regidas pela Lei n.º 5.764/71 de interesse público e de cunho social, integradas por pessoas em situação de risco ou vulneráveis, as alcançadas por políticas de combate à pobreza e de geração de trabalho/renda, e as voltadas para fomento/educação/capacitação de trabalhadores rurais.<sup>20</sup>

A Lei n.º 13.204/2015 também incluiu como organização da sociedade civil as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos. Essa inclusão é desnecessária e nos parece até inconstitucional. Associações com influência religiosa, que não são Igrejas ou organizações religiosas, já poderiam ser denominadas de “organizações da sociedade civil”, se atendidos os requisitos legais. As organizações religiosas nada mais são do que as Igrejas e demais instituições com fins principalmente religiosos, e esse tipo de entidade não poderia receber verbas públicas em um Estado Laico, nos termos do art. 19, inc. I, da Constituição, que dispõe que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (...) estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Sobre as cooperativas sociais ver VIOLIN, Tarso Cabral. O “terceiro setor” e as cooperativas sociais. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.); CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; VIOLIN, Tarso Cabral (Org.). *Direito do Terceiro Setor: atualidades e perspectivas*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2006, p. 197-219.

<sup>20</sup> Sobre essas cooperativas ver POLONIO, Wilson Alves. *Manual das sociedades cooperativas*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>21</sup> Sobre a questão das organizações religiosas serem ou não associações e divergências doutrinárias sobre o tema, ver ANDRADE, Alessandro Purcino. As organizações religiosas como pessoas jurídicas de direito privado. In: *Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS*, Belo Horizonte, ano 3, n.º 5, p. 93-113, jan./jun. 2009. Sobre Estado Laico, Terceiro Setor e organizações religiosas o melhor trabalho

Entre as normas gerais fixadas no Marco para fins de fixar os fundamentos do regime jurídico das organizações da sociedade civil estão:

- a) gestão pública democrática;
- b) participação e controle social, com o propósito de fortalecimento da sociedade civil;
- c) transparência na aplicação de recursos públicos. O que, na verdade, já era obrigatório em face aos princípios constitucionais da publicidade e transparência e da Lei 12.527/2011, a Lei de Acesso à Transparência, que se aplica, também, às entidades privadas que recebam dinheiro público.<sup>22</sup>
- d) princípios da legalidade, legitimidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade, eficiência e eficácia. Foi retirado pela Lei 13.204/2015 o termo “além dos demais princípios constitucionais aplicáveis”, o que parece não haver justificativa, uma vez que os demais princípios constitucionais são aplicáveis, no que couber, a esse tipo de organização;<sup>23</sup>
- e) valores sociais da Constituição de 1988, como por exemplo a preservação do meio ambiente, defesa dos direitos humanos, etc.;
- f) desenvolvimento sustentável;<sup>24</sup>
- g) controle de resultados;
- h) incentivo ao uso de recursos atualizados de tecnologia de Informação e comunicação, etc.

A partir do texto original da Lei das OSCs, os convênios público-privados deixariam de existir, e seriam substituídos pelos termos de colaboração e os termos de fomento, cujo regime jurídico é semelhante ao dos convênios. Entretanto, o Marco Regulatório

---

encontrado é o de GERONE, Acyr. As organizações religiosas e o Terceiro Setor. In: **Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS**, Belo Horizonte, ano 2, n.º 3, p. 61-85, jan./jun. 2008.

<sup>22</sup> ZANCANER, Weida. Princípios informadores da lei de acesso à informação. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito público do mercosul: homenagem ao professor Jorge Luis Salomoni**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 339-341.

<sup>23</sup> Sobre os princípios constitucionais da Administração Pública, ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 29-140.

<sup>24</sup> A sustentabilidade é multidimensional, ou seja, jurídica, política, ética, social, econômica e ambiental. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 50.

sofreu alteração pela Lei n.º 13.204/2015, sendo “ressuscitados” os convênios público-privados para a saúde e sendo criado, ainda, o “acordo de cooperação”.

As parcerias entre a Administração Pública e as OSC são relações jurídicas formais, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou nos posteriormente criados acordos de cooperação. Note-se que as parcerias em comento respeitarão as normas específicas das políticas públicas setoriais relativas ao objeto da parceria e as respectivas instâncias de pactuação e deliberação, segundo o que determina a Lei 13.204/2015.

Nos termos de colaboração e nos termos de fomento há transferência de recursos financeiros, com a única diferença de que os termos de colaboração são propostos pela Administração Pública, enquanto que os termos de fomento são propostos pelas próprias OSCs. Parece despidianda essa diferenciação terminológica. Já quando não há transferência de recursos financeiros o acordo de vontade será o acordo de cooperação. Portanto, o que antes era denominado simplesmente de convênio, com ou sem repasse financeiro, proposto pela entidade social ou pela Administração Pública, com o Marco haverá essa tripla denominação. Com a manutenção dos antigos convênios, dos contratos de gestão com as organizações sociais e os termos de parceria com as OSCIPs, a tendência é que a já existente confusão entre os institutos se agrave.

Além da diferença já explicitada com relação a quem propõe a parceria (fomento é a OSC e colaboração é a Administração Pública), a Secretaria de Governo da Presidência da República ainda faz as seguintes diferenciações:

- a) com relação à função administrativa, no termo de fomento o Poder Público incentiva e reconhece ações de interesse público desenvolvidas pelas OSCs, enquanto que no termo de colaboração



há uma atuação em colaboração com a OSC para a execução de políticas públicas;

b) no quesito plano de trabalho, no termo de fomento a proposição dos termos, com livre iniciativa, pela OSC, apresenta ideias a serem desenvolvidas, com características próprias da sociedade civil como inovação e criatividade; enquanto que no termo de colaboração, a proposição dos termos, com parâmetros mínimos ofertados, pela Administração Pública, para que organizações complementem a atuação do Estado em ações conhecidas e estruturadas, com a expertise da sociedade civil;

c) no quesito gestão pública democrática, no fomento às iniciativas das OSCs amplia a participação social das OSCs na gestão pública democrática, na medida em que apoia propostas que arejam a ação estatal, amplifica o alcance de ações de interesse público desenvolvidas ou criadas pelas OSCs, além de estimular novas tecnologias sociais, e assegura maior autonomia das OSCs; enquanto que na colaboração de OSCs em iniciativas da Administração Pública amplia a participação social das OSCs na gestão pública democrática, na medida em que compartilha a gestão dos resultados que se pretende alcançar com as organizações que aproximam a demanda local com as políticas públicas, por características como capilaridade e mediação com públicos ou territórios específicos;

d) seria exemplo de termo de fomento a atuação de OSCs para desenvolver metodologia de trabalho com pessoas com deficiência em abrigos empoderando o público em relação a seus direitos, e a parceria envolveria a formatação de um curso, a partir da escuta dos abrigados com deficiência, com capacitação de agentes e sistematização de pontos de atenção, e o produto é a entrega da metodologia, do curso, dos agentes capacitados e das análises realizadas, descritos no relatório final da execução do objeto. Exemplo de um termo de colaboração seria a atuação de OSCs em serviços tipificados da assistência social seguindo as regras do Sistema Único de Assistência Social – SUAS, como o serviço de abrigamento de pessoas com deficiência, e a parceria envolve a gestão do cotidiano do abrigo e a manutenção das ações correlatas para o bom funcionamento do equipamento público, e o serviço necessário prestado será descrito no relatório final de execução do objeto.<sup>25</sup>

Mesmo com a tentativa de diferenciação supra, mantém-se a posição de que a única diferença jurídica entre o termo de fomento e o termo de colaboração é a proposição da parceria. Além disso, os exemplos da Secretaria de Governo podem gerar confusão, uma vez que prestação de serviços, independentemente se o prestador de serviços é uma empresa com fins lucrativos ou uma entidade sem fins lucrativos, é contrato administrativo, precedido, em regra, de licitação, e não convênio, termo de parceria, termo de colaboração ou termo e fomento.<sup>26</sup>

Um dos maiores retrocessos gerados pela Lei n.º 13.204/2015 foi a retirada da realização, como regra, do chamamento público prévio à celebração das parcerias para a escolha das entidades privadas por parte do poder Público. Preliminarmente o termo “chamamento público” foi retirado do próprio conceito de termo de fomento e de colaboração que tinha a lei original. Há outras normas adiante analisadas que provocam um esvaziamento ainda maior do chamamento público.

O Decreto n.º 8.726/2016 fixa que a cláusula de vigência dos acordos devem ser previstas com o tempo necessário para a execução integral do objeto da parceria, sendo que para os termos de fomento ou acordos de cooperação o prazo máximo é de 5 (cinco) anos, enquanto que para os termos de colaboração o prazo máximo é de 10 (dez) anos, desde que tecnicamente justificado, sendo passíveis prorrogações dentro desses prazos. Os estados e municípios poderão fixar prazos diferentes em seus decretos. Em Curitiba não foi fixada vigência máxima e no município de São Paulo a vigência está limitada em 5 (cinco) anos, prorrogável por até 10 (dez) anos, com a devidas justificativas.

---

**regulatório das organizações da sociedade civil:** lei 13.019/2014. Brasília: Presidência da República, 2016, p. 23.

<sup>26</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

No Decreto Federal também há previsão de que não há prerrogativas da Administração Pública nos termos aditivos dos acordos de vontade celebrados nos termos do Marco, para fins de ampliação de até 30% do valor global; redução do valor, sem limites; prorrogação da vigência e alteração da destinação dos bens remanescentes; podendo ocorrer simples apostilamento para alterações mais simples. Não há previsões nesse sentido nos decretos dos municípios de São Paulo e Curitiba.

Em defesa da democracia representativa e deliberativa, a Lei prevê a existência dos conselhos de políticas públicas, que são órgãos criados pelo Poder Público para atuar como instância consultiva, na respectiva área de atuação, na formulação, na implementação, no acompanhamento, no monitoramento e na avaliação de políticas públicas. Importante essa previsão legal, que ajuda a consolidar a busca pela democracia participativa e deliberativa, ao invés da simples e ultrapassada democracia de mercado. Não é suficiente para a promessa da democracia que os indivíduos, de dois em dois anos, ou de quatro em quatro anos, votem em candidatos nas eleições periódicas. É essencial a implementação, pelo menos, de uma democracia participativa, que valoriza a participação no processo de tomada de decisões de um grande número de cidadãos ativos em todos os níveis do sistema político, especialmente no nível intermediário da sociedade civil organizada.<sup>27</sup>

As OSCs devem prestar contas em procedimento em que se avalia a execução da parceria, pelo qual seja possível verificar o

---

<sup>27</sup> Não se admite mais a concepção, denominada por Dworkin como majoritarista-profilática ou mesmo neoliberal-individualista, na qual a Democracia é simplesmente a coincidência entre a vontade da maioria do povo e a decisão política. Em um Estado Social, Republicano, Desenvolvimentista e Democrático de Direito, em uma visão coparticipativa-discriminadora, a vontade da maioria é importante, desde que haja um papel do cidadão iguais como participantes dos embates, com pretensões legítimas de influenciar a formação da opinião dos outros. Não basta mais apenas o voto, mas também a influência legítima na tomada de decisão. A Democracia ficaria comprometida se alguns grupos não tem oportunidade nenhum, ou mesmo oportunidade reduzida por carência de recursos financeiros. Ronald Dworkin é quem faz a distinção entre concepção majoritária e coparticipativa. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 503-512.

cumprimento do objeto da parceria e o alcance das metas e dos resultados previstos, compreendendo as fases de: (a) apresentação das contas, de responsabilidade da organização da sociedade civil e (b) análise e manifestação conclusiva das contas, de responsabilidade da Administração Pública. No texto original o Marco exigia que a avaliação das contas fosse realizada quanto aos aspectos de “legalidade, de legitimidade, de economicidade, de eficiência e de eficácia”, o que de forma inexplicável foi retirado da lei em 2015, parecendo ser mais um retrocesso. A citação expressa desses princípios da “legalidade, de legitimidade, de economicidade, de eficiência e de eficácia” deixava claro que o controle das parcerias é amplo, tanto nas questões de legalidade quanto legitimidade, tanto na questão da economicidade quanto eficiência e eficácia. As parcerias em comento, por tratarem de interesses públicos, podem, mesmo com a mudança na lei, ser amplamente fiscalizadas pelos órgãos de controle, tanto os de controle interno como por exemplo as ouvidorias, como de controle externo, como o Ministério Público e Tribunais de Contas.

Na legislação original de 2014 foi estabelecido que não se aplicava o Marco Regulatório aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, previstos na Lei n.º 9.637/98, às transferências de recursos homologadas/autorizadas pelo Congresso Nacional naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitarem com o Marco Regulatório; às transferências voluntárias regidas por lei específica, naquilo em que houver disposição expressa em contrário; e poderia ser aplicado o Marco, no que coubesse, aos termos de parceria com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIPs (Lei n.º 9.790/99). A Lei de 2015 acabou retirando os termos de parceria com a OSCIPs da aplicação do Marco; assim como os convênios e contratos com entidades filantrópicas sem fins lucrativos de saúde que atuam de forma complementar do SUS, os Termos de Compromisso Cultural (Política Nacional de Cultura Viva, Lei n.º 13.018/2014, art. 9º, § 1º), as transferências para

entidades de educação de deficientes (Lei n.º 10.845/2004, art. 2º) e Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE e Programa Dinheiro Direto na Escola – PDDE (Lei n.º 11.947/2009); os pagamentos realizados em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por membros de Poder (ou do Ministério Público), dirigentes da Administração Pública, pessoas jurídicas de direito público interno e pessoas jurídicas integrantes da administração pública; e as parcerias com os serviços sociais autônomos.

Portanto, uma lei que era um avanço e que seria aplicada amplamente no âmbito da Administração Pública federal, estadual e municipal, para o melhor atendimento dos princípios constitucionais como legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade, acabou sendo esvaziada por alteração legal um ano depois. A Lei n.º 13.204/2015 foi aprovada por meio de Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória 684/2015, após a realização de várias audiências públicas nas quais houve pressão para as alterações implementadas, por meio de entidades influentes descontentes com o texto inicial, ligadas, por exemplo, às Santas Casas, associações de pais e amigos dos excepcionais (APAEs), entre outras.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Por exemplo, em 14.10.2015 foi realizada reunião da Comissão Mista criada para emissão de parecer sobre a MP 684/2015, com a participação de representantes de várias entidades privadas, como Rosângela Wolff Moro - Procuradora Jurídica da Federação Nacional das Apaes (FENAPAEs) e Cristiany de Castro - Presidente da Federação das APAES do Estado de São Paulo. SENADO FEDERAL, Diário do Senado Federal n.º 195, de 02.12.2015, p. 90. A Confederação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos (CMB) chegou a confessar, em seu próprio site, sobre o parecer do relator da MP, que “a alteração do parecer foi resultado das articulações da Confederação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos (CMB) junto aos parlamentares”. CONFEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS E HOSPITAIS FILANTRÓPICOS. Comissão aprova relatório que altera Lei 13.019. Disponível em: <<http://www.cmb.org.br/cmb/index.php/noticias/1232-comissao-aprova-relatorio-que-altera-lei-13-019>>. Acesso em: 19 jan. 2017. Realmente, o deputado federal Eduardo Barbosa (PSDB-MG), relator da MP 684/2015, informou em sua complementação de voto: “após exaustiva negociação, que levou em consideração os interesses e as opiniões dos diversos atores envolvidos no processo legislativo aqui alcançado, optou-se por apresentar a este colegiado versão alterada do projeto de lei de conversão anteriormente oferecido ao crivo do órgão técnico”. BARBOSA, Eduardo. Complementação de Voto da Medida Provisória 684, de 21 de julho de 2015 (mensagem n.º 260, de 2015). Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/181800.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

E o Marco Regulatório deveria ser uma legislação que englobasse todas as parcerias entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos de interesse público, de forma a unificar e simplificar a legislação. Mas, infelizmente, o que acabou ocorrendo foi a criação de mais uma legislação, sem a revogação de legislações antigas, ultrapassadas e que não eram totalmente condizentes com o ordenamento jurídico brasileiro. O que já era difícil de explicar para estudantes e leigos no assunto, agora praticamente ficou inviabilizado.

A Lei prevê a possibilidade de criação, no âmbito federal, do Conselho Nacional de Fomento e Colaboração, de composição paritária entre governo e sociedade civil, o que também é essencial para o fortalecimento da democracia participativa e deliberativa.

A maior inovação da Lei das OSCs era a imposição, por meio de lei, do chamamento público para a seleção das entidades que serão fomentadas pelo Poder Público, como regra. Havia doutrina, jurisprudência e até decretos sobre o tema, mas faltava um disciplinamento legal expresso.<sup>29</sup> Chamamento público é o procedimento destinado a selecionar a OSC para firmar parceria, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. Mas essa grande inovação legal de 2014 acabou por ser esvaziada já em 2015, pelo próprio Congresso Nacional.

Além das várias situações acima citadas em que o Marco não se aplica, o chamamento público não será mais obrigatório para emendas parlamentares, para os acordos de cooperação (no qual precisa de chamamento apenas em doação, comodato, etc.), e em várias novas situações de dispensa e inexigibilidade. No caso dos parlamentares, esses não são os mais indicados para a decisão sobre quais entidades devam ser parceiras do Poder Público, pois essa

---

<sup>29</sup> (VIOLIN, 2015).

deve ser uma decisão técnica, vinculada, nos termos da lei, e não discricionária e política. O aumento do uso de dispensas e inexigibilidades gera uma elevada liberdade e discricionariedade ao administrador público, prática que pode gerar um aumento do patrimonialismo, e conseqüentemente da corrupção, clientelismo e nepotismo. Assim ideais republicanos de busca de um bem comum, do interesse público, podem ser substituídos pelo atendimento apenas de interesses privados.

Na Lei n.º 13.019/2014 a Administração Pública poderia dispensar a realização do chamamento público em situações excepcionais, em casos de (a) urgência, (b) guerra ou grave perturbação da ordem pública e (c) quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança. Assim como seria considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto do plano de trabalho ou quando as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica.

Mas a Lei n.º 13.204/2015 também criou caso de:

a) dispensa de chamamento público no caso de atividades relativas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política; e

b) inexigibilidade, em especial, para acordo internacional com indicação da OSC e quando a lei estipular a entidade, inclusive em subvenções sociais (Lei 4.320/64, para cobrir despesas de custeio de OSC assistencial/cultural).

São previstas as comissões de seleção, que são órgãos colegiados da Administração Pública destinados a realizar os chamamentos públicos. Na lei original seriam compostas por agentes públicos, com a composição de dois terços de servidores ocupantes de cargos permanentes do quadro de pessoal. Com a alteração legal o que é obrigatória é a participação de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente.

O termo de fomento, a ser celebrado por proposta da OSC, será precedido do Procedimento de Manifestação de Interesse Social. Por meio dele, as organizações da sociedade civil, os movimentos sociais e os cidadãos poderão apresentar propostas ao Poder Público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria. Isso é semelhante ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) das Parcerias Público-Privadas (PPPs), da Lei n.º 11.079/2004 e Decreto n.º 8.428/2015, nos casos de concessões administrativas e concessões patrocinadas.

Para a participação do chamamento público as entidades deveriam ter, no mínimo, três anos de existência, segundo a lei original. Entretanto, a alteração legal agora exige para a celebração da parceria apenas um ano de existência da entidade, nos municípios, dois anos nos estados e três anos, como na lei original, apenas para a União, admitida a redução do prazo se nenhuma OSC atingi-los.

A participação também está condicionada a experiência prévia na realização do objeto da parceria e capacidade técnica e operacional. No âmbito da União, além de existência de um ano, se exige experiência de um ano, assim como segundo o decreto de Curitiba. Já no município de São Paulo o decreto regulamentador não condiciona à experiência de um ano.

O edital do chamamento público deverá ser amplamente divulgado em sítio oficial da Administração Pública, não sendo obrigatório, portanto, publicidade em meios impressos públicos ou privados. Essa é uma prática que gera uma economia considerável aos cofres públicos e ao próprio meio ambiente.

É vedado restringir o caráter competitivo do chamamento público com algo impertinente ou irrelevante. A lei original proibia preferências para o local da entidade, em termos semelhantes ao da Lei n.º 8.666/93 das licitações e contratos administrativos. Mas a alteração de 2015 admite limitar a celebração de parceria apenas com entidades de um Estado da federação e limitar o território ou a



abrangência da prestação de atividades por parte da OSC escolhida. Assim, é possível que um município limite a seleção de uma organização da sociedade civil dos municípios de um determinado estado, ou que a OSC escolhida de um determinado estado atue apenas em certo município ou região, com os recursos da parceria.

Na lei original as OSCs deveriam ter regulamento de compras e contratações aprovado pela Administração Pública, com atendimentos dos princípios legalidade, moralidade, boa-fé, probidade, impessoalidade, economicidade, eficiência, isonomia, publicidade, razoabilidade, julgamento objetivo e busca permanente de qualidade e durabilidade. Odete Medauar criticou essa exigência, “representando mais um elemento de burocratização e demandando gastos com assessoria jurídica para a redação desse texto” (MEDAUAR, 2015, p. 126). Essa necessidade simplesmente foi revogada pela Lei n.º 13.204/2015, e agora, segundo o decreto federal, basta que as compras e contratações de bens e serviços pela OSC com recursos transferidos pela Administração Pública federal adotarão métodos usualmente utilizados pelo setor privado, o que é repetido no decreto de São Paulo (no decreto de Curitiba não há qualquer previsão sobre o tema). Ou seja, mesmo lidando com dinheiro público, a legislação não exige mais que as entidades privadas respeitem os princípios do Direito Público, bastando imitar o que ocorre na iniciativa privada, segundo os decretos citados.

Caso a OSC adquira bens permanentes com recursos provenientes da celebração da parceria, que não se incorporam ao objeto, eles serão inalienáveis e deverão ser definidos no acordo com quem ficam os bens com o fim da parceria, podendo ser doados pelo Poder Público. No caso de extinção deve haver a promessa de transferência da propriedade à Administração Pública.

As OSCs não poderão celebrar parcerias caso tenham como dirigente membro de Poder ou do Ministério Público, ou dirigente de órgão ou entidade da Administração Pública da mesma esfera. A lei original impedia de qualquer esfera do Poder Público. Portanto, as OSCs também não poderão celebrar parcerias caso tenham como

dirigente os cônjuges ou companheiros, bem como parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau, dos agentes públicos supracitados. Os parentes em linha reta em 1º grau seriam os pais e filhos e de 2º grau os avós e netos. Os de 3º grau como bisavós e bisnetos estão liberados. O parente colateral de 1º grau não existe, o de 2º grau seriam os irmãos, e estariam liberados os de 3º grau como tios e sobrinhos. Os parentes por afinidade (familiares do cônjuge), de 1º grau seriam os padrastos, madrastas, enteados, sogros, genros e noras, de 2º grau os cunhados e avós do cônjuge, e estariam liberados os de 3º grau como os concunhados. Os membros de Poder seriam “o titular de um cargo estrutural à organização política do País, que exerça atividade típica de governo, de forma remunerada”, como o presidente da República, governadores, prefeitos e seus vices, ministros de Estado e secretários estaduais e municipais, senadores, deputados federais e estaduais e vereadores.<sup>30</sup> Entende-se como membros de Poder os magistrados, além dos membros do Ministério Público, e não apenas os “políticos” (em sentido estrito) dos Poderes Executivo e Legislativo.

Os acordos de vontade previsto no Marco Regulatório são semelhantes aos convênios, pois a Lei prevê faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias.

A lei original proibia, por parte das OSCs, a realização de despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar, e limitava em 15% (quinze por cento) gastos com contadores, advogados e demais custos indiretos. Agora podem despesas para remuneração da equipe, inclusive de pessoal próprio, durante a

---

<sup>30</sup> SECRETARIA DE GOVERNO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Entenda o MROSC: Marco regulatório das organizações da sociedade civil**: lei 13.019/2014. Brasília: Presidência da República, 2016, p. 34.

vigência da parceria; remuneração dos dirigentes (Lei n.º 9.532/97) e dos custos indiretos. Não pode remuneração de servidores, salvo de existir lei sobre o tema.

Segundo a lei, a inadimplência da organização da sociedade civil em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento nem poderá onerar o objeto do termo de fomento ou de colaboração ou restringir a sua execução. Dispositivo semelhante ao existente na Lei n.º 8.666/93, que gera muita divergência doutrinária na Justiça do Trabalho, pois há um conflito de interesses entre os interesses dos trabalhadores e o interesse público secundário da Administração Pública. Se realmente o termo de fomento ou de colaboração for um fomento público, e não um contrato disfarçado de terceirização, contratação de serviços ou delegação de serviços sociais, realmente o Poder Público não deve ser responsabilizado pelos encargos trabalhistas.

Na Lei n.º 13.109/2014 o Marco não poderia ser utilizado para fins de contratação de bens e serviços, para delegação de serviços públicos sociais ou para terceirizações ilícitas de atividades-fim do Estado, delegações/terceirizações já bem analisadas pela doutrina.<sup>31</sup> Isso era um avanço, pois a legislação expressamente diferenciava contratos, regidos por legislação própria, com acordos que servem para fins de fomento, e não para contratação de bens e serviços por parte do Poder Público. Assim como era expresso que o terceiro setor não poderia mais ser utilizado para fins de terceirização do social apenas com o intuito de burla do direito público. Agora, segundo a Lei n.º 13.204/2015, apenas é vedada a delegação das funções de regulação, poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado.

---

<sup>31</sup> Sobre: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parceiras na Administração Pública**, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009; RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2014; VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Em geral, o Marco Regulatório trazia mais avanços do que retrocessos. O fomento deve ser apenas uma das políticas públicas sociais, não podendo o Estado se eximir de executar serviços públicos sociais nas áreas de educação, saúde, cultura, etc. Além disso, qualquer legislação de fomento, seja a lei das OSCs, das OSCIPs, etc., deve ser utilizada para que o Poder Público fomente a sociedade civil organizada. Não pode ser utilizada para fins de contratação de bens e serviços, para delegação de serviços públicos sociais ou para terceirizações ilícitas de atividades-fim do Estado.

Com relação ao fomento, Sílvio Luís Ferreira da Rocha diz que “o fomento é, das funções do Estado, a mais afeta ao princípio da subsidiariedade”, “teria a vantagem de não expandir a máquina estatal” e não configuraria uma prestação obrigatória da Administração Pública.<sup>32</sup>

No plano ideal os retrocessos da legislação modificadora de 2015 deveriam ser reformulados pelo próprio Parlamento. Enquanto isso não ocorrer, na aplicação do dia-a-dia, o que for considerado contrário aos princípios constitucionais, será necessário que o Poder Judiciário exerça seu papel de guardião da Constituição.

#### 4. Conclusões

Há ainda muitas questões sobre o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, por ser uma legislação muito recente, e que sofreu muitas alterações, como o que foi analisado no presente trabalho. Verifica-se que a Lei original trazia muitos avanços para o regime de parceria entre Poder Público e sociedade civil, mas várias alterações acabaram trazendo retrocessos, se levarmos em conta o regime jurídico-administrativo brasileiro e seus princípios constitucionais. Caberá à Doutrina oferecer análises, críticas e soluções, ao Poder Judiciário interpretar

---

<sup>32</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.16-31.

a legislação nos termos constitucionais e à União, Estados e Municípios, em seus decretos regulamentadores e na efetivação da Lei, atenderem os anseios da sociedade brasileira no sentido de busca do atendimento do interesse público e dos direitos fundamentais, nos termos da Constituição de 1988.

Independentemente das divergências, principalmente com relação às alterações recentemente implementadas, com a vigência do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil é essencial que cada estado e município do país emita decreto regulamentador da Lei n.º 13.019/2014, para a disciplina das parcerias entre o Poder Público e as entidades privadas sem fins lucrativos de interesse público.

O decreto regulamentar a Lei nacional deve disciplinar, por exemplo, a vigência máxima dos termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação; deixar claro quais as prerrogativas da Administração Pública nesses acordos de vontade; que tipo de experiência deve ter a Organização da Sociedade Civil a ser escolhida pelo Poder Público; como as OSCs devem gastar o dinheiro público recebido por meio dos termos, entre outras regulamentações que não desrespeitem as normas gerais do Marco.

Não apenas com uma Administração Pública estruturada, profissionalizada e transparente, prestando serviços públicos, explorando atividades econômicas, regulando o mercado e exercendo o poder de polícia, mas também por meio do fomento à sociedade civil organizada, poder-se-á, quem sabe, almejar que as promessas constitucionais por uma sociedade mais justa, igualitária e respeitosa dos direitos fundamentais, do interesse público e das minorias sejam um dia implementadas.

## 5. Referências

ANDRADE, Alessandro Purcino. As organizações religiosas como pessoas jurídicas de direito privado. In: **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS**, Belo Horizonte, ano 3, n.º 5, p. 93-113, jan./jun. 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Terceiro Setor, Administração Pública e os Direitos do Cidadão**. Palestra proferida em 27 de agosto de 2005, no 1º Encontro Paranaense do 3º Setor, em Curitiba/PR.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA, Eduardo. **Complementação de Voto da Medida Provisória 684, de 21 de julho de 2015 (mensagem 260, de 2015)**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/181800.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BIANCHI, Sérgio. **Quanto vale ou é por quilo?**. Filme. Brasil. Europa Filmes, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONFEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS E HOSPITAIS FILANTRÓPICOS. **Comissão aprova relatório que altera Lei 13.019**. Disponível em: <<http://www.cmb.org.br/cmb/index.php/noticias/1232-comissao-aprova-relatorio-que-altera-lei-13-019>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parceiras na Administração Pública**, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDES, Rubem César. As organizações não governamentais diante do Estado. In: GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). **Organizações não governamentais: soluções ou problemas**. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- GERONE, Acyr. As organizações religiosas e o Terceiro Setor. In: Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n.º 3, p. 61-85, jan./jun. 2008.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social**. São Paulo: Cortez, 2002.
- MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito do Terceiro Setor. In: **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS**, ano 1, n.º 1, jan./jun. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 11-38.
- PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**, 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
- POLONIO, Wilson Alves. **Manual das sociedades cooperativas**, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- PORTAL DO GOVERNO BRASILEIRO. Participa. **Decretos**. Disponível em: <<http://www.participa.br/osc/paginas/decretos>>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- PRESSBURGER, Thomas Miguel. ONGs e cidadania. In: GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). **Organizações não governamentais: soluções ou problemas**. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.
- RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SÁ, Domingos Bernardo. Conceitos e reflexões jurídicas. In: GONÇALVES, Hebe Signorini (Org.). **Organizações não governamentais: soluções ou problemas**. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de acesso à informação (LAI): comentários à lei n.º 12.527/2011 e ao decreto n.º 7.724/2012**. São Paulo: Atlas, 2015a.

SALGADO, Eneida Desiree. Políticas públicas, inclusão social e desenvolvimento democrático. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, v. 2, p. 89-99, 2015b.

SALGADO, Eneida Desiree; VIOLIN, Tarso Cabral. O Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil para as Políticas Públicas relativas ao Direito da Cidade e suas recentes alterações. **Revista de Direito da Cidade (UERJ)**, v. 9, n. 2, p. 603-625.

SALGADO, Eneida Desiree; VIOLIN, Tarso Cabral. Transparência e acesso à informação: o caminho para a garantia da ética na Administração Pública. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder.; SANTANO, Ana Claudia. **Eficiência e ética na Administração Pública**. Curitiba, Íthala, 2015, p. 271-294.

SANTOS, Boaventura de Souza. A reinvenção solidária e participativa do Estado. In: **Seminário Internacional Sociedade e a Reforma do Estado**. São Paulo, MARE, 1998. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/134.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

SCARDONE, Diego. Towards a new relation of partnership between civil society organisations and the State: The legal framework for civil society organisations and Law 13.019 in Brazil. Washington D.C.: International Center for Not-for-Profit Law (ICNL), 2014. Disponível em: <[http://www.icnl.org/research/library/files/queue/Scardone\\_ICNL\\_FIN\\_AL.pdf](http://www.icnl.org/research/library/files/queue/Scardone_ICNL_FIN_AL.pdf)>. Acesso em: 19 jan. 2017.

SECRETARIA DE GOVERNO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Entenda o MROSC: Marco regulatório das organizações da sociedade civil: lei 13.019/2014**. Brasília: Presidência da República, 2016.

SECRETARIA GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Marco regulatório das organizações da sociedade civil: a construção da agenda no governo federal – 2011 a 2014**. Brasília: Governo Federal, 2015.



SENADO FEDERAL, **Diário do Senado Federal n.º 195**, de 02.12.2015, p. 90.

SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do terceiro setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004.

VIOLIN, Tarso Cabral. Neoliberalismo e a Constituição Social. In: Daniel Wunder Hachem; Emerson Gabardo; Eneida Desiree Salgado. (Org.). **Direito Administrativo e Suas Transformações Atuais**, 1ª ed. Curitiba: Íthala, 2016.

VIOLIN, Tarso Cabral. O “terceiro setor” e as cooperativas sociais. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.); CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; VIOLIN, Tarso Cabral (Org.). **Direito do Terceiro Setor: atualidades e perspectivas**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2006, 197-219.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZANCANER, Weida. Princípios informadores da lei de acesso à informação. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito público do mercosul: homenagem ao professor Jorge Luis Salomoni**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 339-341.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2014.



## **Parte IV**

### **Constitucionalismo e democracia: aspectos críticos e teorias contemporâneas**



# Teorias democráticas, constitucionalismo popular e as particularidades do constitucionalismo latino-americano

*Ana Cristina Aguilar Viana<sup>1</sup>*

*Letícia Regina Camargo Kreuz<sup>2</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Sucinto mapeamento das teorias democráticas; 3. O constitucionalismo popular; 4. Constitucionalismo Latinoamericano e suas particularidades. 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

A tensão existente entre o constitucionalismo e a democracia não é recente. Remonta ao próprio estabelecimento de Estado Direito, no qual houve a separação de poderes alicerçado em viés republicanos ao inverso de absolutistas. Enquanto a democracia propugna pelo poder do povo, o constitucionalismo disciplina as sujeições e possibilidades de atuação dos cidadãos. Daí porque se conclui haver uma posição polar entre os institutos.

---

<sup>1</sup> Mestra em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Instituições de Direito na Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas do Paraná. Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais e Presidenta do Instituto Política por.de.para Mulheres. Advogada em Curitiba. E-mail: ana.cristina\_av@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutoranda e Mestra em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais. Vice-presidenta do Instituto Política por.de.para Mulheres. Professora do Curso de Direito da Faculdade Educacional Araucária (FACEAR). E-mail: leticiakreuz@gmail.com.

Mas, atualmente, aquela concepção de outrora de democracia representativa se mostra obsoleta. Democracia, representação, liberdade, igualdade e política, verdadeiros alicerces da era moderna, orbitam no plexo caótico<sup>3</sup> pós-moderno e não correspondem à solidez de outrora. A fluidez<sup>4</sup> da realidade, que abrange os ambientes econômicos, culturais, políticos e jurídicos mostra que os institutos tradicionais de democracia não se amoldam a realidade o que exige o uso de novos instrumentos democráticos.

Ainda que se vislumbre fortalecimento do modelo hegemônico de capitalismo, assiste-se também às insuficiências de determinadas teorias democráticas nessa composição global.<sup>5</sup> E, como se sabe, a sociedade é uma realidade objetiva e o ser humano é um produto do social.<sup>6</sup> Logo, a democracia também faz parte da construção social de um dado momento. Tais características revelam que instrumentos participativos e deliberativos de democracia são uma realidade que se distancia daquela visão anacrônica de democracia representativa liberal.

Quer dizer, as lógicas de democracia procedimental e elitista se mostram insuficientes. Evidentemente que essa situação de anacronismo teórico também impacta a esfera jurídica, sendo, deste modo, indispensável uma releitura da Constituição com base em teorias que preconizam pelo poder do povo na sua aplicação. E é justamente sob esse viés que se observa que aqueles conceitos que a priori seriam antagônicos, hoje se aproximam. E se a forma de aproximação na teoria democrática se faz sob os modelos participativos e deliberativos; no âmbito da teoria constitucionalista, é o constitucionalismo popular que casa com todo esse modelo.

---

<sup>3</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. São Paulo: Ed. 34, 2011. p. 25.

<sup>4</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 11.

<sup>5</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 31.

<sup>6</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 112

A pretensão do presente ensaio, nessa perspectiva, é demonstrar não somente que as teorias deliberativas e participativas de democracia mais se amoldam a realidade, mas é igualmente defender tais teorias em conjunto com o constitucionalismo popular são capazes de diminuir a tensão existente entre democracia e constitucionalismo. Elas podem, inclusive, dar solução à crise causada pelo protagonismo exacerbado dos Tribunais Constitucionais, especialmente na América Latina. Para tanto, primeiramente de modo sucinto sobre o percurso teórico democrático. Em seguida, trata dos conceitos básicos do constitucionalismo popular, o que demonstra a adequação desta teoria à inteligência democrática contemporânea e de vanguarda. Por fim, aborda questões de constitucionalismo latino-americano e traça considerações sobre este e o constitucionalismo popular.

## **2. Sucinto mapeamento das teorias democráticas**

A democracia não é uma palavra de um único sentido. Ao revés, ela é polissêmica e imprime a realidade de uma determinada sociedade em um dado período de tempo. Se, para os gregos democracia substanciava a participação dos cidadãos, excluindo-se escravos e mulheres, hoje em dia a percepção de democracia nada se assemelha à tal ideia. A despeito da relevância do desenvolvimento teórico sobre o tema, bem como das diversas construções que foram passadas ao longo dos milênios, o fato é que a concepção de democracia pode revelar de que maneira uma sociedade se porta e qual comportamento dela.

Mas, para poder se compreender a maneira pela qual a democracia é visualizada hoje, é importante um percurso rápido sobre sua evolução ao longo dos tempos, apenas para não deixar dúvidas acerca do caráter participativo/deliberativo contemporâneo.

O exame do início da democracia moderna, mostra que se costuma aludir seu surgimento em concomitância à ideia de Estado

de Direito e desvinculação do Estado absolutista. Era uma fecunda construção da democracia representativa que iria nortear os postulados teóricos seguintes. John Locke e Montesquieu defendem que a ideia de liberdade foi concebida com fundamento na soberania popular e no povo como legislador. Para Montesquieu, tratava-se de uma república protetiva, que buscava proteger o cidadão da ingerência indevida do estado, sendo que para o autor a “virtude na república é o amor à pátria, isto é, amor à igualdade”<sup>7</sup>. Locke, por sua vez, propugnava o direito à liberdade dos cidadãos<sup>8</sup>, com fundamento precípuo na propriedade.

Todavia, é importante deixar claro que nesse momento a defesa era por um sistema republicano e não necessariamente democrático, palavras que não tinham o mesmo significado. O primeiro era a coisa pública o segundo era o poder do povo. E nem sempre eles substanciaram a mesma coisa. Em seus famosos *papers*, os federalistas reafirmam a concepção de soberania popular. Para Jefferson o organismo da nação se constituía no Legislativo, sendo pensamentos centrais dessa perspectiva teórica, a participação popular e também o sistema de freios e contrapesos. Hamilton sufraga essa orientação de liberdade republicana, ao expor que “o espírito de liberdade republicano parece exigir de um lado não apenas que todo o poder seja emanado do povo, mas também que quem for dele investido se conserve dependente desse mesmo povo”.<sup>9</sup>

Como se vê, a ideia de coisa pública se relacionava à república. Para os federalistas a democracia como um governo do povo não era vista com bons olhos, pois uma multidão desenfreada poderia por a perder o projeto republicano. Essa distinção entre os conceitos ainda tem resquícios no Estados Unidos, que tem dois

---

<sup>7</sup> MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Porto Alegre: Martin Claret, 2003. p. 16.

<sup>8</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 3. ed. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. p. 22.

<sup>9</sup> HAMILTON *et al.* **O Federalista**. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1984. p. 315



claros partidos políticos de ideologias opostas, enquanto república é conservadora, a democracia é liberal.

Num primeiro momento, portanto, o Estado de Direito erigiu sobre a ideia de república e não de democracia, preponderando-se à importância da criação das leis, bem como à separação de poderes. No final do século XIX mudanças no processo organizacional modificaram o campo da política, que deixou de ser promovida nos gabinetes para ser realizada pelos partidos de massa. Além disso, as atividades governamentais sofreram expansões e o governo passou a ser burocratizado. Dessa insurgência das massas, vislumbrou-se uma reação conservadora, elitista.<sup>10</sup>

É aí que a democracia surge como tal. A concepção clássica de parlamento, na qual a política se exercia mediante reflexão racional, começa a perder sua força com a expansão do sufrágio universal e surgimento dos partidos políticos. Segundo Olavo Brasil de Lima Junior “é precisamente o avanço da burocracia o responsável pelo esvaziamento do parlamento”. A democracia, portanto, surge em um momento em que reflete um modelo de proporcionar lideranças políticas, transformando-se em um espaço plebiscitário de liderança.<sup>11</sup>

Esse arquétipo é exposto por Joseph Schumpeter, que elucida a democracia como um método, sem qualquer característica finalista. Interrompe-se aí, a visão tradicional de república para emergir uma nova perspectiva, de cunho estritamente procedimental. Schumpeter entende a democracia enquanto um método político incapaz de ser um fim em si mesmo ou de faltar relação entre essa estrutura e as decisões que ela produz em determinadas condições históricas, uma vez que se trata de um arranjo institucional cujo objetivo é alcançar uma decisão política,

---

<sup>10</sup> DE LIMA JUNIOR, Olavo Brasil. **Instituições Políticas Democráticas**: o segredo da legitimidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. p. 50.

<sup>11</sup> WEBER, Max. Conferência sobre o socialismo. In: FRIEDMAN, Luis Carlos (org.). **Émile Durkheim, Max Weber: socialismo**. Rio de Janeiro: Relumê-Dumará, 1993. p. 91

seja ela legislativa ou administrativa. Para o autor, qualquer definição do Estado deve partir dessa premissa.<sup>12</sup>

Schumpeter visualiza o cidadão de uma forma pessimista. As pessoas, para ele, são fracas, influenciáveis e de capacidade intelectual limitada. E ainda, o bem comum, elemento base das teorias clássicas, é tratado com desprezo pelo autor que destaca a sua completa inexistência diante da diversidade de pessoas, culturas e reações. Diante desse raciocínio, o aludido autor infere que o alcance do desejo popular por meio da política não significa nada mais que uma quimera. Aqui, existe uma relação clara entre a coisa pública e a democracia. Mas, para ele, a democracia é apenas uma forma.

Daí porque considera-se tal teoria como um modelo de pensamento procedimental. Isto é, a democracia se resume em um acordo para resoluções políticas nas quais os indivíduos decidem, por meio do voto, o seu líder.<sup>13</sup> Nessa definição, os líderes possuem papel fundamental e a democracia vira sinônimo de competição por liderança, através do voto. A função do eleitorado, por sua vez, é basicamente a de eleger seus líderes.

Essa concepção de democracia, minimalista, cética, puramente representativa tornou-se a base da democracia moderna, lastreando todo um pensamento posterior acerca deste regime. Todavia, em que pese a resistência da permanência do pensamento filiado à esta corrente, a realidade pós-moderna não se sustenta sob um viés estritamente procedimental. Esse período de estabilidade procedimental começou a ser afetado na década 80, com o aparecimento de discursos produzidos sob a alcunha do mal-estar civil, projetando-se argumentos em face do modelo representativo.

---

<sup>12</sup> SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961. p. 291.

<sup>13</sup> SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961. p. 236.

Para Paulo Marcio Cruz, trata-se de uma modificação desde “um certo sentido de “apoliticismo” difuso, conectado com o apogeu da Sociedade Civil, até um “regeneracionismo” mecanicista de viés utópico, passando pela lógica sensação de marginalização de certas minorias ou grupos de opinião”.<sup>14</sup> Começa-se a observar uma reestruturação do capitalismo, com a reorganização do mundo do trabalho e do processo produtivo e a substituição da era industrial pela tecnológica. A política também acompanha essa transformação e o papel do estado se reconfigura, com o abandono do Estado do bem-estar social, em favor do Estado mínimo, consolidando a visão liberal. Surgem, ainda, os órgãos internacionais e a concepção de um Estado forte começa a desaparecer<sup>15</sup>. Com ele exsurge a constatação da insuficiência dos postulados procedimentais para essa realidade. Inicia-se, a partir daí, o discurso em torno de novas perspectivas teóricas, entre elas, a participativa.

Carole Pateman ensina que a referência à democracia participativa se origina de Rousseau. Ele diz que, ainda que a soberania não provenha do povo, é com este que deve permanecer. Isso significa que não há, consoante essa concepção, espaço para a representação política, pois é incumbência de todos os cidadãos o poder de legislar. Ao príncipe, ao passo, cabe apenas executar a vontade geral<sup>16</sup>. Pateman aponta de maneira crítica para a perda desses ideais, notadamente no que se refere às igualdades, vez que de acordo com o pensamento elitista, esta se reduz a uma igualdade perante a lei, para escolha do representante.

Deste modo, a democracia participativa, volvendo o às origens dos momentos de elaborações constitucionais e das revoluções,

---

<sup>14</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Democracia transnacional**. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/paulo\\_marcio\\_cruz.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/paulo_marcio_cruz.pdf). Acesso em: 05 mar. 2018.

<sup>15</sup> EBERT, Maristela. **A sociedade e a democracia na pós-modernidade**. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/087/87ebert.htm>. Acesso em: 05. mar. 2018.

<sup>16</sup> PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Ed. Paz e terra, 1992. p. 37.

insurge preconizando o envolvimento do cidadão enquanto tal nas instituições sociais e políticas. Representa, assim, um desdobramento de práticas democráticas que têm como ator o cidadão, descentralizando-se os processos decisórios. A representação, de outro modo, não deixa de estar presente. Mas em absoluto representa a única maneira de desenho democrático institucional. Assim, a democratização estatal constitui exatamente o uso desses instrumentos participativos. O processo decisório, seja na *polis*, seja no *demos*, é democrático.<sup>17</sup>

Pateman, portanto, avista uma afinação da política por meio da participação dos cidadãos no processo decisório. Entretanto, mencionada participação não pode se limitar ao âmbito do governo, devendo-se conjecturar em todos os níveis da sociedade: “(...) na teoria participativa, a ‘participação’ refere-se à ‘participação’ (igual) na tomada de decisões e, ‘igualdade política’ refere-se à igualdade de poder na determinação das consequências das decisões”.<sup>18</sup> Portanto, a justificativa do sistema democrático na democracia participativa jaz nos resultados do processo participativo. É, finalmente, um processo que transforma indivíduos em cidadãos politicamente ativos, interessados e comprometidos com questões coletivas, estabelecendo, assim, instituições mais democráticas, que chancelam maior participação dos participantes.

Vale dizer que tais premissas estão dispostas na Constituição de 1988 que traz um Estado Democrático de Direito, participativo, e não apenas representativo, tal como se observa do parágrafo único do art. 1º do diploma constitucional. Isto é, tais premissas compõem o arcabouço pós-moderno e se adequam não só ao ordenamento jurídico, como imprimem a realidade da sociedade contemporânea. A ideia de democracia puramente representativa destoa destes

---

<sup>17</sup> DE LIMA JUNIOR, Olavo. **Instituições Políticas Democráticas**: o segredo da legitimidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. p. 36.

<sup>18</sup> PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Ed. Paz e terra, 1992. p. 61-62.

nortes, para além de não estar em consonância com os preceitos constitucionais.

Outra perspectiva teórica que igualmente celebra a participação do cidadão, mas de uma maneira mais profunda, reside na concepção deliberativa de democracia. John Rawls, adotando a diversidade social de posições que impedem o adequado funcionamento de uma sociedade puramente meritocrática, traz para o pensamento liberal o sentido de igualitarismo. Por meio de uma percepção política de justiça, o autor acode que as instituições que arranjam um regime constitucional devem causar um consenso sobreposto, isto é, acordos realizados entre indivíduos, em suas deliberações públicas, expostas com fundamento em razões públicas.<sup>19</sup> Ou seja, o autor defende o uso de diálogos racionais entre os cidadãos, dentro de uma concepção de razão pública, na qual as ideias pessoais e morais devem se apartar em um diálogo político e democrático.

Habermas, ao seu turno, embora tenha esboçado críticas à teoria de Rawls, compartilha da ideia de democracia deliberativa, de diálogo entre indivíduos. No entanto, para Habermas, por meio da ética do discurso, o pressuposto comunicativo de linguagem faz com que os participantes debatam sobre um determinado tema, com a possibilidade de mudanças, onde o resultado se alcança por meio de acordos razoáveis e racionais.<sup>20</sup> Habermas permite a existência de diálogos com base em determinadas subjetividades. Ele acredita que o diálogo é capaz de mudar a posição original dos sujeitos que juntos constroem um novo caminho, em uma verdadeira dialética.

Já Chantal Mouffe critica a concepção de democracia de Rawls e de Habermas. Quanto ao primeiro, destaca a inexistência de construção individual de interesses dos cidadãos. Para ela, toda construção é coletiva, uma vez que o indivíduo vive em sociedade e não apartado desta. A cidadania, nessa perspectiva, não insurge

---

<sup>19</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 586.

<sup>20</sup> HABERMAS, J. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 341.

como uma moral, mas como decorrência de uma concepção que surge no seio da sociedade.<sup>21</sup> Por sua vez, a crítica exposta aos postulados teóricos de Habermas jaz na incredulidade de Chantal quanto aos acordos racionais.<sup>22</sup> Daí Chantal defende uma teoria agonística de democracia. A sua proposta, de democracia radical, calcada na deliberação, permite as distinções entre os indivíduos, sendo o tumulto o elemento essencial da vida social, e não o contrário. Mouffe então brada o agonismo dos adversários, em um ambiente plural e indeterminado.

Como se nota, embora as vertentes contemporâneas se distingam em alguns aspectos pontuais, o fato é que em todas elas o ponto em comum reside na instrumentalização de formas de democracia nas quais o cidadão participa ativamente. Ou seja, as democracias contemporâneas não só festejam, como impõem a imprescindibilidade do cidadão no processo decisório das políticas definidas no Estado. Essa é com efeito a realidade democrática contemporânea. Tal se aparta de uma concepção meramente procedimental de democracia. Por sua vez, para além da própria definição na Constituição acerca da participação popular, as teorias contemporâneas da democracia que se enquadram a tais postulados, revelam que o caminho entre elas resulta em uma aproximação, ao invés da tradicional tensão entre os institutos.

### 3. O constitucionalismo popular

Segundo Michel Rosenfeld, dois momentos de modificações na leitura do constitucionalismo podem ser abalizados nos 200 anos da Constituição americana e nas passagens ocorridas no final da década de 80 na Europa do leste central, com o colapso do regime autoritário. Este, para o autor, pavimentou uma confiança mundial

---

<sup>21</sup> MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996. p. 81.

<sup>22</sup> MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996. p. 171.

na Constituição.<sup>23</sup> O constitucionalismo na contemporaneidade requer que se imponham limites aos poderes dos políticos, com a aderência ao direito e a proteção aos direitos fundamentais. O constitucionalismo popular surge como teoria pertinente a essas exigências. Isso porque propugna a ilegitimidade de um irrestrito controle jurisdicional de constitucionalidade, assim como a promoção da Constituição pelo povo, seja por meio da representação, seja por suas próprias mãos.<sup>24</sup>

Para os constitucionalistas populares, a Constituição deve ser visualizada como fonte de inspiração e acondicionar a maneira de agir dos cidadãos na sociedade, não se resumindo a mero texto de exegese dos juízes. O protagonista na sociedade é povo, e nesse sentido, é a este que deve ser conferido o poder de decisão.<sup>25</sup> Logo, o constitucionalismo popular institui que a interpretação e conteúdo da Constituição não são exclusivos do Poder Judiciário. Ao contrário, cabe ao povo tomar as decisões fundamentais sobre o que vem a ser a Constituição. Já as decisões políticas devem ser feitas mediante resultado imparcial, através de uma perspectiva de democracia deliberativa.<sup>26</sup>

Dentre os estadunidenses, Larry Kramer desponta como um dos expoentes do pensamento do constitucionalismo popular. Mediante estudo histórico da construção da Constituição dos Estados Unidos, o autor assevera que no seu ambiente original, a proposta do documento residia justamente na valorização do poder do povo. Nessa perspectiva, ele acode que a participação do povo no que se refere à Constituição não se resume ao momento de sua

---

<sup>23</sup> ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy**. Duke University press. Durham and London, 1994, p. 3.

<sup>24</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel Sarmento. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 231.

<sup>25</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel Sarmento. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 231.

<sup>26</sup> WALDRON, Jeremy. Deliberaciona, desacuerdo y votacion. In: DWORIN et al. **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Barcelona: Gedisa Ed., 2004. p. 249.

elaboração. Ao contrário, é incumbência dos cidadãos darem a palavra final do significado da Constituição.<sup>27</sup> Note-se que se trata de uma perspectiva distinta daquela inicialmente observada sobre os trabalhos dos federalistas, que eram contrários a uma democracia, mas favoráveis a uma república. Mas isso mostra que aqui a preocupação, mais do que com palavras, reside na finalidade das normas. A finalidade aquela época era justamente trazer a coisa como pública e se apartar de um poder absolutista. Buscava-se, assim, ideais republicanos, mediante coisas públicas.

Mark Tushnet, igualmente destaca que as discussões sobre a Constituição devem ser restituídas ao povo. Para o autor, o constitucionalismo popular se afigura como uma teoria que converte a política democrática em uma política de princípios, com orientações democráticas.<sup>28</sup> Já, Jeremy Waldron é consciente de que tanto na seara legislativa, quanto na judicial, cometem-se equívocos quanto ao que vem a ser o Direito e a Constituição. Para ele, contudo, o engenho mais oportuno em situações de controvérsias não repousa na delegação a juízes não eleitos as decisões precípuas da nação. Para ele repousa na deliberação do processo legislativo que as decisões mais democráticas são tomadas. Isso porque elas representam a solução mais próxima ao povo.<sup>29</sup>

Por sua vez, Roberto Gargarella, resume as principais características dessa corrente. Destaca que se trata de teoria que desafia a supremacia judicial, pois busca rebater a ideia de que a definição do que é Constituição esteja sempre nas mãos dos tribunais<sup>30</sup>. Há, em verdade uma grande discussão teórica quanto

---

<sup>27</sup> KRAMER, Larry. **The people themselves**: popular constitutionalism e judicial review. New York: Oxford University Press, 2004.

<sup>28</sup> TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2009.

<sup>29</sup> WALDRON, Jeremy. Deliberaciona, desacuerdo y votacion. In: DWORKIN et all. **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Barcelona: Gedisa Ed., 2004. p. 250.

<sup>30</sup> GARGARELLA, Roberto. **Teoría y crítica del derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 250



ao papel do Poder Judiciário de ser o portador da última palavra do que vem a ser a Constituição. O autor ainda destaca que o constitucionalismo popular agride a concepção tradicional de sensibilidade antipopular jurisdicional.<sup>31</sup> Gargarella ainda destaca que compete aos cidadãos a interpretação constitucional, reservando-se um espaço para a sua interpretação extrajudicial.<sup>32</sup> A interpretação, nesse viés, não é autoritária, mas se encontra sujeita a supervisão dos cidadãos, sendo este compreendido como um corpo capaz de atuar de maneira independente.<sup>33</sup>

Depreende-se, deste modo, que a proposta da teoria popular enxerga o povo como sujeito ativo e capaz de tomar decisões políticas. Trata-se de proposta que assemelha os ideais constitucionalismo a democracia, além de se amoldar as propostas teóricas deliberativas e participativas. Nessa mesma linha de raciocínio, Carlos Santiago Nino alude à democracia deliberativa para apresentar o seu posicionamento de constitucionalismo popular. O autor observa a democracia como ambiente para elaboração de normas imparciais, uma vez que existem situações de criações de diferentes intensidades.<sup>34</sup> O postulado teórico que também se iniciou com Nino, amolda-se a um desenho institucional desenvolvido com base em uma idéia de diálogo, travado entre os poderes igualmente. Ao cidadão, por sua vez, é conferido papel de protagonista.

Segundo Jeremy Waldron, Carlos Santiago Nino estabelece a democracia deliberativa como um meio de promover o aprimoramento do diálogo. Daí resulta em um acordo promovido

---

<sup>31</sup> GARGARELLA, Roberto. **Teoría y crítica del derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 252.

<sup>32</sup> GARGARELLA, Roberto. **Teoría y crítica del derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 253

<sup>33</sup> GARGARELLA, Roberto. **Teoría y crítica del derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 254.

<sup>34</sup> NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. 9. reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 1998.

por meio de um discurso moral se define como o resultado imparcial.<sup>35</sup> Observe-se, todavia, que essa concepção ocorre por meio de um processo de discussão pública onde as propostas são evidenciadas e precisam ser consideradas. Devem, ainda, apresentar razões com devidas justificativas, sob uma moral pública.

Em postulação semelhante, Gargarella defende que os resultados dialógicos se inserem em uma concepção deliberativa da democracia. Gargarella, contudo, acredita que isso pode ocorrer em sistemas de freios e contrapesos.

Como se nota, os teóricos populares concordam acerca do caráter dialógico da Constituição, o qual constitui o modo pelo qual os poderes travam conversas entre si, incumbindo ao povo o poder de ditar o significado final do que vem a ser a Constituição. Assim, interpretando o constitucionalismo popular sob os pressupostos das teorias democráticas contemporâneas, vê-se um encaixe entre elas.

#### **4. Constitucionalismo Latinoamericano e suas particularidades**

O século XIX assistiu à emergência da noção de Estado de Direito, mediante a possibilidade de repartição e limitação do poder, além da prerrogativa de proteção de direitos individuais em face do Estado. A ideia de democracia atrelada a esse ideário se apresenta apenas quando se incorporaram à discussão ideias como fonte legítima do poder e representação política, assim como as questões fundamentais que garantem a legitimidade do exercício do poder, quais sejam: quem decide, como decide, o que pode ou não ser decidido.

A democracia formal se apresenta enquanto o governo da maioria e garantia de respeito aos direitos individuais (liberdades públicas), ao passo que a democracia material é a possibilidade de governo de todos. O Estado Democrático de Direito, portanto,

---

<sup>35</sup> WALDRON, Jeremy. Deliberaciona, desacuerdo y votacion. In: DWORKIN et al. **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Barcelona: Gedisa Ed., 2004. p.255.

baseia-se não só respeito a direitos individuais, mas na promoção de outros direitos fundamentais e na decisão coletiva por aquilo que é fundamental.<sup>36</sup>

A Constituição, informada pelos princípios materiais do constitucionalismo, estabelece a vinculação do Estado ao direito, o reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, a democracia – é uma estrutura política conformadora do Estado. O Estado é, nesse sentido, uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros “poderes” e “organizações de poder”. Ainda, o Estado é um esquema aceitável de racionalização institucional das sociedades modernas.

As noções atuais do Estado constitucional passam também por outras mudanças. Leonardo Avritzer destaca que o papel das Constituições é o de retirar problemas da pauta política. O constitucionalismo é a estrutura da forma de divisão de poderes nas democracias, uma estrutura de equilíbrio de poderes que restringe a soberania popular, dando estabilidade política e fortalecendo a democracia. Na América Latina, no entanto, o autor vê a figura de um constitucionalismo mitigado. As constituições mitigaram o constitucionalismo liberal, produzindo uma primazia do liberalismo econômico sobre o liberalismo político e acomodando o constitucionalismo ao poder político local.<sup>37</sup>

Boaventura de Sousa Santos assevera que o novo constitucionalismo se fundamenta na atuação ou na mudança de papel das comunidades tradicionais.<sup>38</sup> Avritzer segue mesma linha, mas amplia. “Ainda que estes sejam pontos fundamentais do novo constitucionalismo, entendo que eles não têm abrangência política e

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63-64.

<sup>37</sup> AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 19-42.

<sup>38</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en America Latina: perspectivas desde una epistemología del sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad/RELAJU, 2010.

epistemológica para sustentar o conjunto das ideias e das práticas constitucionais introduzidas pelo novo constitucionalismo”. Em um aspecto político, há ampliação da participação; em uma perspectiva legal, o que se observa é o pluralismo. Há, ainda, a ampliação do papel das Cortes Constitucionais em determinar o direito.<sup>39</sup>

Antônio Carlos Wolkmer identifica, nessa toada, três fases de desenvolvimento do novo constitucionalismo na América Latina: i. Brasil (1988) e Colômbia (1991), com caráter socializante e reconhecedor de direitos coletivos e plurais; ii. Venezuela (1999), com um constitucionalismo participativo e pluralista; iii. Equador (2008) e Bolívia (2009), de constitucionalismo plurinacional comunitário identificado com um paradigma não universal e único de Estado de Direito.<sup>40</sup>

Assim, esse novo modelo de constitucionalismo é marcado essencialmente por três características principais: a. ampliação de direitos, em especial de comunidades tradicionais o que pode ser percebido, no caso brasileiro, pelo reconhecimento indireto dos direitos de povos indígenas na Constituição 1988); b. ampliação de formas de participação na deliberação pelo Executivo e Legislativo, alterando o escopo do exercício da cidadania (a exemplo do aumento do uso de audiências públicas, institucionalidade participativa, plebiscito, referendo, iniciativa popular de leis, conselhos de políticas públicas, planos diretores municipais, participação popular em comissões parlamentares, entre outros). c. novo papel do Poder Judiciário, mudando o equilíbrio de poderes, aumentando seu espaço e protagonismo.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 19-42.

<sup>40</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2010, Curitiba. **Anais do 9º Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010.

<sup>41</sup> AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa; DANTAS,

A questão fundamental que se apresenta nesse novo modelo de constitucionalismo volta a ser a legitimidade. Com o protagonismo do judiciário trazido pelo novo paradigma, a fonte do direito – ou ao menos da palavra final sobre o direito, sua salvaguarda – recai sobre o Judiciário, que não é representativo, mas sim um Poder do Estado sem superior, com pouco controle, não eleito, pouco plural e sem rotatividade (uma vez ingresso na carreira, o juiz pode ficar nela até a aposentadoria compulsória, com 70 anos). Não é difícil ver o judiciário como uma aristocracia demandando domínio, como bem destaca Dworkin.<sup>42</sup>

O que se percebe é que a legitimidade e o controle do poder retornam à pauta do constitucionalismo. A democracia constitucional clássica é, como se observou, o casamento dos opostos, uma vez que a tensão entre constitucionalismo e democracia seria, em uma primeira observação, irreconciliável. Segue sendo, para muitos, um paradoxo. É o que assevera Stephen Holmes.<sup>43</sup>

Ronald Dworkin, quando fala de “*read and enforce*” (ler e dar cumprimento) em sua leitura constitucional, elabora sobre a necessidade de se fazer uma leitura moral – uma moralidade política trazida ao interior da Constituição.<sup>44</sup> Não significa, no entanto, a possibilidade de se fazer uma leitura moralista da Constituição ou

Fernando Antônio de Carvalho. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate:** soberania, separação de poderes e sistema de direitos. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 19-42.

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. The moral reading and the majoritarian premise. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law** – The moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 1-38. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=yeUg-wglsKoC&pg=PA1&ots=ZW1L4aOSRp&dq=dworkin%20moral%20reading&lr&hl=pt-BR&pg=PR3#v=onepage&q=dworkin%20moral%20reading&f=false>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>43</sup> HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988]. p. 217-262.

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. The moral reading and the majoritarian premise. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law** – The moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 1-38. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=yeUg-wglsKoC&pg=PA1&ots=ZW1L4aOSRp&dq=dworkin%20moral%20reading&lr&hl=pt-BR&pg=PR3#v=onepage&q=dworkin%20moral%20reading&f=false>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

de se eleger valores próprios.<sup>45</sup> Trata-se de uma moralidade objetiva, expressa através do próprio texto constitucional, que elege princípios próprios, valores e decisões fundamentais, eivados da legitimidade do momento constituinte, para que se tenha essa moralidade objetiva.

A prática da leitura moral não é revolucionária, mas uma prática diária de juízes e advogados – e é mesmo uma estratégia de juízes e advogados agindo de boa fé na defesa de determinada visão. Revolucionário seria o juiz admitir que faz essa leitura moral. Juízes tentam justificar suas razões em “intenções do legislador” (imaginar o caso dos EUA, o constitucionalista é de 1787 – o que teria pensado sobre “união homoafetiva” ou “aborto”? Impossível prever respostas a partir daí).<sup>46</sup>

Há, no entanto, um outro lado: constituição é um “ser vivente”, que deve ser adaptado ao momento histórico, ganhando novos significados. Essa tomada “ativa” da Constituição é o que Frank Michelman coloca como “autoria constitucional pelo povo”, seguindo a noção de que as gerações não devem “deixar” a Constituição da forma como a encontram – ou seja, devem ter uma atuação mais ativa no sentido de dar novos significados ao texto constitucional de modo que ele melhor se aproxime dos valores geracionais, de novas decisões políticas fundamentais, com ou sem alterações de texto. A soberania popular concebe a autoria constitucional como evento criado pelo povo – o povo legisla não apenas para os órgãos oficiais, mas também para si mesmo. Assim

---

<sup>45</sup> GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 17, n. 70, out./dez., 2017.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. The moral reading and the majoritarian premise. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's law** – The moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 1-38. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=yeUg-wglsKoC&pg=PA1&ots=ZW1L4aOSRp&dq=dworkin%20moral%20reading&lr&hl=pt-BR&pg=PR3#v=onepage&q=dworkin%20moral%20reading&f=false>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

como a Constituição é dotada de uma regra sobre si mesma, o Povo legisla sobre si mesmo – e o faz geracionalmente.<sup>47</sup>

Dworkin entende que a leitura moral de uma Constituição é indispensável à democracia.<sup>48</sup> O problema é que essa leitura é feita pelos poderes do Estado, mas tem como foco e protagonista o Poder Judiciário que, como se atentou anteriormente, é um poder com pouco controle, pouca pluralidade e que se auto proclama detentor da última palavra sobre a Constituição.

Zagrebelsky chega à seguinte conclusão: certamente hoje os juízes têm uma grande responsabilidade na vida do direito desconhecida nos ordenamentos do Estado de direito legislativo. Mas os juízes não são os senhores do direito, mas sim os garantes da complexidade estrutural do direito no Estado constitucional, ou seja, os garantes da necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça. O Estado constitucional é incompatível com a noção de “senhor do direito”, uma vez que o direito não é um objeto de propriedade de um, mas sim deve ser um objeto ao cuidado de todos.<sup>49</sup>

Waldron debate acerca da persistência do desacordo. Haveria uma autoridade da corte constitucional para decidir acerca desses desacordos, mas e quem vigia a Corte? Ninguém vigia os vigilantes. As decisões são potencialmente injustas quando tomadas pelo juiz no caso concreto.<sup>50</sup> É o desafio do momento ao constitucionalismo, ainda sem uma solução específica. Vigilar os vigilantes, além de ser

---

<sup>47</sup> MICHELMAN, Frank. Constitutional Authorship by the People. *Notre Dame Law Review*. Volume 4, Issue 5, Propoter Honoris Respectum, 1999, p. 1605-1630.

<sup>48</sup> DWORKIN, Ronald. The moral reading and the majoritarian premise. In: DWORKIN, Ronald. *Freedom's law* – The moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 1-38. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=yeUg-wglsKoC&dpq=PA1&ots=ZW1L4aOSRp&dq=dworkin%20moral%20reading&lr&hl=pt-BR&pg=PR3#v=onepage&q=dworkin%20moral%20reading&f=false>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

<sup>49</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*: legge diritti giustizia. Torino: Enuandi, 1992. p. 131-153.

<sup>50</sup> SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Teorias da justiça e teorias da autoridade no contexto do controle de constitucionalidade: alguns apontamentos a partir de John Rawls e Jeremy Waldron. *Pensar (UNIFOR)*, v. 19, p. 71-98, 2014.

tarefa árdua, requer requisitos mínimos, algo que a teoria do Estado e a teoria constitucional ainda debatem em como estabelecer e, ainda mais complexo, como cobrar do Judiciário tal postura, como fazer valer as normas de controle.

Assim, o que se tem é o novo velho desafio: o controle do poder. Em um retorno constante ao início do constitucionalismo, a tarefa dos pensadores atuais volta a ser a de pensar o controle, as limitações ao exercício do poder. A diferença está que agora quem precisa desse controle é o Judiciário e não o Executivo. Ainda, há uma questão de legitimidade. Quando o constitucionalismo estabelece o exercício legítimo do poder, em especial quando se relaciona a democracia ao constitucionalismo e o que se tem é o exercício do poder soberano pelo povo, o direito que se forma é dotado de legitimidade. Atualmente, o direito dito pelos Tribunais não usufrui da mesma característica.

Como destaca Zagrebelsky, o Estado constitucional, enquanto um Estado Democrático de Direito, não coaduna com a presença de um “senhor do direito”, pois se auto divide em poderes e estabelece uma relação de controle recíproco entre eles. O desafio atual é reencontrar o equilíbrio da balança que pende para o Judiciário. É necessário repensar a relação de forças e, principalmente, restabelecer o equilíbrio. É imperativo controlar os vigilantes.

## **5. Considerações finais**

A proposta de incrementos democráticos e participativos vêm sendo festejados nos últimos tempos. Dentre as teorias que buscam descrever o fenômeno constitucional, pode-se afirmar que o constitucionalismo popular é uma das que mais se coaduna com os postulados dela. Pensar na possibilidade de ter o povo como participante ativo no significado da Constituição é um movimento que permite conciliar o conflito clássico entre constitucionalismo e democracia e dar sentido verdadeiramente democrático ao texto constitucional.



Isso porque, a democracia constitucional estabelece premissas teóricas de uma democracia deliberativa. A partir da noção de diálogo entre indivíduos, do debate entre os participantes sobre um determinado tema, com a legítima possibilidade de mudanças, é possível obter como resultado acordos razoáveis e racionais.

No entanto, quando se pensa na realidade do constitucionalismo latino-americano, é possível identificar que a democracia deliberativa perde espaço na medida em que os tribunais, em especial as Cortes Constitucionais, adquiriram um protagonismo exacerbado. Há um retorno ao problema inicial do constitucionalismo, que remete às origens do Estado de Direito: o controle do poder – ou ainda, quem controla o poder?

Nos moldes do constitucionalismo latino-americano atual, é imperativo repensar esse controle. Tomando-se o Supremo Tribunal Federal como exemplo, este se diz a última palavra em matéria constitucional e toma decisões não apenas polêmicas de um ponto de vista popular, mas até mesmo contrárias ao texto constitucional.

Um possível retorno ao constitucionalismo popular e a uma lógica de democracia deliberativa poderia resultar nesse necessário controle do poder. Pensar que a partir do diálogo e do exercício da racionalidade se pode ter decisões legítimas, populares e razoáveis é fundamental. De momento, é imperativo encontrar soluções ao protagonismo de um poder que não encontra freios ou contrapesos.

## 6. Referências

AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**: soberania, separação de poderes e sistema de direitos. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

BAUMAN, Zygmunt, **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio. **Democracia transnacional**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/paulo\\_marcio\\_cruz.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/paulo_marcio_cruz.pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2018.

DE LIMA JUNIOR, Olavo Brasil. **Instituições Políticas Democráticas: o segredo da legitimidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

DWORKIN, Ronald. The moral reading and the majoritarian premise. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's law – The moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 1-38. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=yeUg-wglsKoC&dpq=PA1&ots=ZW1L4aOSRp&dq=dworkin%20moral%20reading&lr&hl=pt-BR&pg=PR3#v=onepage&q=dworkin%20moral%20reading&f=false>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

EBERT, Maristela. **A sociedade e a democracia na pós-modernidade**. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/087/87ebert.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Trad.: Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAMILTON *et al.* **O Federalista**. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1984.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988].

- GARGARELLA, Roberto. **Teoría y crítica del derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 17, n. 70, out./dez., 2017.
- KRAMER, Larry. **The people themselves**: popular constitutionalism e judicial review. New York: Oxford University Press, 2004.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 3. ed. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.
- MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. (tese de doutorado, USP). Disponível em: <[www.teses.usp.br/teses/.../Tese\\_Conrado\\_Hubner\\_Mendes.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/.../Tese_Conrado_Hubner_Mendes.pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2018.
- MICHELMAN, Frank. Constitutional Authorship by the People. **Notre Dame Law Review**, Volume 4, Issue 5, Propoter Honoris Respectum, 1999, p. 1605-1630.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Porto Alegre: Martin Claret, 2003.
- MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.
- NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. 9. reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Ed. Paz e terra, 1992.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Mastins Fontes, 2008.
- ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy**. Duke University press. Durham and London, 1994.
- SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Teorias da justiça e teorias da autoridade no contexto do controle de constitucionalidade: alguns

apontamentos a partir de John Rawls e Jeremy Waldron. **Pensar (UNIFOR)**, v. 19, p. 71-98, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en America Latina: perspectivas desde una epistemología del sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad/RELAJU, 2010.

SARAVIA, Enrique e FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas Públicas** – Coletânea, volume I. Escola Nacional de Administração Pública- ENAP, 2006.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. (Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann). Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel Sarmento. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

WALDRON, Jeremy. Deliberaciona, desacuerdo y votacion. In: DWORKIN et all. **Democracia Deliberativa y derechos humanos**. Barcelona: Gedisa Ed., 2004.

WEBER, Max. “Conferência sobre o socialismo”. In: FRIEDMAN, Luis Carlos (org.). **Émile Durkheim, Max Weber: socialismo**. Rio de Janeiro: Relumê-Dumará, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2010, Curitiba. **Anais do 9º Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite: legge diritti giustizia**. Torino: Enuandi, 1992.

# Liberdade de expressão, limites e restrições – uma análise em prol de uma construção republicana e democrática

*Cristina Borges Ribas Maksym<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Fluxo histórico da liberdade – as origens da compreensão dogmática geral e equivocada deste direito. 3. Liberdade de expressão – contornos constitucionais e uma leitura republicana por Philip Pettit *versus* uma visão liberal por John Stuart Mill. 4. Limites à liberdade de expressão, conflito entre os princípios constitucionais e suas resoluções privilegiando a democracia e o pluralismo político. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. Introdução

Recentes acontecimentos como, por exemplo, o cancelamento de uma exposição de arte em Porto Alegre/RS<sup>2</sup> e, por outro lado, o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal - STF fundamentando pela impossibilidade de aplicação da regra do edital do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) que determinava a

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção. Advogada. E-mail: cristinacbr@hotmail.com

<sup>2</sup> A exposição denominada de “Queermuseu” que abordava “questões de gênero e diferença” foi cancelada pelo Santander Cultural após a pressão de grupos religiosos e conservadores. **In: Jornal Gazeta do povo.** 11/09/2017. Disponível em: <<https://conta.gazetadopovo.com.br/assine/privado?referrer=http://www.gazetadopovo.com.br/id-eias/apos-protestos-santander-cancela-mostra-com-pornografia-e-zoofilia-03nl732yxtq2vdp6kof15cok>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

anulação de redação que fosse desrespeitosa aos direitos humanos<sup>3</sup> reacenderam - mais uma vez - o debate sobre os contornos e limites da liberdade de expressão.

Pretende-se analisar este tema da liberdade e para tanto no primeiro item traz-se um fluxo histórico acerca desta com fito de demonstrar as origens da compreensão dogmática geral e equivocada deste direito fundamental. Após, no segundo item do texto expõe-se os contornos constitucionais deste direito, além de uma análise através de um viés liberal e outra sob um viés republicano. Por fim, no terceiro item trata-se sobre os limites deste direito e as razões pelas quais estes limites ao invés de restringirem a liberdade, bem na verdade ampliam-na por fomentarem uma democracia constitucional e plural.

## **2. Fluxo histórico da liberdade – as origens da compreensão dogmática geral e equivocada deste direito**

Costuma-se dizer que os direitos fundamentais, especialmente os de liberdade, remontam ao Estado de Direito (ou Estado liberal) afirmado no final do século XVIII, consagrados como um limite ao exercício do Poder Público. É habitual, portanto, que a dogmática geral inerente a tais direitos seja compreendida – ainda que equivocadamente - como uma função meramente defensiva ao Estado.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Referido julgamento gerou polêmica justamente por privilegiar a liberdade de expressão e permitir, supostamente, uma redação desrespeitosa a dignidade da pessoa humana. A Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, fundamenta que “apesar de a norma editalícia objeto de discussão destinar-se a combater o que seria mau exercício da liberdade de manifestação do pensamento pelo candidato, parece ter-se ablação abstrata e genérica desse direito”, pelo que se justificaria sua não aplicabilidade, que ao fim se trataria de uma imposição da “cultura do politicamente correto”. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **STA n.º 864 MC**, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) Cármen Lúcia, julgado em 04/11/2017, publicado em processo eletrônico DJE-253, divulg. 07/11/2017, public. 08/11/2017.

<sup>4</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 16.

Ou seja, em regra entende-se que o Estado de Direito seria uma configuração que buscou dar solução para a relação e conexão existentes entre o (i) Estado (e conseqüentemente o poder político e/ou a soberania deste) com (ii) os sujeitos. A intenção maior nesta configuração seria mudar a relação entre Estado e indivíduos através de uma limitação (“jurídica”) do poder soberano. O Estado de Direito buscaria, portanto, intervir (através do “direito”) no “poder” com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos. A partir desta noção tem-se a impressão de que no Estado de Direito uma das conseqüências necessárias para sua configuração seria a concretização de um leque de direitos individuais - especialmente em seu início os direitos de liberdade - uma vez que o Estado de Direito buscaria fortalecer a posição do sujeito através de lei. A liberdade, portanto, seria fundamentada e garantida pelos limites impostos ao Estado através da legislação.<sup>5</sup>

Entretanto, como salienta Pietro Costa esta construção não é obrigatória porque se pode pensar em um Estado de Direito que produza, para os sujeitos, efeitos vantajosos, mas não coincidentes necessariamente com a atribuição de direitos individuais específicos e previstos em lei. Ademais, esta ideia de conter “o poder” através de um dique (o direito) já existia tanto no mundo antigo, quanto no medievo, onde ainda não havia Estado de Direito.<sup>6</sup>

Por conseguinte, para compreender a liberdade é preciso evitar esta leitura baseada num transpasse mecânico de sua noção europeia dos séculos XVIII e XIX, pois é este transpasse que resulta, por vezes, em uma compreensão errônea do direito à liberdade disposto na Constituição Federal de 1988.

Mas o que é, então, liberdade, para além de ser uma garantia trazida pelo Estado de Direito nos séculos XVIII e XIX? Para

---

<sup>5</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**: história, teoria. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-125.

<sup>6</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**: história, teoria. São Paulo: Martins Fontes, 2006 p. 95-125.

responder esta questão é preciso contextualizar tanto a noção de liberdade quanto a própria noção de Estado de Direito e perceber que ambos apresentarão diferentes configurações no tempo e espaço.

Ocorre que já no mundo antigo, tanto em Platão quanto em Aristóteles - ainda que com toda a diversidade entre os dois filósofos - já se tinha uma discussão sobre as formas de governo, e nesta análise estes tratavam do papel da lei. Platão irá versar a lei como algo que deve ser observado nos governos de um, de poucos ou de muitos. E Aristóteles também trará a noção de soberania da lei, onde esta deve regular “tudo em geral e os magistrados em particular”. Ou seja, ambos já apreciavam o papel da lei contra decisões despóticas - da lei (o direito) como um dique do “poder”.<sup>7</sup>

Hannah Arendt, por sua vez, salienta que na Antiguidade o que distingue o convívio dos homens na *polis* (nas “cidades-estados”) das outras formas de convívio humano dos gregos são as relações entre estes homens em liberdade - sendo esta entendida negativamente com o *não-ser-dominado* pelo outro. Ou seja, naquela sociedade escravagista, a exploração do trabalho tratava-se, portanto, de uma liberação destes senhores “não-dominados” para que tivessem tempo e se dispusessem à coisa política e a regulamentação dos assuntos por meio de conversa mútua e convencimento recíproco. Para terem esta libertação e se moverem entre iguais, supunha-se que estes tinham domínio absoluto sobre seu domicílio. Porém, como destaca Arendt, em verdade, estes senhores também não detinham liberdade em absoluto - pois esta liberdade que era a liberdade de falar - a liberdade política - dependia destes outros “iguais” e era vinculada espacialmente, já que não se podia deixar a *polis* ou dela ser banido.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**: história, teoria. São Paulo: Martins Fontes, 2006p. 95-125.

<sup>8</sup> ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 21-134.



Para Arendt, esta noção de liberdade conectada à política construída na Antiguidade - da liberdade ser algo político - ainda encontra eco em tempos recentes, pois envolve esta compreensão de que a *polis* (“a cidade”) não deve estar dominada por nenhum tirano para que se possa ter a liberdade de externar opinião, de debater e se ter, assim, o conhecimento acerca do mundo-real.<sup>9</sup>

Com a decadência do império greco-romano e o avanço do cristianismo aos poucos se constituiu um espaço público totalmente novo e dominado pela religião.<sup>10</sup> Entretanto, mesmo na Idade Média é possível tratar desta discussão de limitação do poder pelo direito.

António Manuel Hespanha salienta que a maior parte dos juristas entende o direito como algo conectado diretamente com a noção de modernidade, justamente pela concepção de direito como uma lei que é produzida pelo Estado. Daí que para haver direito (e, portanto, lei) teria que haver o Estado moderno. Entretanto, é preciso compreender que também há direito na Idade Média, ainda que *outro* direito. Para compreensão do papel do direito nesta época, imprescindível primeiramente compreender a importância da ideia central de ordem global. A ordem global no medievo é compreendida como uma ordem “auto-sustentada por meio de

---

<sup>9</sup> A liberdade política, a liberdade de falar um com outro “naquele tempo (na Antiguidade) como hoje, não era, de maneira alguma, cada um poder dizer o que bem entendesse, ou cada homem ter um direito imanente de se expressar tal como era. Trata-se aqui talvez da experiência de ninguém poder compreender por si, de maneira adequada, tudo que é objetivo em sua plenitude, porque a coisa só se mostra e se manifesta numa perspectiva, adequada e inerente à sua posição no mundo. Se alguém quiser ver e conhecer o mundo tal como ele é 'realmente', só poderá fazê-lo se entender o mundo como algo comum a muitos, que está entre eles, separando-os e unindo-os, que se mostra para cada um de maneira diferente e, por conseguinte, só se torna compreensível na medida em que muitos falarem sobre ele e trocarem suas opiniões, suas perspectivas uns com os outros e uns contra os outros. Só na liberdade do falar um com o outro nasce o mundo sobre o qual se fala, em sua objetividade visível de todos os lados”. ARENDT, Hannah. **O que é política?** p. 21-134.

<sup>10</sup> ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 21-134.

impulsos naturais e plurais”, pelo que o direito terá que ter também um papel deste de regulação no mundo.<sup>11</sup>

Neste contexto, não cabia aos juristas medievais criarem ou definirem o direito. Ao contrário, eles eram “os guardiões deste mundo multiordeado e auto-ordenado”, cuja ordem foi desenvolvida “*pela graça de Deus*”. Seu papel, portanto, era o de apenas dizer o direito, interpretá-lo como “um dado adquirido, deixando-o ser tal como era, já que emergiria das disposições espontâneas das coisas (nomeadamente as coisas humanas)”, sendo que o resultado desta hermenêutica deveria receber um consenso comunitário. Disso resulta uma “constelação de ordens normativas” na época medieval, uma vez que as ordens normativas poderiam advir das relações familiares, militares ou religiosas, para citar apenas alguns exemplos.<sup>12</sup>

No nível político-institucional, os príncipes tinham prerrogativas exclusivas – enquanto representantes de Deus. Estes soberanos teriam uma atuação livre e absoluta, porém, não de flexibilidade absoluta, uma vez que seus atos não poderiam advir de uma decisão meramente arbitrária, resultante de sua vontade. Já que originários “*da graça de Deus*”, os soberanos não poderiam ser tiranos e deveriam refletir a natureza das coisas, e, portanto, consolidarem uma causa mais justa e elevada, sem dispensar a equidade<sup>13</sup>, a boa fé e a justa razão.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros: a ordem na Europa ocidental dos inícios da Idade Moderna. In: HESPANHA, António Manuel. **A política perdida: ordem e governo antes da modernidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 247-248.

<sup>12</sup> HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros: a ordem na Europa ocidental dos inícios da Idade Moderna. In: HESPANHA, António Manuel. **A política perdida: ordem e governo antes da modernidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 249-251.

<sup>13</sup> A equidade aqui é entendida como uma justificação para os privilégios, que acabam também por refletir esta “natureza das coisas”.

<sup>14</sup> HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros: a ordem na Europa ocidental dos inícios da Idade Moderna. In: HESPANHA, António Manuel. **A política perdida: ordem e governo antes da modernidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 255.

Esta incompletude do poder político medieval e o parcial vazio político no medievo significa que o sujeito político que tende a reger os vários centros sociais está ausente. Isso enseja numa incrível liberdade, mas a liberdade que há é de um “direito sem Estado”, de um direito que pode viver e atuar para além dos poderes políticos e da coação destes, mas dentro de uma civilização cuja urgência maior é proteger-se da “rebeldia da incandescência cotidiana”<sup>15</sup>, e portanto, de uma liberdade e autonomia que não é separável da lógica de comunidade e pertencimento.<sup>16</sup>

Entre os séculos XVII e XVIII começa a se formar uma nova visão do sujeito, onde o indivíduo é arrancado desta lógica dos pertencimentos para ser representado como uma pessoa unitária de necessidades e de direitos próprios, definidos pelos parâmetros de liberdade, mas também de igualdade. A liberdade do sujeito não é, porém, ausência de regras e de vínculo com os demais, mas sim a configuração de um espaço protegido das intromissões dos outros, assim como é relação com a lei e, portanto, a possibilidade de agir dentro da lei, sendo esta “o fundamento, o limite, a garantia”.<sup>17</sup>

Têm-se, então, discussões acerca da soberania e da lei; acerca da liberdade e da igualdade tanto em Locke<sup>18</sup>, um contratualista do século XVII, como mais tarde com Montesquieu, um iluminista já do

---

<sup>15</sup> GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 58 e 282.

<sup>16</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010. (Biblioteca de história do direito), p. 224.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; SOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-125.

<sup>18</sup> Locke irá dispor que no “estado de natureza” o homem possui uma liberdade natural que diz respeito a estar livre de uma autoridade legislativa, embora ainda sujeito às leis naturais. Ao abdicar desta liberdade natural para adentrar em uma sociedade política, o homem terá o benefício de não estar mais sujeito as arbitrariedades dos outros homens porque sujeitos à lei civil. A lei civil, contudo, para Locke não busca restringir a liberdade, mas sim ampliá-la, e constituí-la como uma liberdade política, além de ter como fito conservar especialmente a propriedade. In: LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Introdução: J.W. Gough. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1994 – (Coleção clássicos do pensamento político), p. 84-94.

século XVIII. Tanto Locke<sup>19</sup>, quanto Montesquieu<sup>20</sup> – ainda que com suas divergências acerca da relação de liberdade e lei – fundamentarão que a lei vem de certa forma assegurar esta liberdade individual e política.

Estas discussões acerca de soberania, lei, liberdade, propriedade e direitos tomaram conta da consciência crítica dos reformadores setecentistas franceses, o que culminou mais tarde na Declaração de Direitos do Homem de 1789, resultado de um iluminismo jurídico, “onde a soberania é chamada a realizar por meio da lei os direitos naturais individuais. Assim, os direitos naturais são (rousseauianamente) transformados em direitos civis e como tais são fortalecidos e completamente tutelados”.<sup>21</sup>

Porém, a Inglaterra (ou Grã-Bretanha) pela “Revolução gloriosa” ofereceu solução diversa ao problema de limitação do poder do soberano e proteção da liberdade do sujeito, não através da legislação, mas sim através da partilha da soberania e do *common Law*. Ou seja, o que fundamentaria o direito aqui não seria a lei, mas sim as tradições e razões históricas. E a federação americana forneceu ainda uma “terceira via” de solução que mistura a herança do *common Law* inglês com a necessidade de positivizar os direitos naturais – embora, por razões diversas: na França em razão de se livrar do antigo regime, e os americanos para varrer o domínio da metrópole e o colonialismo.<sup>22</sup>

Grosso modo e de maneira simplificadora são estes três eventos históricos (revolução francesa, inglesa e americana) que antecedem o constitucionalismo moderno e os institutos liberais e

---

<sup>19</sup> John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Introdução: J.W. Gough. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1994, p. 84-94.

<sup>20</sup> MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 11-40.

<sup>21</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**: história, teoria. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-125.

<sup>22</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**: história, teoria. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-125.

que fazem da liberdade *individual* uma conquista da humanidade contra a tirania e o poder irresponsável<sup>23</sup>, ainda que França, Inglaterra e EUA tenham dado soluções distintas para resguardá-la.

Benjamin Constant, neste sentido, profere um discurso em Paris de 1819 em que aponta as diferenças entre a liberdade dos antigos e a liberdade destes modernos revolucionários.

Para Constant como os antigos não tinham conhecimento da individualidade e dos direitos individuais, estes são “quase sempre soberanos nas questões públicas” através de uma liberdade política, mas por outro lado, são escravos “em todos seus assuntos privados”, uma vez que “como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos”. E para tanto conclui que os antigos denominavam liberdade “a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria”, enquanto para os modernos a liberdade é a segurança e a garantia institucional dos privilégios privados.<sup>24</sup>

A liberdade dos modernos seria, portanto, esta liberdade individual que fundamenta e conserva os privilégios e a propriedade, mas que só é garantida pela liberdade política. Por isso, com um discurso a frente do seu tempo, Constant fundamenta que seria imprescindível combiná-las.<sup>25</sup>

Entretanto, mesmo no início da Idade Moderna o problema de contenção do poder ainda não se solucionara definitivamente e ainda havia interferência aos direitos e a liberdade, sendo frágil a limitação do poder somente pela lei - uma vez que agora o onipotente era o legislador que podia ser arbitrário e tirano. Assim, tanto franceses quanto americanos vão discutir já no século XIX

---

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba: Juruá, n. 05, 2000, p. 35-53.

<sup>24</sup> CONSTANT, Benjamin. **De la Liberté chez les Modernes**. (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980). Traduzido por Loura Silveira da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet. Disponível em: <[http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant\\_liberdade.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf)>. Acesso em: 06 dez. 2017.

<sup>25</sup> CONSTANT, Benjamin. *Op. Cit.* Disponível em: <[http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant\\_liberdade.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf)>. Acesso em: 06 dez. 2017.

sobre a necessidade de se pôr barreiras à onipotência deste legislador e, então, atribuirão aos princípios constitucionais o valor de “normas indecíveis” - problema que não será enfrentado na Inglaterra da *common Law*, onde o direito é razão histórica.<sup>26</sup>

É nesse quadro que se desenvolvem as duas principais versões da fórmula do “Estado de Direito” e quando o termo passou a ser utilizado pela primeira vez. Surge a formulação teórica do “*Rechtsstaat*” na Alemanha da primeira metade do século XIX, devidas à Friedrich Julius Stahl e à Robert Von Mohl. Para Stahl o Estado que ele denomina de Estado de Direito deve ser centralizado e empenhado na defesa dos direitos individuais, além de perseguir outros fins. Para Mohl, contudo, o fim maior do Estado de Direito deve ser a liberdade individual, a qual não é apenas uma zona protegida da interferência do poder, mas, sim, acontece através do “desenvolvimento pleno da personalidade, da autonomia das escolhas e das iniciativas individuais”.<sup>27</sup>

Em que pese todas estas discussões, e diversidade de soluções apresentadas no tempo e espaço para o problema da contenção de poder e garantia da liberdade, é o sistema construído na França no século XIX sob uma “perspectiva liberal-subjetivista-individualista” que foi recepcionado pela maior parte dos países latino-americanos, incluindo o Brasil.<sup>28</sup> E apesar das inúmeras mudanças, ainda temos diversos institutos lidos equivocadamente com tal viés, inclusive o direito à liberdade.

Seguindo-se este fluxo histórico, no século XX com o advento do Estado Constitucional foi dada nova roupagem aos direitos, ao

---

<sup>26</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 126-198.

<sup>27</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 126-198.

<sup>28</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária.** Curitiba, 2014. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 231.

Estado e à Administração Pública.<sup>29</sup> É neste contexto, que há uma nova construção do tema por Hans Kelsen<sup>30</sup>, o qual irá dispor que o Estado não é um ente “real”, mas é um objeto teórico construído pelo jurista, dentro de uma lógica positivista e puramente formal do direito. É nesta perspectiva também que o Estado de Direito e a democracia parecerão complementares, e formarão o Estado Constitucional - onde a tirania é contida pelo primado da norma sobre o poder e pela possibilidade de controle jurisdicional não mais só da atividade administrativa, mas também da atividade legislativa.<sup>31</sup>

Kelsen parecia ter resolvido, enfim, o problema da limitação do poder pela lei e pelo primado da constituição e também o problema entre democracia e direitos. Porém, após os períodos totalitaristas, Kaufmann - com base em Hariou - destacará a necessidade de romper com as idéias kelsenianas, denunciando a insuficiência de uma visão puramente “formal” do direito, afirmando ser essencial passar de um “sistema abstrato de formas” a “uma ordem material de conteúdos”. Entretanto, é certa a importância da construção kelseniana de hierarquia das normas e do controle de constitucionalidade.<sup>32</sup>

No pós-segunda guerra, o constitucionalismo conseguiu, então - em teoria - por os direitos fundamentais acima da vontade dos atores políticos e a salvo do decisionismo de poder, enfim, no âmbito do não decidível. Tem-se, então, não só um Estado de Direito, mas

---

<sup>29</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 232.

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. Ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>31</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010. (Biblioteca de história do direito)p. 245-253.

<sup>32</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010. (Biblioteca de história do direito)p. 259-263.

um Estado Constitucional funcionalmente ligado a direitos que vão bem além da liberdade e propriedade oitocentistas.<sup>33</sup>

É este, enfim, de maneira simplificada, o fluxo histórico acerca da liberdade que explicam as razões pelas quais é habitual que a dogmática geral compreenda referido direito como uma função meramente defensiva ao Estado, limitadora do poder, o que é resultado de uma compreensão europeia dos séculos XVIII e XIX, mas que não corresponde a sua visão enquanto um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, sendo que esta detém “um específico modelo constitucional: o do Estado social típico de uma modernidade que pode ser retratada pela mentalidade da segunda metade do século XX”<sup>34</sup>. Feita esta análise, propõe-se uma (re)leitura do instituto, conforme se retoma no tópico seguinte.

### **3. Liberdade de expressão – contornos constitucionais e uma leitura republicana por Philip Pettit *versus* uma visão liberal por John Stuart Mill**

Como visto a noção que se tem de liberdade resulta em regra de um transpasse mecânico das conceituações elaboradas na Europa do século XVIII e XIX, que desconsidera, portanto, a engenharia atual dos direitos fundamentais, enquanto bidimensionais e de dupla titularidade; sendo ainda uma concepção inadequada e insuficiente no modelo do Estado Social Democrático de Direito no Brasil.<sup>35</sup>

Ademais, como destaca Arendt a relação entre política e liberdade ainda é entendida de modo a ser a política um meio e a

---

<sup>33</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010. (Biblioteca de história do direito)p. 259-263.

<sup>34</sup> GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 17, n. 70, out./dez., 2017, p. 73.

<sup>35</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 13.



liberdade seu objetivo mais elevado, “portanto, a relação em si não mudou, embora o conteúdo e a extensão da liberdade se tenham modificado de forma bastante extraordinária”.<sup>36</sup>

Entretanto, isso não quer dizer que a noção da “liberdade” se aperfeiçoou como se fosse uma linha evolutiva que desembocaria em uma construção “perfeita” e “acabada” na contemporaneidade, uma vez que não se trata de uma evolução conceitual sempre progressiva, muito menos finalizada. A noção de liberdade é *contextualizada*, ou seja, em outros períodos históricos e em outras configurações de Estado e sociedade, ainda que na atualidade, é por vezes totalmente diversa daquela trazida pela Constituição Federal de 1988, mas justificável para aquele período ou para aquele formato de Estado e de sociedade.

Focando, portanto, na previsão constitucional pode-se destacar que o direito de liberdade é um dos direitos fundamentais previstos no art. 5º, *caput* da Constituição Federal<sup>37</sup> como um daqueles que assumem especial relevância no sistema constitucional brasileiro. Sarlet afirma, nesta toada, que no Brasil é possível afirmar que há um direito *geral* de liberdade, além das liberdades específicas como a liberdade de expressão, de locomoção, etc.<sup>38</sup>

Para Sarlet a liberdade geral (i) integra a dignidade da pessoa humana, (ii) é cláusula de abertura constitucional para liberdades fundamentais especiais não expressas na Constituição (art. 5º, §2º<sup>39</sup>), (iii) serve de princípio geral para interpretação e integração

---

<sup>36</sup> ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 21-134.

<sup>37</sup> “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...”

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 444-450.

<sup>39</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”.

das liberdades específicas, além de guardar relação com a noção do (iv) direito ao livre desenvolvimento da personalidade.<sup>40</sup>

Jean Rivero também trata da noção de liberdade diferenciando um direito geral dos direitos específicos, os quais o autor subdivide em (i) liberdade individual da pessoa física, (ii) da pessoa intelectual e moral e por fim (iii) as liberdades sociais e econômicas.<sup>41</sup>

A liberdade (geral), segundo, Jean Rivero tem como definição clássica tanto “*a condição de não pertencer a nenhum senhor*” como de “*poder de agir ou não agir*” que juntas confluem na noção de um poder de autodeterminação, de poder do ser humano escolher seus comportamentos pessoais. Esta noção conduz a ideia de que a liberdade filosófica é diversa da liberdade jurídica, sendo que a primeira irá discutir até sobre a (im)-possibilidade metafísica do ser humano se autodeterminar, enquanto a jurídica, como ciência social, trará necessariamente consequências em relação aos outros – a obrigação de respeitar o exercício da liberdade de outrem.<sup>42</sup>

A liberdade (geral) seria, enfim, aquela ideia dos modernos revolucionários e contida originalmente no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica ao outro”.<sup>43</sup>

A liberdade individual da pessoa física (i), por sua vez e para Rivero, necessita do reconhecimento de determinadas garantias gerais como o respeito à pessoa humana, a condenação de toda forma de repressão, a segurança jurídica do indivíduo diante do poder e são estas garantias que protegerão antecipadamente todas

---

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 444-450., p. 444-450.

<sup>41</sup> RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. Tradução de Maria de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 7-8.

<sup>42</sup> RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. Tradução de Maria de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 7-8.

<sup>43</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 444-450.

as outras liberdades. Há também garantias particulares como a liberdade da vida privada e liberdade de locomoção.<sup>44</sup>

Com outro viés, a liberdade da pessoa intelectual e moral (*ii*) garante múltiplas liberdades, como a liberdade de opinião, a liberdade de crença, a liberdade de expressão do pensamento, a liberdade acadêmica e até sua afirmação coletiva consistente na liberdade de reunião, de manifestação, de associação, dentre outras. Por fim, as liberdades sociais e econômicas (*iii*) se adstringem ao direito de propriedade, a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria.<sup>45</sup>

Esta classificação, porém, não é estanque<sup>46</sup> e não se pode perder de vista a complementaridade das liberdades.<sup>47</sup> Por conseguinte, a liberdade de expressão – ainda que seja uma liberdade específica – integra e deve ser interpretada juntamente com as demais.

Na Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão não vem com referida denominação, ora liberdade de expressão, ora liberdade de pensamento, mas guarda sintonia com a previsão do art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948<sup>48</sup>. A liberdade de expressão – que é este “direito mãe” que engloba tantas outras especificidades – é prevista no art. 5º, IV ao dispor que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e também no inciso V que assegura “o direito de

---

<sup>44</sup> RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. Tradução de Maria de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 21-23.

<sup>45</sup> RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. Tradução de Maria de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24-26.

<sup>46</sup> Em muitas ocasiões uma liberdade, como a criação de um jornal, por exemplo, envolverá tanto liberdade de expressão, como liberdade econômica. In: RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**, p. 26.

<sup>47</sup> RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. Tradução de Maria de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006 p. 26-27.

<sup>48</sup> “Art. 19. Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão”.

resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, além das previsões dos incisos VI (liberdade de crença) e IX (liberdade intelectual) e arts. 206, II (liberdade acadêmica) e 220 (liberdade de comunicação).<sup>49</sup>

Ademais, a liberdade de expressão como um direito fundamental possui dupla dimensão: (i) a dimensão subjetiva que permite ao indivíduo (ou a coletividade – porque também detém dupla titularidade) exigir juridicamente ao Estado o cumprimento de suas obrigações (ou abstenções) e (ii) uma dimensão objetiva que resulta aos poderes públicos em inúmeros deveres de proteção, regulamentação, etc. Logo, há tanto deveres estatais negativos de se abster, quanto positivos, de atuação.<sup>50</sup> Os deveres de caráter subjetivista-individual, e meramente negativos, são concepções que refletem o liberalismo clássico dos séculos XVIII e XIX<sup>51</sup> e são, como já dito, insuficientes porque não abordam a dimensão objetiva e transindividual.

Logo, a liberdade não é mais mera restrição ao poder do Estado, um “dique do poder”. Não é só mais defensiva, uma vez que os direitos fundamentais exigem ações afirmativas. Não é só individual, tendo esfera coletiva.

A liberdade de expressão apresenta também uma dimensão social e política, pois é condição e garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando a manifestação de opiniões, ideias, pontos de vista, convicções, críticas e juízos de valor, incluindo expressões não verbais.<sup>52</sup> Esta dimensão social (que se pauta também com a dimensão objetiva deste direito fundamental) não se

---

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 454-472.

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.454-472.

<sup>51</sup> PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul./set. 2013, p. 200.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 454-472.

relaciona somente com a manifestação do pensamento, mas também ao acesso pela comunidade da pluralidade de ideias manifestadas.<sup>53</sup> Isso porque o direito à informação e a liberdade de imprensa se inserem na liberdade de expressão em sentido amplo, embora cada parcela deste direito tenha suas especificidades.<sup>54</sup>

Ainda quanto à sua dimensão social, a liberdade de expressão atua como instrumento de formulação e elucidação dos problemas e demandas sociais, e através do debate e informação atua em prol da busca da verdade e enriquecimento da cultura cívica.<sup>55</sup> Esta dimensão eminentemente coletiva é imprescindível também para que em um regime republicano ocorra a publicidade dos atos dos agentes públicos que atuam por representação do povo, sendo referida publicidade uma forma de informação, fiscalização e controle.<sup>56</sup>

Mas a liberdade de expressão pode ser lida por enfoques diferentes. Em apertada síntese: a liberdade de expressão pode ser entendida como um livre mercado de ideias (posições liberais e libertárias) ou como um direito que se estrutura em torno do interesse público e que deve visar à concretização e promoção deste (posições republicanas). Trata-se, de um lado “da concepção liberal, individual ou subjetiva da liberdade de expressão”, e, do outro, “da compreensão cívica, republicana, democrática ou objetiva”.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul./set. 2013..., p. 200.

<sup>54</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Eficácia e efetividade...**, p. 1-36.

<sup>55</sup> PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul./set. 2013., p. 204.

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba: Juruá, n. 05, 2000, p. 1-36.

<sup>57</sup> PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul./set. 2013p. 204.

Philip Pettit em sua obra “Teoria da liberdade” traz uma noção que se aproxima da republicana, ou seja, de que a liberdade tem função na sociedade, que é promover o bem estar de todos. Busca, assim, fazer da liberdade algo mais que um “brinquedo filosófico”.<sup>58</sup>

Para Pettit o sujeito é livre na medida em que sua ação é livre, e ainda na medida em que este é capaz de ser considerado responsável. As escolhas feitas pelo sujeito – as ações – só serão consideradas livres numa perspectiva anterior as próprias escolhas, para tanto, essencial que as escolhas particulares sejam feitas pelo agente consciente das opções disponíveis. Ou seja, em apertada síntese, para o autor, alguém é livre até o ponto em que possa ser considerado também responsável pela escolha consciente que fez. Para Pettit, portanto, “se houver liberdade, haverá também responsabilidade”.<sup>59</sup>

O pensamento republicano, todavia, se afasta das teorias comunitárias, pois no republicanismo a ideia de interesse público e de bem comum não são dados pré-estabelecidos, sendo necessárias suas construções através de deliberação transformativa.<sup>60</sup>

Stuart Mill, por sua vez, tem uma visão liberal e defende que deve haver ampla discussão sobre todo e qualquer assunto. Mill afirma que a diversidade de opinião é vantajosa, pois a opinião dominante pode ser falsa, e acaso seja verdadeira, é ainda assim necessário permitir a expressão da opinião equivocada, pois somente no conflito com o erro é que ocorrerá uma verdadeira compreensão e sensação de verdade. Fundamenta que não permitir a expressão da opinião equivocada seria tornar a opinião aceita como mero dogma ou crença, distantes da razão. Outra hipótese,

---

<sup>58</sup> PETTIT, Philip. **Teoria da liberdade**. Tradução de Renato Sérgio Pubo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 9-68.

<sup>59</sup> PETTIT, Philip. **Teoria da liberdade**. Tradução de Renato Sérgio Pubo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 17-26.

<sup>60</sup> MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 172.

mais comum, destaca o autor é que as opiniões diversas e plurais podem possuir porções de veracidade, e precisam, portanto, de compartilhamento para conhecimento da verdade.<sup>61</sup>

Mill busca, ainda, refutar a ideia de que a liberdade de expressão deve ter limites, pois afirma que qualquer ataque eficaz da opinião será considerado ofensivo para o oponente. Entretanto, afirma que debates imoderados são tidos aqueles que contêm sarcasmo ou ataques pessoais como aqueles feitos a quem defende uma opinião impopular ser acusado de ser uma pessoa má ou imoral. E neste sentido, fundamenta que se for para proibir a linguagem imoderada, seria melhor fazê-lo em face da opinião dominante, uma vez que esta ao utilizar de intolerância poderá desencorajar a opinião não prevalecente. Mill, contudo, privilegia a moralidade na discussão pública, e embora, determine que deva haver um esforço neste sentido, não dispõe sobre restrição e obrigatoriedade deste tipo de debate, muito menos responsabilização.<sup>62</sup>

Uma corrente libertária, portanto, parte do pressuposto que ainda que este mercado de ideias possa ter as suas falhas, elas são preferíveis a qualquer intervenção estatal, que poderia manipular as opiniões que fossem prejudiciais aos governantes.<sup>63</sup>

Sem se afastar das importantes observações de Stuart Mill sobre a construção do debate e sobre os riscos de manipulações estatais, é importante ressaltar como fundamenta Indiara Fazolo Pinto, que a concepção global dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira não parece ser libertária. Como fundamenta a jurista, a Constituição tem como fito maior a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I da CF), pelo que é impositiva a importância do Estado na concretização

---

<sup>61</sup> STUART MILL, John. **Sobre a liberdade**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 48-101.

<sup>62</sup> STUART MILL, John. **Sobre a liberdade**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 101-158.

<sup>63</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007.

dos postulados constitucionais, inclusive da liberdade de expressão.<sup>64</sup>

Neste contexto, como destaca Fazolo, no Brasil, país de profundas desigualdades socioeconômicas e de monopólio dos meios de comunicação, a completa liberalização da liberdade de expressão implicaria na prevalência da “lei do mais forte”, emudecendo aqueles que são historicamente oprimidos ou vítimas de intolerância. Assim, é imprescindível a atuação do poder público na promoção da igualdade material entre os cidadãos, inclusive para fortalecer a circulação de ideias plurais e limitar discursos antidemocráticos e excludentes.<sup>65</sup>

Ademais, o fato de a Constituição Federal ser recheada de garantias que vedam a censura não é um indicativo de que a escolha do Constituinte tenha sido pelo liberalismo. Bem na verdade, tais garantias decorrem do receio (fundado) de restrições a este direito que ocorreram no período ditatorial anterior à promulgação da Constituição. Porém, referido receio não enseja na conclusão de que a liberdade de expressão possa ser exercida de forma desenfreada e sem limites, embora medidas limitadoras devam ser excepcionais.<sup>66</sup>

Entretanto, é preciso pontuar que há quem defenda que a previsão do art. 220 da CF que dispõe que a manifestação do pensamento não sofrerá *qualquer* restrição traria fundamentação para uma leitura libertária; e que vedaria, portanto, tanto a restrição legal quanto judicial de referida garantia; em que pese tais defensores não negarem que existiriam limites imanentes a este direito. Todavia, o próprio art. 220 com a previsão do §1º ordena a

---

<sup>64</sup> PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul./set. 2013, p. 200, p. 207.

<sup>65</sup> PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul./set. 2013, p. 200, p. 208.

<sup>66</sup> PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul./set. 2013, p. 200, p. 210-214.



necessária observância ao disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, sendo que um destes incisos traz expressamente o direito de resposta e de indenização, ou seja, dispõe acerca da limitação e responsabilização.<sup>67</sup>

Jonatas Machado faz ainda relevante pontuação sobre estas correntes doutrinárias, dispondo que a leitura correspondente a necessidade de limitações e restrições a liberdade, mas sem que se imponha uma regulação estatal deste direito, embora se imponha um fomento pelo Estado para a divulgação plural de ideias, talvez não esteja tão distante da teoria liberal. Ou seja, é preciso ressaltar que há de fato vários *republicanismos* e vários *liberalismos*.<sup>68</sup>

Fazolo também destaca que no direito estrangeiro é possível diferenciar, grosso modo, esses dois modelos de abordagem da matéria pela Alemanha e pelos Estados Unidos, respectivamente. Nos Estados Unidos há forte presença da herança do liberalismo clássico do século XVIII e XIX, que atribui maior ênfase à liberdade em detrimento da igualdade, visando à proteção do discurso independentemente dos danos que este possa causar; enquanto na Alemanha, que vivenciou os horrores do holocausto, busca-se ponderar a liberdade com outras garantias constitucionais como à igualdade e a dignidade.<sup>69</sup>

Por conseguinte, fixada esta premissa de leitura da Constituição Federal com viés republicano e com fins de concretização de um Estado Social, passa-se a análise dos limites da liberdade de expressão que devem ser fixados em prol da democracia e da pluralidade de ideias.

---

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, p. 1-36, jan./mar. 2004.

<sup>68</sup> MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

<sup>69</sup> PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul./set. 2013, p. 222.

#### 4. Limites à liberdade de expressão, conflito entre os princípios constitucionais e suas resoluções privilegiando a democracia e o pluralismo político

A liberdade de expressão, um dos princípios fundamentais do Estado de Direito instituído pela Constituição de 1988, tem como uma de suas garantias o fato da censura *prévia* ser expressamente vedada, nos termos do art. 5, IX e 220, §2º da CF.

Contudo, referida vedação não torna o direito à liberdade de expressão absoluto, especialmente se em confronto com a dignidade da pessoa humana ou direitos de personalidade. Referida previsão constitucional apenas destaca que a censura *prévia* comporta excepcionalidade, e em regra a responsabilização decorrente de ofensa deve ocorrer *posteriormente* à manifestação.<sup>70</sup>

A liberdade de expressão apresenta, então, um primeiro limite que é a vedação ao anonimato (art. 5º, IV da CF), o qual tem como fim justamente resguardar a responsabilização posterior em razão de danos a terceiros (art. 5º, V). Ainda, eventual ofensa, enseja em direito de resposta proporcional ao agravo (art. 5º, V) justamente para proporcionar o contraditório e a garantia da democracia, ou seja, o ataque de discurso com mais discurso.<sup>71</sup>

Além disso, podem ocorrer limitações não expressamente previstas pela Constituição Federal através de análise judicial e decorrente de conflito com outros direitos fundamentais. Nestes casos, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que em razão da relevância da liberdade de expressão para a democracia e o pluralismo político, a

---

<sup>70</sup> Neste contexto, a classificação indicativa de faixa etária que visa proteger as crianças e adolescentes em razão de filmes, aplicativos, jogos eletrônicos e programas de televisão não se trata de censura *prévia*, uma vez que não tem fins proibitivos, mas tão somente como a própria denominação dispõe de *indicação* e *informação* aos responsáveis, os quais terão liberdade de planejamento e educação familiar em consonância com a previsão do art. 226, §7º da CF e entendimento do STF (Adin 2404/2001). In: SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, p. 460-472.

<sup>71</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 460-472.

liberdade deve – em regra - ter prevalência no conflito com outros direitos<sup>72</sup>, conforme consagrado pelo STF no julgamento da ADPF n.º 130<sup>73</sup>.

Ou seja, mesmo que haja responsabilização - e que a leitura da constituição seja republicana – ainda assim há uma posição de preferência deste direito à liberdade, com fins de vetar a censura prévia.

Esta posição de preferência - *preferred position* - da liberdade em face dos outros direitos se dá em razão de que a liberdade de expressão é a base, o fundamento para o exercício de outras liberdades, razão pela qual sua limitação deve ser vista como uma excepcionalidade para “os raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade”.<sup>74 75</sup>

Por outro lado, a intervenção judicial na liberdade de expressão com vistas à prevenção ou mesmo à reparação de moléstias a direitos fundamentais não caracterizará censura quando imprescindível à salvaguarda da dignidade, da honra e da igualdade. A diferença entre a *censura* e a *limitação* é que a primeira trata-se de uma aniquilação arbitrária do exercício da liberdade, enquanto a

<sup>72</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 460-461.

<sup>73</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADPF n.º 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 divulg. 05/11/2009, public. 06/11/2009.

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.1, p. 1-36, jan./mar. 2004.

<sup>75</sup> Referida prevalência não retira, contudo, a necessidade de análise do princípio da proporcionalidade e suas respectivas sub-regras, além da razoabilidade, e da devida fundamentação judicial (art. 93, IX da CF). Ou seja, na análise judicial destes conflitos, a indenização ou a prevalência do outro direito deve ocorrer – em regra – com prudência e excepcionalidade para fins de não se tornarem em limitações ilegítimas a liberdade de expressão, e por consequência, serem contrárias a sua imprescindível função democrática. In: SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, p. 460-461. Para análise do princípio da proporcionalidade e suas respectivas sub-regras: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014; SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002, p. 23-50 e BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 49-75; 91-145.

segunda fundamenta-se na própria Constituição.<sup>76</sup> Neste sentido, outro limite destacado pelo STF através do julgamento do HC n.º 82.424<sup>77</sup> é a proibição de manifestação de caráter racista ou com teor discriminatório, dirigida à propagação do ódio e violência - embora referido julgamento não tenha sido julgado por unanimidade.

Ou seja, a liberdade de expressão tem como limite justamente outro pilar fundamental da nossa democracia - a dignidade da pessoa humana.<sup>78</sup> Todavia, a proibição ao discurso de ódio e do ataque à dignidade não se trata de uma “caça as bruxas” ao politicamente incorreto, e neste sentido é preciso distinguir - o que não é simples, contudo - o discurso do ódio da defesa tão somente de posições que são impopulares.<sup>79</sup>

Quanto à possibilidade desta análise de conflitos entre a liberdade e a dignidade ou outros princípios fundamentais conferir um poder extremado ao Poder Judiciário que a partir de dois titulares de direitos fundamentais pode “ponderar” qual direito aplicar a seu bel prazer, e tal ponderação arbitrária poderia ensejar em insegurança jurídica<sup>80</sup> - destaque-se que o que enseja a insegurança jurídica não é a interpretação do julgador conforme a Constituição, a qual se deve dar perante várias formas e fórmulas.

---

<sup>76</sup> PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul./set. 2013, p. 212.

<sup>77</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

<sup>78</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 460-461.

<sup>79</sup> PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul./set. 2013, p. 222.

<sup>80</sup> SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 197.

A insegurança é fruto da ausência de fundamentação jurídica quando da decisão ou a sucessiva alteração de posicionamento jurisprudencial, o que é um problema infinitamente mais amplo que não se relaciona com o debate ora proposto.<sup>81</sup> A insegurança jurídica é muito mais relacionada, enfim, à aplicação intuitiva pelo julgador, “a mercê do psiquismo e da formação moral”<sup>82</sup> deste, sem que se apresente “o processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade”<sup>83</sup> ou que o faça de maneira contrária a própria previsão constitucional<sup>84</sup>, enfim, de uma “libertinagem hermenêutica”<sup>85</sup> do que propriamente pela aplicação da Constituição ou da ponderação entre direitos fundamentais.

Ademais, não se nega o risco de um eventual controle judicial ou estatal e censura disfarçada sob o pretexto de ponderação de princípios, entretanto ratifica-se que este risco não é suficiente para a defesa de “um completo absenteísmo estatal”<sup>86</sup> ou judicial ou mesmo de uma posição libertária da liberdade de expressão.

Todavia, com a ressalva desta limitação dada ao direito à liberdade de manifestação quando do julgamento do HC n.º 82.424 em face do discurso de ódio, o STF tem adotado uma postura que privilegia a liberdade de expressão como no caso dos julgamentos da ADF n.º 187<sup>87</sup> (que acolheu a “marcha da maconha”), ADI n.º

---

<sup>81</sup> SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 249-251.

<sup>82</sup> SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 251.

<sup>83</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002.

<sup>84</sup> SALGADO, Eneida Desiree; CERQUEIRA NETO, José N. de. Caminhos e desafios da revisão judicial de constitucionalidade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. v. 19, n. 19, jan-jun., 2016, p. 115.

<sup>85</sup> GABARDO, Emerson. **A & C - Revista de Direito Administrativo...**

<sup>86</sup> SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007.

<sup>87</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADPF n.º 187, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011, Acórdão Eletrônico Dje-102, Divulg 28/05/2014, Public 29/05/2014.

4451<sup>88</sup> (que declarou a inconstitucionalidade de algumas restrições ao humor), HC n.º 83996<sup>89</sup> (que admitiu manifestações em tons obscenos ou pornográficos) e da ADI n.º 4815<sup>90</sup> (que aceitou a publicação das bibliografias não autorizadas).

Mais recentemente, contudo, em 07/11/2017 foram julgados o STA n.º 864<sup>91</sup> e o SL n.º 1127<sup>92</sup> que pleiteavam a aplicação da regra do edital do ENEM quanto à anulação de redação desrespeitosa a direitos humanos, tendo sido privilegiado mais uma vez a liberdade, quando se esperava que o STF privilegiasse – neste caso – os direitos humanos e a dignidade, em harmonia com o julgamento do HC n.º 82.424.<sup>93</sup>

Para além da discussão sobre a (im)-possibilidade da judicialização de referida previsão editalícia, e para o debate que aqui se pretende, salienta-se que este privilegiar em regra do STF pela liberdade de expressão é fundamental para uma construção de um Estado que se pretende democrático. Porém, para garantia da

---

<sup>88</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI n.º 4451 MC-REF, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 REPUBLICAÇÃO: DJe-167 DIVULG 23-08-2012 PUBLIC 24-08-2012 RTJ VOL-00221-01 PP-00277.

<sup>89</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. HC n.º 83996, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/08/2004, DJ 26-08-2005 PP-00065 EMENT VOL-02202-02 PP-00329 LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 365-383 RTJ VOL-00194-03 PP-0092.

<sup>90</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI n.º 4815, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

<sup>91</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. STA n.º 864 MC, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CÁRMEN LÚCIA, julgado em 04/11/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-253 DIVULG 07/11/2017 PUBLIC 08/11/2017.

<sup>92</sup> BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. SL n.º 1127 MC, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CÁRMEN LÚCIA, julgado em 04/11/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-253 DIVULG 07/11/2017 PUBLIC 08/11/2017.

<sup>93</sup> Referido julgamento gerou polémica justamente por privilegiar a liberdade de expressão e permitir, supostamente, uma redação desrespeitosa a dignidade da pessoa humana, o que é contrário ao julgamento que vetou o discurso de ódio em 2004. A Presidente Ministra Cármen Lúcia fundamenta que “apesar de a norma editalícia objeto de discussão destinar-se a combater o que seria mau exercício da liberdade de manifestação do pensamento pelo candidato, parece ter-se ablação abstrata e genérica desse direito”, pelo que se justificaria sua não aplicabilidade, que ao fim se trataria de uma imposição da “cultura do politicamente correto”.

própria democracia é fundamental que os limites da liberdade de expressão esbarrarem necessariamente na dignidade e nos discursos de ódio, embora não limitem discursos impopulares e politicamente incorretos.

Neste ponto é imprescindível destacar que assim como a liberdade, o termo democracia também necessita de contextualização temporal e espacial para que se possa compreender o que está a se fundamentar. Como salienta Pietro Costa, democracia é “*uma das grandes palavras do discurso político*” e “*com aspecto semântico amplo e composto*”.<sup>94</sup> E o que se entende por democracia, pode alterar o que se entende por liberdade, e consequentemente quais seriam suas limitações.

Dois problemas relacionam-se com o tema, de um lado o fundamento e a legitimidade do poder político, e de outro a questão da titularidade e do exercício de poder. A democracia procura resolver tais problemas, entretanto, as soluções apresentadas dependem também de contextualização histórica.<sup>95</sup>

Por exemplo, para Locke<sup>96</sup> e mais recentemente para Rawls<sup>97</sup> há legitimidade do poder político através da noção de consensualismo e de pacto social (rousseauiano) - embora cada qual com suas nuances e particularidades. Para Locke, a lei política legítima deve estar de acordo com a lei natural e respeitar especialmente a propriedade, enquanto para Rawls, por sua vez, a legitimidade da lei política está no respeito aos princípios decorrentes da teoria da justiça. Em geral, contudo, para os contratualistas é nesta massa de sujeitos (no contrato consensual,

---

<sup>94</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação...**, p. 211.

<sup>95</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010. (Biblioteca de história do direito), p. 211.

<sup>96</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Introdução: J.W. Gough. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. - Petrópolis, RJ: Vozes, 1994

<sup>97</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-208.

no povo ou na nação) que se encontrará o fundamento da legitimidade do poder político. Weber<sup>98</sup>, por sua vez, irá trazer a possibilidade da fundamentação da legitimidade do poder político no direito racionalizado, ou seja, a legitimidade pela legalidade.

Enfim, de forma bem simplificadora, assim como a ideia de liberdade política (dos antigos) se altera para a de uma liberdade individual (dos modernos) no Estado Liberal; a noção de uma democracia fundada nesta liberdade política e, portanto, na participação de “todos” (consenso por unanimidade), muda para uma perspectiva de representatividade em que o sufrágio universal passa a ser fundamental (consenso pluralista). E no século XX com o advento do Estado Constitucional passa a se desenvolver a fundamentação de que não basta ao Estado assegurar individualmente as liberdades fundamentais e tais direitos políticos, mas é preciso que garanta também alguma igualdade e participação na riqueza coletiva, enfim, passa-se a exigir as prestações positivas do Estado tanto para a consagração da liberdade, quanto da democracia.<sup>99</sup>

No presente estudo, considera-se esta democracia do Estado constitucional que está longe daquela teorizada como democracia clássica, e que resulta muito mais da “vontade do povo” que é construída por políticos concorrentes, por um debate público e por convencimento de técnicas que não são muito diversas de técnicas publicitárias<sup>100</sup> – fazendo-se a necessária ressalva de que esta “vontade do povo”, não pode, contudo, extirpar os direitos fundamentais.

Ou seja, no presente estudo considera-se esta “democracia constitucional” que busca conciliar a tutela dos direitos

---

<sup>98</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos de uma sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2004, p. 139-161.

<sup>99</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010. (Biblioteca de história do direito), p. 216-217.

<sup>100</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010. (Biblioteca de história do direito), p. 235.



fundamentais com o *demos* (a soberania popular). E nesse sentido, sendo democracia etimologicamente o autogoverno dos povos<sup>101</sup>, não é possível conciliar uma visão democraticamente absolutista com direitos fundamentais também absolutos. Para tanto, a democracia constitucional traz esta ‘solução’ (que era também a solução de Rousseau) que o povo não pode trazer danos aos próprios membros, daí porque esta “vontade popular” encontra limites. Neste contexto, defender os direitos do poder e da própria *demo* (da soberania popular) é em última análise defender as liberdades individuais.<sup>102</sup>

Neste contexto, a democracia constitucional é também plural,<sup>103</sup> baseada, portanto, na existência de pluralidade de dissensos. Dahl irá dispor sobre esta necessidade de pluralidade, uma vez que não existe uma vontade única popular, mas sim uma plural que se constrói na interação. É esta pluralidade que torna a democracia compatível com a liberdade.<sup>104</sup>

A democracia plural é aquela que reconhece a existência de conflitos, que entende que é impossível um mundo sem antagonismos, e por isso mesmo, vê “no outro” não um inimigo, mas um adversário, “cuja existência é legítima e tem de ser tolerada”. É aquela democracia que compreende, de forma diversa ao pregado por Kant, pela existência de múltiplas formas de racionalidade.<sup>105</sup>

Chantal Mouffe fundamenta, neste contexto, que é nesta democracia plural que se tem uma conciliação entre a liberdade dos

<sup>101</sup> TODOROV, Tzvetan. **Los enemigos íntimos de la democracia**. Traducción de Noemí Sobregués. Barcelona: Galaxia Gutemberg, 2012, p. 11.

<sup>102</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010. (Biblioteca de história do direito), p. 235.

<sup>103</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010. (Biblioteca de história do direito), p. 235.

<sup>104</sup> DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 47-95.

<sup>105</sup> MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Lisboa: Gradiva, 1996. Introdução e capítulo 1, p. 11-36.

antigos e a liberdade dos modernos, a liberdade individual com a política pela aceitação do plural.<sup>106</sup>

É por esta razão – em prol da pluralidade e do respeito ao primado dos direitos fundamentais de uma democracia constitucional – que a liberdade de expressão encontra limites quando é discriminatória, quanto atinge os direitos humanos ou quando incita o ódio e a violência contra grupos historicamente estigmatizados pela sociedade, tais como negros, homossexuais, mulheres e minorias religiosas porque neste caso a expressão se torna excludente e termina por negar ou restringir a manifestação e liberdade do outro ao desqualificá-lo ou mesmo impedi-lo de se expressar.

A limitação da liberdade de expressão que configure discurso de ódio (ainda que seja de uma maioria) tem como fim, portanto, garantir a liberdade de expressão (e a dignidade) dos outros estigmatizados. Não se trata, portanto, de restringir a liberdade, mas de ampliá-la, de democratizá-la através da fomentação do dissenso. A vedação ao discurso de ódio, enfim, não se dá só em respeito à dignidade da pessoa humana (individualmente atingida), mas também porque é esta limitação que fomenta a pluralidade dos dissensos, respeitando, portanto o aspecto social e objetivo deste direito. Não se trata, portanto, de aumentar a intervenção estatal ou judicial e limitar a liberdade tão somente; mas de garantir a cidadania, a dignidade e especialmente um direito *igual* de liberdade de expressão.

Como bem destaca Eneida Desiree Salgado “o discurso que estimula a intolerância, fere a igualdade ou incita à violação de direitos alheios não é digno de proteção constitucional, eis que esse tipo de manifestação se encontra fora do desenho traçado pela Carta Política de 1988.” E conclui a jurista que a democracia deve ser, sempre, tolerante e plural, mas que isso não é argumento de defesa

---

<sup>106</sup> MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Lisboa: Gradiva, 1996. Introdução e capítulo 1, p. 11-36.

para discursos intolerantes e excludentes, pois a democracia precisa proteger-se de discursos antidemocráticos.<sup>107</sup>

Destaque-se, por fim, que a democracia não pode ser vista como uma “evolução moral da humanidade”, pois se trata de uma “conquista frágil” que necessita ser alimentada e aprofundada.<sup>108</sup> E para tanto, permitir um discurso plural – e restringir discursos excludentes – é imprescindível.

## 5. Conclusão

Quando se analisa no presente artigo os contornos da liberdade da expressão - seus limites e conflitos com outros direitos - está-se a tratar da antiga tensão entre poder e direito e entre constitucionalismo e democracia.

De um lado, a liberalização da liberdade de expressão com completo absentéismo estatal poderia culminar num aspecto antidemocrático pela tirania de maiorias (ditas democráticas) que terminariam por emudecer os historicamente estigmatizados ou então haveria em decorrência do monopólio dos meios de comunicação, o reino do discurso do “mais forte”. Por outro lado, a restrição, limitação ou regulação estatal poderiam culminar também em tirania - mas aqui do “soberano” – ou em censura, e num país de forte patrimonialismo também seria possível a instrumentalização do “interesse público” a serviço de interesses privados.

Fato é que no fluxo histórico acerca do Estado de Direito e mesmo no Estado democrático-constitucional tem-se a impressão de não se encontrar uma solução “definitiva” para o problema do nexa Estado-sujeito, mantém-se a sensação de ser impossível

---

<sup>107</sup> SALGADO, Eneida Desiree; LOPES, Ana. **Propaganda partidária e os limites da liberdade de expressão**: O ordenamento jurídico brasileiro e o Partido Social Cristão. Ballot. Rio de Janeiro: UERJ. Volume 1 Número 1 Junho 2015. pp. 202-216. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

<sup>108</sup> MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Lisboa: Gradiva, 1996. Introdução e capítulo 1, p.11-36.

conciliar democracia e direitos fundamentais, já que estes são garantidos ainda que contra-majoritariamente. Mantém-se, enfim, a percepção de ser impossível conciliar liberdade enquanto um direito fundamental com a democracia, ou de lhe trazer limitações. Esta sensação se dá porque de fato a conciliação parece ser incompleta e traz algum problema ou algum risco, como citado acima. Em alguns períodos históricos tende-se para o absteísmo estatal, em outros, para a necessidade de restrição, de limitação e de regulação estatais da liberdade de expressão.

O que se conclui, nesta toada, é que pela Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão deve ser lida através de um viés republicano e com limitações e responsabilizações, portanto. Ademais, como direito fundamental que o é, possui dupla dimensão e dupla titularidade, pelo que exige não só abstenção estatal, mas sim prestações afirmativas para ser satisfeita. Enfim, exige uma atuação do Estado para criar condições que possibilitem a livre expressão da diversidade de conteúdos presente no sistema social, e, por conseguinte, não admita discursos excludentes.

Por conseguinte, não se nega a problemática da questão, mas a solução dada pela Constituição Federal parece ser pela construção de um direito *igual* à livre expressão, onde seus limites esbarram necessariamente na dignidade e nos discursos de ódio com fins de permitir um discurso plural – e restringir discursos excludentes – e assim garantir uma democracia que seja constitucional.

## 6. Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARENDT, Hannah. O que é política? Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Curitiba: Juruá, n. 05, 2000.

\_\_\_\_\_. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.1, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 187, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011, Acórdão Eletrônico Dje-102, Divulg 28/05/2014, Public 29/05/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 4451 MC-REF, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 REPUBLICAÇÃO: DJe-167 DIVULG 23-08-2012 PUBLIC 24-08-2012 RTJ VOL-00221-01 PP-00277.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STA n.º 864 MC, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) Cármen Lúcia, julgado em 04/11/2017, publicado em processo eletrônico DJE-253, divulg. 07/11/2017, public. 08/11/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 divulg. 05/11/2009, public. 06/11/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n.º 83996, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/08/2004, DJ 26-08-2005 PP-00065 EMENT VOL-02202-02 PP-00329 LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 365-383 RTJ VOL-00194-03 PP-0092.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 4815, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. SL n.º 1127 MC, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CÁRMEN LÚCIA, julgado em 04/11/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-253 DIVULG 07/11/2017 PUBLIC 08/11/2017.

CONSTANT, Benjamin. *De la Liberté cliez les Modernes. (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980)*. Traduzido por Loura Silveira da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet. Disponível em: <[http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant\\_liberdade.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf)>. Acesso em: 06 dez. 2017.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. (Biblioteca de história do direito).

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 17, n. 70, out./dez., 2017.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros: a ordem na Europa ocidental dos inícios da Idade Moderna. In: HESPANHA, António Manuel.

- A política perdida: ordem e governo antes da modernidade. Curitiba: Juruá, 2009.
- Jornal Gazeta do povo. Curitiba, 11/09/2017. Disponível em: <<https://conta.gazetadopovo.com.br/assine/privado?referrer=http://www.gazetadopovo.com.br/ideias/apos-protestos-santander-cancela-mostra-com-pornografia-e-zoofilia-03nl732yxtq2vdp6kof15cok>>. Acesso em: 24 jan. 2018.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 7. Ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Introdução: J.W. Gough. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1994 – (Coleção clássicos do pensamento político).
- MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MONTESQUIEU. O espírito das leis. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOUFFE, Chantal. O regresso do político. Lisboa: Gradiva, 1996.
- PETTIT, Philip. Teoria da liberdade. Tradução de Renato Sérgio Pubo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- PINTO, Indiará Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul./set. 2013.
- RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. Liberdades públicas. Tradução de Maria de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SALGADO, Eneida Desiree; CERQUEIRA NETO, José N. de. Caminhos e desafios da revisão judicial de constitucionalidade. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 19, n. 19. jan-jun., 2016.

\_\_\_\_\_; LOPES, Ana. Propaganda partidária e os limites da liberdade de expressão: O ordenamento jurídico brasileiro e o Partido Social Cristão. *Ballot*. Rio de Janeiro: UERJ. Volume 1 Número 1 Junho 2015. pp. 202-216. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007.

\_\_\_\_\_. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002.

STUART MILL, John. *Sobre a liberdade*. Lisboa: Edições 70, 2006.

TODOROV, Tzvetan. *Los enemigos íntimos de la democracia*. Traducción de Noemí Sobregués. Barcelona: Galaxia Gutemberg, 2012.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de uma sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2004.



## **Parte V**

### **Direito à cidade e democracia**



# Direito à cidade e cidades inteligentes: o uso da tecnologia na gestão democrática

*Nicholas Arena Paliologo<sup>1</sup>*

*Daniel Machado Gomes<sup>2</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Direito à cidade. 3. Cidades inteligentes. 4. Tecnologia e gestão democrática. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. Introdução

O presente texto tem como problema central a importância do direito à cidade nas políticas públicas para as *smart cities*. A questão se justifica na medida em que a cidade inteligente (*smart city*) resulta de uma combinação de elementos dentre os quais a tecnologia é o mais importante, o que pode gerar novas formas de exclusão, se não houver uma democratização de acesso aos meios digitais. Assim, com vistas a evitar novos processos segregacionistas da vida urbana, a cidade inteligente deve ser pensada em conformidade com o direito à cidade. A metodologia empregada no

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Integrante dos grupos de pesquisa “Direito, Mídia e Sociedade” das Faculdades Integradas Hélio Alonso e “Poder e Território” da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. E-mail: nick.paliologo@gmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Professor do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas Hélio Alonso. Coordenador do grupo de pesquisa “Direito, Mídia e Sociedade” das Faculdades Integradas Hélio Alonso. Advogado. E-mail: daniel.machado@ucp.br

artigo foi a pesquisa bibliográfica com método dedutivo, uma vez que se partiu de conceitos gerais como cidade inteligente, direito à cidade, políticas públicas, para tratar de um problema particular, qual seja, o perigo de novas formas de exclusão urbana determinadas pela falta de acesso à tecnologia digital.

O artigo que segue está estruturado em três partes respectivamente intituladas de *Direito à Cidade*, *Cidades Inteligentes*, *Tecnologia e Gestão Democrática*. Na primeira parte o objetivo principal é conceituar o direito à cidade, vinculando-o com a autodeterminação do espaço geográfico e com o uso ativo dos direitos humanos. O direito à cidade garante um ambiente de harmonia com demais direitos humanos já regulamentados por tratados internacionais e na Constituição da República. A partir deste paradigma, a cidade passa a ser vista como resultado das escolhas dos cidadãos através da gestão democrática, propiciando acesso a bens comunitários tais como educação, saúde e lazer.

A segunda parte do artigo tem como objetivo principal apresentar o conceito de cidade inteligente e apontar os requisitos para a sua implementação prática. A *smart city* emprega tecnologias de computação para consolidar a infraestrutura e os serviços da cidade, todavia os processos de criação e manutenção de cidades inteligentes devem estar centrados no cidadão, o principal agente de transformação e objetivo final das transformações urbanas.

A terceira parte do estudo visa evidenciar a relevância do acesso amplo à tecnologia digital como meio para viabilizar a participação do cidadão na gestão democrática das cidades. Algumas iniciativas de cidadãos, de comunidades e de instituições oficiais se mostraram fundamentais para promover soluções urbanas alternativas de pequena escala e baixo custo. Construir cidades inteligentes não é só uma tendência tecnológica, é um imperativo político e econômico que deve ser conjugado com a democratização de meios e recursos de tecnologia digital.

## 2. Direito à cidade

A expressão direito à cidade foi criada no final da década de 1960 por Henri Lefebvre para criticar a utilização capitalista do espaço urbano subordinado ao valor de troca e não ao valor de uso. Na concepção original de Lefebvre, o direito à cidade não era mais um direito que deveria ser institucionalizado no arcabouço jurídico estatal, visto que o autor considerava impossível que a cidade fosse alterada sem uma mudança radical nas relações entre o Estado e as bases de produção.

A discussão proposta na obra *Direito à Cidade*, de Lefebvre, nos remete à reforma urbanística promovida em Paris entre 1853 e 1870 pelo Barão Georges Haussmann que remodelou radicalmente o espaço urbano. Haussmann expulsou para os subúrbios os trabalhadores, destituindo-os da urbanidade e da vida urbana, isto é, da possibilidade de vivenciar e experimentar a cidade. A reforma urbanística de Paris foi, em grande parte, uma resposta da classe dominante às jornadas operárias de junho de 1848. Segundo Lefebvre<sup>3</sup>, a segregação dos trabalhadores foi uma estratégia da burguesia para frear a democracia urbana nascente que era impulsionada pelas lutas populares. Naquele momento a ordem política embrionária representava uma ameaça real aos interesses políticos das classes dominantes.

Na ótica de Lefebvre, a cidade é um espaço potencial de encontros e de conflitos, no entanto o urbanismo segregacionista de Haussmann atuou contra a cidade, contribuindo para destruir a característica mais peculiar da vida urbana que são os espaços de encontro e de convívio das diferentes classes e grupos sociais. No curso desse processo, os subúrbios foram criados para abrigar apenas a classe operária, mas passaram a exercer forte poder de atração sobre outras camadas sociais, esvaziando o centro da cidade

---

<sup>3</sup> LEFEBVRE, Henri. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2008. p.22-23.

em benefício dos escritórios e de um uso quase puramente comercial.

O centro da cidade torna-se com isso um lugar de consumo ao mesmo tempo que representa o consumo do lugar<sup>4</sup>. Graças ao remanejamento espacial, Paris se subordinou gradualmente à lógica e ao ritmo capitalista de produção do espaço. A especulação imobiliária desempenhou papel fundamental nesse cenário, ao atuar em favor da crescente mercantilização do solo, e assim, em lugar das relações de valor de uso, relações de valor de troca passam a prevalecer.

Assim, o direito à cidade refere-se à vida urbana, à centralidade renovada, aos locais de encontro e de trocas, aos ritmos de vida e empregos do tempo que permitem o uso pleno e inteiro desses momentos e locais. A proclamação e a realização da vida urbana como reino do uso exigem o domínio do econômico (do valor de troca, do mercado e da mercadoria)<sup>5</sup>.

A tendência contemporânea de traduzir bens em direitos fez com que a cidade e vida cidadina fossem reconhecidos como direitos do cidadão e, com isso, surgiu uma nova concepção de direito à cidade, diferindo-se daquele sentido originalmente atribuído por Lefebvre. Diferentes documentos jurídicos passaram a consignar o direito à cidade como meio de minimizar a reprodução das desigualdades sociais e do padrão excludente e concentrador de riqueza da urbanização. Em razão disso, o direito à cidade pode atuar como um novo guia a fim de harmonizar ações, escolhas e desejos que criem um ambiente urbano realmente fértil para a concretização dos direitos humanos.

O sentido do direito à cidade se ampliou e passou a designar a prerrogativa de usufruir de um ambiente urbano harmônico com os princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social, conforme está preconizado em diversos documentos, como a

---

<sup>4</sup> LEFEBVRE, Henri. **O Direito à Cidade**. São Paulo: Centauro, 2008. p.25.

<sup>5</sup> LEFEBVRE, Henri. **O Direito à Cidade**. São Paulo: Centauro, 2008. p. 139.

*Carta Mundial pelo Direito à Cidade* que foi assinada no ano de 2005, durante o V Fórum Social Mundial em Porto Alegre. O direito à cidade passou a representar um marco importante na incorporação dos direitos humanos no ambiente urbano, bem como um meio de minimizar a reprodução das desigualdades sociais e do padrão excludente e concentrador de riqueza da urbanização.

A *Carta Mundial pelo Direito à Cidade* define este direito como usufruto equitativo das cidades, ressaltando a sua interdependência com os demais direitos humanos - direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. Segundo o documento, o direito à cidade deve ser posto em prática por meio do ajuste das legislações municipais aos tratados internacionais, de maneira a efetivar direitos em todo o território das cidades e seu entorno rural. Nesta ótica, a cidade é tida como um espaço para o exercício dos direitos coletivos que assegura a distribuição e o desfrute equitativo, universal, justo, democrático e sustentável dos recursos, riquezas, serviços, bens e oportunidades.

Resultado do Fórum Social Urbano organizado em 2010, a Carta do Rio de Janeiro intitulada *Em Luta pelo Direito à Cidade, pela Democracia e Justiça Urbanas* foi elaborada por movimentos populares, organizações da sociedade civil, instituições públicas, acadêmicas e profissionais. A Carta trata do acesso aos serviços e equipamentos urbanos básicos, reivindicando o direito de participação na construção de uma cidade que se contraponha à lógica mercantil. Desta maneira, é possível evitar a mais-valia urbana que se nutre da degeneração da sociabilidade nos espaços públicos, criando, entre outras estruturas, ambientes privados, enclaves e muros em nome da proteção e da privacidade. Mais recentemente, a Habitat III, terceira Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Sustentável, realizada no Equador em 2016, incorporou na formulação da Nova Agenda Urbana o direito à cidade como ponto central.

É possível perceber que o conceito de direito à cidade se alargou e se inseriu nas discussões sobre a construção de um

ambiente urbano mais justo e menos excludente, como demonstram os estudos de David Harvey, Mark Purcell e Don Mitchell. O direito à cidade passou a ser visto como um meio de minimizar a reprodução das desigualdades sociais e do padrão excludente e concentrador de riqueza da urbanização, sendo entendido como a prerrogativa de usufruir de um ambiente citadino harmônico com os princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social.

Trata-se de um direito social de autodeterminação do espaço geográfico e um padrão de vida caracterizado pelo uso ativo dos direitos humanos na sociedade. Neste sentido, o direito à cidade garante um ambiente de harmonia com demais direitos humanos já regulamentados por tratados internacionais, pela Constituição da República, bem como com aqueles que ainda não foram catalogados em documentos jurídicos - sejam eles civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais. A partir deste novo paradigma, a cidade passa a ser vista como o local da realização de direitos humanos, o que gera mais inclusão social e a melhoria de problemas urbanos como a violência e a extrema pobreza<sup>6</sup>.

O livro *Cidade Rebeldes* de David Harvey serve como fonte para a compreensão do paradigma atual do direito à cidade que, segundo Harvey, equivale a reivindicar algum tipo de poder configurador sobre os processos de urbanização. Para ele, o direito à cidade reinventa o espaço urbano de acordo com nossos mais profundos desejos. Além disso, é um direito mais coletivo do que individual, uma vez que reinventar a cidade depende inevitavelmente do exercício de um poder coletivo sobre o processo de urbanização. O sentido de direito à cidade que interessa ao

---

<sup>6</sup> CAMPOS FILHO, Cândido Malta. **Cidades Brasileiras**: seu Controle ou o Caos. São Paulo: Nobel, 1989. p.10.



presente texto é o utilizado por Harvey, pois o autor vincula este direito com a gestão democrática das cidades<sup>7</sup>.

### 3. Cidades inteligentes

O termo cidades inteligentes (*smart city*) surge com o movimento conhecido como crescimento inteligente ou *smart growth*, o qual propunha a incorporação de tecnologia de informação e comunicação ao planejamento urbano. Mais recentemente as empresas de tecnologia encontraram nas gestões estaduais e municipais grandes clientes em potencial e se apropriaram do discurso sobre a “cidade inteligente” para vender seus serviços e produtos. Iniciou-se então a atual fase desse movimento, cujo foco se tornou a “smartificação” das cidades já existentes<sup>8</sup>. A partir do ano 2000, esse movimento passou a ser testado por grandes empresas como Siemens, Cisco e IBM em países da Ásia e do Oriente Médio. São exemplos desse movimento a cidade de Masdar, no deserto da Arábia Saudita, autodenominada a cidade mais sustentável do mundo, e New Songdo, cidade satélite de Seul, na Coreia do Sul, considerada uma cidade completamente conectada.

Na literatura acadêmica são diversas as definições encontradas para o termo cidade inteligente, contudo, de forma sintética, uma cidade inteligente é um ecossistema urbano inovador caracterizado pela utilização generalizada de tecnologias da informação na gestão de seus recursos e estrutura. Trata-se de um espaço urbano que utiliza a tecnologia para melhorar a eficiência econômica e política e amparar o desenvolvimento humano e social,

---

<sup>7</sup> HARVEY, David. **Cidades Rebeldes**: do Direito à Cidade à Revolução Urbana. Trad. de Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 28.

<sup>8</sup> NEIROTTI, P. et al. **Current Trends in Smart City Initiatives**: Some Stylised Facts. *Cities*, v.38, p.25-36, dez. de 2013. Disponível em: <[http://porto.polito.it/2522888/1/SmartCity\\_Trends\\_paper.pdf](http://porto.polito.it/2522888/1/SmartCity_Trends_paper.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2017.

aumentando a qualidade de vida de seus cidadãos. Para Giffinger<sup>9</sup>, as cidades inteligentes são aquelas que melhor congregam seis dimensões: economia, capital humano, governança, mobilidade, meio ambiente e estilo de vida. Dentre elas, três são alicerçadas principalmente nos cidadãos e se traduzem como: participação pública (governança), capital humano (pessoas inteligentes) e estilo de vida (qualidade de vida).

Além da variedade de serviços e produtos tecnológicos para a gestão urbana, a tecnologia pode ser também uma facilitadora para conexão, capacitação e engajamento dos cidadãos, estimulando e apoiando atividades colaborativas que conduzem a inovação social e promovem interação entre comunidade e instituições públicas ou privadas para resolução de problemas e planejamento da comunidade. Um desafio para as cidades inteligentes é equilibrar a infraestrutura tecnológica do conceito tradicional como fatores como participação cidadã e interação das pessoas em ambientes físicos e virtuais.

Para Neirotti<sup>10</sup> *et al*, soluções baseadas em tecnologia são apenas um dos vários recursos para o planejamento urbano que têm como objetivo melhorar a sustentabilidade econômica, social e ambiental de uma cidade. De forma que, cidades melhor equipadas em tecnologia não são necessariamente cidades melhores. Este entendimento é reforçado por Hollands<sup>11</sup> quando afirma que as cidades inteligentes se caracterizam por quatro tendências essenciais: utilização intensiva de tecnologias de informação e comunicação; ênfase no desenvolvimento urbano moldado pelas grandes empresas multinacionais; foco nas indústrias de elevada

---

<sup>9</sup> GIFFINGER, Rudolf. **Smart cities**: Ranking of European medium-sized cities, 2007. Disponível em: <<http://www.smart-cities.eu/>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

<sup>10</sup> NEIROTTI, P. *et al*. Current Trends in Smart City Initiatives: Some Stylised Facts. **Cities**, v.38, p.25-36, dez. de 2013. Disponível em: <[http://porto.polito.it/2522888/1/SmartCity\\_Trends\\_paper.pdf](http://porto.polito.it/2522888/1/SmartCity_Trends_paper.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2017.

<sup>11</sup> HOLLANDS, Robert G. Will the Real Smart City Please Stand Up? **City**, v.12, n. 3, p. 303-320, 28 de nov. de 2008, p.315.

intensidade tecnológica; e preocupação com a eficiência energética. Devido aos perigos do determinismo tecnológico e da gentrificação urbana, o autor propõe que a *smart city* seja entendida a partir da perspectiva das pessoas e capital humano, em vez da tecnologia por si só.

A implementação do projeto de cidade inteligente se dá principalmente através da criação de parcerias público-privadas entre empresas de tecnologia e o poder público. Usualmente, as parcerias público-privadas seguem o modelo de implementação de cima para baixo ou *top-down*, que se encontra entre os que foram descritos por Sabatier<sup>12</sup> em seus estudos sobre as formas de implementação de políticas públicas.

Sabatier explica que existem duas formas principais para se implementar políticas públicas: *top-down* e *bottom-up*. O formato de baixo para cima (*bottom-up*) se caracteriza pela maior liberdade dos burocratas e redes de atores em se auto-organizar e em modelar a implementação das políticas públicas. Neste caso, a forma que a política pública adquire após a tomada de decisão não é definitiva, sendo modificável por aqueles que a implementam no dia a dia<sup>13</sup>. Pressupõe-se, portanto, que a política pública não é definida no topo da pirâmide da administração, mas no nível concreto de sua execução.

O modelo *bottom-up* (de baixo para cima) parte também da ideia de que existe sempre um controle imperfeito em todo o processo de elaboração da política que condiciona o momento da implementação. Assim, a implementação é entendida como o resultado de um processo interativo através do qual uma política pública se relaciona com o seu contexto e com as organizações responsáveis por sua implementação. Este enfoque alerta para o fato

---

<sup>12</sup> SABATIER, P.A. Top-Down and Bottom-Up Approaches to Implementation Reserch: a Critical Analysis and Suggested Synthesis. *Journal of Public Policy*. v. 6, n. 1, p. 21-48, 1986.

<sup>13</sup> SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 61.

de que certas decisões que idealmente pertencem ao terreno da formulação só são efetivamente tomadas durante a implementação. Isso porque determinadas opiniões conflitivas não podem ser resolvidas durante o momento da tomada de decisão.

O modelo *top-down* (de cima para baixo) é caracterizado pela separação clara entre o momento de tomada de decisão e o de implementação, em fases consecutivas. Esse modelo parte de uma visão funcionalista e tecnicista de que as políticas públicas devem ser elaboradas e decididas pela esfera política e que a implementação é mero esforço administrativo de achar meios para os fins estabelecidos, segundo Secchi. O primeiro problema desse modelo é que ele reflete uma estratégia da classe política para se omitir em relação aos problemas de implementação. Se as políticas, os programas e as ações estão bem planejados, com objetivos claros e coerentes, então uma má implementação é resultado de falha de agentes. Esse processo é conhecido na literatura política como *blame shifting* ou deslocamento de culpa<sup>14</sup>.

Um segundo ponto que merece destaque no modelo *top-down* é que as políticas públicas implementadas a partir dessa concepção adotam parâmetros verticalizados/elitizados, não levando em consideração a participação popular em sua formulação. Segundo Thomas Dye<sup>15</sup>, as políticas públicas podem também serem vistas sob o prisma das preferências e valores da elite governante, fluindo de cima para baixo, das elites para as massas.

Assim, as empresas de tecnologia assumem o papel que John Kingdon<sup>16</sup> identificou como empreendedores ou *policy entrepreneurs*. Segundo o autor, os *policy entrepreneurs* são atores dispostos a investir recursos para promover políticas que possam

---

<sup>14</sup> SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 60.

<sup>15</sup> DYE, Thomas. Mapeamento dos Modelos de Análise de Políticas Públicas. In: HEIDERMAN, Francisco G.; SALM, José Francisco. **Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: UNB, 2009. p.109.

<sup>16</sup> KINGDON, John. **Agendas, Alternatives and Public Policy**. Boston: Little Brown, 1984. p. 238.

lhe promover. Eles são motivados por combinações de diversos elementos: preocupação direta com determinados problemas, busca de benefícios próprios tais como proteger ou aumentar seu orçamento burocrático, reconhecimento pelas suas realizações, promoção de seus valores e o mero prazer de participar.

Hollands<sup>17</sup> aponta a empresarialização da governança urbana e de emergência de espaços urbanos neoliberais onde as empresas globais de tecnologia vendem as suas soluções aos governos locais. Movimento este incentivado pelo poder público de algumas cidades que promovem o rótulo *smart city* como instrumento para atrair cada vez mais investimentos. Segundo o autor<sup>18</sup>, muitas vezes o poder público assume que a formação de *smart city* conduz automaticamente ao crescimento econômico, coesão social, sustentabilidade ambiental e eficiência na governança. Ou seja, gera benefícios econômicos, sociais e ambientais para todos. Contudo, a realidade não tem corroborado esta premissa. A exploração da tecnologia pelas empresas está contribuindo para a criação de um mundo desigual onde impera a polarização econômica, social e territorial.

Hollands<sup>19</sup> aponta o surgimento de um novo fenômeno associado às *smart cities*, trata-se de um novo tipo de gentrificação relacionada com a exclusão de parcela da população que não possui habilidades suficientes para lidar com a tecnologia. Este novo tipo de gentrificação não tem nada a ver com o alto custo dos imóveis ou com o custo de vida em si, mas sim com a exclusão de certas pessoas do processo de desenvolvimento da cidade. Dessa forma, existe o risco concreto de as cidades produzirem novas formas de segregação, se não atentarem para valores como a cidadania, a

---

<sup>17</sup> HOLLANDS, Robert G. Will the Real Smart City Please Stand Up? *City*, v. 12, n. 3, p. 303-320, 28 de Nov. de 2008. p. 304.

<sup>18</sup> HOLLANDS, Robert G. Will the Real Smart City Please Stand Up? *City*, v. 12, n. 3, p. 303-320, 28 de Nov. de 2008. p. 309-310.

<sup>19</sup> HOLLANDS, Robert G. Will the Real Smart City Please Stand Up? *City*, v. 12, n. 3, p. 303-320, 28 de Nov. de 2008. p. 312.

identidade urbana e o sentimento de pertencimento. Por isso a governança urbana deve ser pensada em consonância com o direito à cidade, ferramenta jurídica para promover a inclusão política através do envolvimento dos cidadãos nas tomadas de decisão e na definição do futuro urbano.

#### 4. Tecnologia e gestão democrática

A tecnologia digital é um meio para viabilizar a participação do cidadão na elaboração das políticas públicas que pode concretizar o sentido de direito à cidade apontado por Harvey<sup>20</sup>. Existem iniciativas de cidadãos e comunidades de diversas cidades para promover soluções urbanas alternativas de pequena escala e baixo custo, em oposição aos grandes projetos infra estruturais com elevados orçamentos promovidos pelas multinacionais de tecnologia. Trata-se de uma tentativa de resgatar o significado das cidades e consolidar o direito fundamental de participar do planejamento urbano.

O RIO+, por exemplo, promovido pela empresa social Benfeitoria, é uma plataforma *online* colaborativa voltada para recolher ideias para resolver os problemas da cidade do Rio de Janeiro. As soluções propostas pelos cidadãos são votadas pelo público através do sítio eletrônico do projeto e implementadas no espaço urbano com o apoio da prefeitura. Esse exemplo reflete o fator de sucesso de algumas cidades inteligentes: a combinação de planejamento *top-down* com o *bottom-up*, o qual se baseia na participação, na colaboração - enfatizando a importância do cidadão -, e na adoção de melhorias a partir de pequenas iniciativas locais.

Dentro dessas iniciativas, projetos de urbanismo tático, arte urbana, fabricação própria (*do-it-yourself*), colaboração em massa (*crowdsourcing*) e financiamento coletivo (*crowdfunding*) se

---

<sup>20</sup> HARVEY, David. **Cidades Rebeldes**: do Direito à Cidade à Revolução Urbana. Trad. de Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.28.

destacam, prevalecendo os conceitos de participação democrática, inteligência coletiva, inovação aberta e tecnologias colaborativas.

A criação de um ambiente que conjugue a colaboração entre empresas multinacionais, empresas *start-ups*, sociedade e as demais partes interessadas (*stakeholders* urbanos) está, em grande parte, nas mãos dos governantes públicos locais. Para isso, é essencial que as ferramentas clássicas de planejamento e gestão urbana sejam revistas, permitindo a implementação de cidades verdadeiramente inteligentes.

Para mitigar riscos e assegurar o uso efetivo das ferramentas tecnológicas, são necessárias estratégias gerenciais e organizacionais planejadas a curto, médio e longo prazo, bem como políticas e mecanismos legais que ajudem a criar um ambiente favorável e estimulante para a inovação tecnológica. Neste contexto, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) iniciou em 2011 um projeto chamado Iniciativa Cidades Emergentes (ICES) com atuação na América Latina e Caribe. O programa visa auxiliar cidades com população entre 100 mil e 2 milhões de habitantes que têm experimentado um crescimento econômico e demográfico acima da média de seus países, a transitar de uma gestão “tradicional” para uma gestão “inteligente”. Esta iniciativa é composta por três dimensões.

A primeira dimensão de atuação da ICES é a sustentabilidade ambiental e mudança climática, abrangendo questões ligadas ao uso do espaço físico e seus impactos ambientais, bem como a capacidade das cidades de antecipar e reagir rapidamente a desastres naturais. A alta concentração populacional tem impacto direto nos índices de poluição do ar e da água, por exemplo, bem como na geração e disposição dos resíduos sólidos e no consumo de energia e estes, por sua vez, impactam o meio-ambiente e o clima.

A segunda frente de atuação é a sustentabilidade urbana, a qual está associada às questões da ocupação das cidades e da habilidade do governo municipal de otimizar essa ocupação e distribuir igualmente os serviços urbanos. Nesse contexto

entram oferta de moradias; segurança; transporte e mobilidade; redes de conectividade de banda larga; educação; saúde; energia; empregabilidade; e eficiência econômica.

Por último, sustentabilidade fiscal e governança que está relacionada às questões ligadas à gestão pública e sua habilidade de comunicar-se com a população; a existência de mecanismos de informação transparente da administração, das finanças e da dívida pública; a capacidade de coletar junto à população os dados necessários para agir de acordo com a real necessidade das cidades, gerando um mecanismo de gestão participativa; e a criação de instrumentos que permitam eficiência na gestão urbana<sup>21</sup>.

As três dimensões relacionadas acima são essenciais para o processo de transição para que as cidades se tornem inteligentes, o qual não se faz sem colaboração, tanto interna no âmbito da administração pública quanto externa na sua relação com os cidadãos. Enquanto os funcionários da administração são importantes porque possuem conhecimento a respeito dos desafios e das virtudes da gestão, os cidadãos representam o início e o fim do ciclo de avaliação dos projetos. Nesse sentido, é essencial o desenvolvimento de formas de interagir e medir a satisfação dos habitantes<sup>22</sup>.

Dessa forma, a construção de cidades inteligentes não é uma tendência tecnológica, mas um imperativo político e econômico. Os líderes políticos têm um papel fundamental a desempenhar, moldando as forças de mercado e influenciando a direção dos investimentos em tecnologia para que estes atinjam os resultados econômicos, sociais e ambientais desejáveis.

---

<sup>21</sup> BOUSKELA, Maurício *et al.* **Caminho para as smart cities**: da gestão tradicional para a cidade inteligente, 2016. p. 24-25. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7743/Caminho-para-as-smart-cities-Da-gestao-tradicional-para-a-cidade-inteligente.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2017.

<sup>22</sup> BOUSKELA, Maurício *et al.* **Caminho para as smart cities**: da gestão tradicional para a cidade inteligente, 2016. p. 113-114. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7743/Caminho-para-as-smart-cities-Da-gestao-tradicional-para-a-cidade-inteligente.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2017.



Os governos têm de articular as prioridades e interesses, muitas vezes divergentes, dos diversos atores urbanos - políticos, indústria, academia e sociedade civil -, alinhando os objetivos do investimento do setor privado e as aspirações dos cidadãos em relação ao futuro da cidade. Para tal, deverão desempenhar um papel ativo, definindo regulamentação, estabelecendo padrões, ou apoiando movimentos sociais.

Assim, uma cidade inteligente é aquela que coloca as pessoas no centro do desenvolvimento, incorpora tecnologias da informação e comunicação na gestão urbana utilizando esses elementos como ferramentas que estimulam o planejamento colaborativo e a participação cidadã. As *smart cities* favorecem o desenvolvimento integrado e sustentável tornando-se mais inovadoras, competitivas, atrativas e resilientes<sup>23</sup>.

Com isso, o direito à cidade assume uma nova dimensão na qual a designação inteligente tem papel fundamental por incorporar tecnologia ao espaço urbano e, sobretudo, por usá-la como um meio de democratização na gestão coletiva das cidades. Neste sentido, o direito à cidade serve de balizador na escolha de políticas públicas adequadas para implementar um acesso democratizado aos meios de tecnologia digital. Direito à cidade e *smart city* se unem de modo indissociável nesta nova perspectiva sobre o funcionamento da vida urbana.

## 5. Conclusão

O presente artigo tratou do direito à cidade e das cidades inteligentes, indicando a importância da tecnologia para ampliar a gestão democrática urbana. O texto analisou inicialmente o conceito de direito à cidade, seu desenvolvimento histórico e sua aceção

---

<sup>23</sup> BOUSKELA, Mauricio *et al.* **Caminho para as smart cities**: da gestão tradicional para a cidade inteligente, 2016. p. 16. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7743/Caminho-para-as-smart-cities-Da-gestao-tradicional-para-a-cidade-inteligente.pdf>>. Acesso em 21 maio 2017.

atual que aponta para a noção de autodeterminação do espaço urbano combinado com o usufruto deste espaço enquanto ambiente de harmonia com os direitos humanos. A cidade passou a ser vista como resultado das escolhas dos cidadãos através da gestão democrática, o que propicia maior acesso à definição e redefinição do tecido urbano, assim como ao uso de bens comunitários da cidade tais como educação, saúde e lazer.

Em seguida foi estudado o conceito de *smart city* que resulta da combinação dos seguintes elementos: sociedade, administração pública, tecnologia e planejamento urbano. Foi demonstrado que a tecnologia é um elemento fundamental para o funcionamento da cidade inteligente, mas que os processos de criação e manutenção de cidades inteligentes devem estar centrados no cidadão, principal agente de transformação e objetivo final das alterações urbanas.

Por fim, o artigo tratou da definição de políticas públicas para implementação de tecnologia digital nas cidades inteligentes. A tecnologia se converteu em um meio importante para ampliar a participação do cidadão na gestão da cidade, devendo ter seu acesso democratizado. Foram apresentados ainda programas para construção de cidades inteligentes, como é o caso do programa do BID para cidades de médio porte.

Deste modo, diante de todo exposto, é possível afirmar que o direito à cidade é uma prerrogativa de participar na determinação dos destinos do espaço urbano, bem como de usufruir democraticamente deste espaço. Assim, a cidade inteligente é aquela que combina uso da tecnologia com a participação democrática, para dar eficácia ao direito à cidade.

## 6. Referências

BOUSKELA, Mauricio *et al.* **Caminho para as smart cities:** da gestão tradicional para a cidade inteligente, 2016. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7743/Caminho-para-as-smart-cities-Da-gestao-tradicional-para-a-cidade-inteligente.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2017.

- CAMPOS FILHO, Cândido Malta. **Cidades Brasileiras: seu Controle ou o Caos.** São Paulo: Nobel, 1989.
- DYE, Thomas. Mapeamento dos Modelos de Análise de Políticas Públicas. In: HEIDERMAN, Francisco G.; SALM, José Francisco. **Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise.** Brasília: UNB, 2009.
- GIFFINGER, Rudolf. **Smart cities: Ranking of European medium-sized cities,** 2007. Disponível em: <<http://www.smart-cities.eu/>>. Acesso em: 18 mar. 2018.
- HARVEY, David. **Cidades Rebeldes: do Direito à Cidade à Revolução Urbana.** Trad. de Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HOLLANDS, Robert G. Will the Real Smart City Please Stand Up? **City**, v. 12, n. 3, p. 303-320, 28 de Nov. de 2008.
- KINGDON, John. **Agendas, Alternatives and Public Policy.** Boston: Little Brown, 1984.
- LEFEBVRE, Henri. **O Direito à Cidade.** São Paulo: Centauro, 2008.
- NEIROTTI, P. *et al.* **Current Trends in Smart City Initiatives: Some Stylised Facts.** *Cities*, v. 38, p. 25-36, dez. de 2013. Disponível em: <[http://porto.polito.it/2522888/1/SmartCity\\_Trends\\_paper.pdf](http://porto.polito.it/2522888/1/SmartCity_Trends_paper.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2017.
- SABATIER, P.A. Top-Down and Bottom-Up Approaches to Implementation Reserch: a Critical Analysis and Suggested Synthesis. **Journal of Public Policy**, v. 6, n. 1, p 21-48, 1986.
- SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos.** 2.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013



# **(Re)Pensar a democracia a partir da cidade - fundamentos da participação política a partir do espaço local no Brasil**

*Guilherme Estima Giacobbo<sup>1</sup>*

*Ricardo Hermany<sup>2</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A legitimidade do poder político e a evolução da cidadania; 3. Descentralização, subsidiariedade e autonomia local: O protagonismo do município no Estado contemporâneo 4. O espaço local e a necessária (re)legitimação democrática; 5. Conclusão; 6. Referências.

## **1. Introdução**

Em que pese a democracia ser a forma de governo preponderante no Ocidente, uma das características que marca o Estado Moderno globalizado é o aumento da descrença no modelo de democracia representativa, evidenciado pelo distanciamento dos representantes políticos às necessidades de uma sociedade

---

<sup>1</sup> Doutorando na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2015) e Mestre em Direito das Autarquias Locais pela Universidade do Minho em Portugal (2015). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. E-mail: guilhermegiacobbo@gmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutor em Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003). Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999). Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: hermany@unisc.br

complexa, multicultural e que anseia pelo atendimento de diferentes demandas.

No mundo globalizado, orientado pelos valores do liberalismo econômico, o poder político atende primordialmente aos anseios das corporações de elevado poder econômico. A classe política tornou-se hierarquizada e de difícil permeabilidade para novas lideranças sociais. Os partidos políticos também se transformaram em estruturas obsoletas e descoladas dos anseios sociais, gerando um amplo desestímulo da população no que tange ao interesse por questões políticas, gerando uma letargia geral no processo de participação política e no controle social da gestão pública, ainda que tenha se observado uma profícua criação e aprimoramento dos instrumentos de controle social e transparência nas últimas duas décadas, especialmente no Brasil.

Portanto, o Estado contemporâneo, especialmente o Brasileiro, está diante do desafio de estabelecer controles à atividade política, (re)aproximando os cidadãos da democracia participativa, sob risco de esvaziamento das instituições e ruptura da ordem democrática, com a formação de grupos autoritários que buscam, através da força, resolver os diversos problemas cotidianos que o Estado tem negligenciado. O esvaziamento do espaço de deliberação coletiva e da crença nas instituições democráticas fomenta a criação de um mosaico de grupos sociais com interesses antagônicos e conflitantes entre si, cujo enfrentamento direto pode se tornar perigoso<sup>3</sup>.

O problema de pesquisa, portanto, reside na seguinte questão: é possível reaproximar a democracia dos cidadãos, incrementando a participação política em torno de um eixo comum e coletivo?

---

<sup>3</sup> No Brasil há uma escalada de conflitos nos últimos anos: grupos de perseguição aos imigrantes de regiões do norte e nordeste do Brasil ou a refugiados de países da África e América Central, além da intensificação dos conflitos entre seguidores de algumas religiões neopentecostais e católicas ultraortodoxas e grupos LGBT que reivindicam a equiparação de direitos. Esses conflitos se aprofundam diante da sensação de ausência do poder público ou descrença profunda ao sistema representativo político.

Nossa hipótese reside na ideia de que quanto maior o distanciamento entre o nível de decisão e a coletividade, menor será a participação política dos cidadãos. O objetivo geral do trabalho é demonstrar que, assim como a cidadania e a democracia têm gênese e se desenvolvem com as cidades, a exemplo da *Pólis* grega, só será possível qualificar a relação entre Estado e Sociedade por meio de uma descentralização política mais intensa, com a valorização da esfera local e a reaproximação entre as instâncias de poder e os cidadãos.

Desse modo, o primeiro ponto do trabalho faz um apanhado histórico da formação do conceito de cidadania e da participação política, bem como sua íntima relação com a vida nas cidades ao longo do tempo, abordando desde autores clássicos com Aristóteles e Rousseau, até autores contemporâneos com Jean-Willian Lapierre e Liszt Vieira, a fim de contextualizar a fundamentação dos direitos de participação política e delimitar a formação da cidadania no Estado contemporâneo.

Nesse sentido, o segundo ponto busca demonstrar que o aparato constitucional brasileiro privilegia o município enquanto ente federativo autônomo e formalmente dotado de competências próprias, bem como a descentralização federativa. No entanto, no plano prático, o Estado brasileiro se caracteriza sob o matiz de um federalismo centrípeto, concentrando recursos e apenas desconcentrando atividades para os entes institucionais menores, prejudicando o desenvolvimento de uma cidadania ativa no âmbito municipal. Esse paradigma, no entanto, pode ser transformado mediante a aplicação concreta do princípio da subsidiariedade, já largamente difundido nas constituições europeias e implícito na Constituição Federal, que preceitua que as decisões devem se dar sempre nas esferas mais próximas ao cidadão quanto seja possível.

O derradeiro ponto trata da valorização do espaço local enquanto instância privilegiada de reaproximação da sociedade com o processo de participação política, controle social e legitimação democrática. A participação ativa dos cidadãos na deliberação

política qualifica e legitima o processo decisório, atualmente restrito à observância dos requisitos formais do processo legislativo. Especialmente no que tange a deliberação de bens coletivos, elaboração de planos diretores, lei de diretrizes orçamentárias e planos plurianuais, é indispensável o controle e a gestão compartilhada entre poder público e sociedade, sob pena de cooptação dos interesses coletivos por grupos de interesses econômicos hegemônicos e não representativos dos anseios coletivos.

## **2. A legitimidade do poder político e a evolução da cidadania**

O conceito de cidadania é variável ao longo da história da humanidade e até hoje não há um conceito unívoco que encerre completamente o termo. Aristóteles referia que o cidadão é aquele que participa da vida política, seja pelo exercício de funções deliberativas ou judiciais. Já em uma democracia, cidadão é aquele que pode governar e ser governado, alternadamente. Aristóteles<sup>4</sup> refere que o conceito de cidadão pode variar segundo as diversas formas de governo, mas na melhor constituição ele é o homem que tem capacidade e vontade de ser governado e governar, vivendo uma vida de virtude.

Na Grécia antiga o Estado era representado pela cidade, ao passo que cada uma tinha sua própria constituição, seus costumes, sua vocação produtiva e um corpo de cidadãos que decidiam os rumos da política. Assim, a Cidade-Estado grega era uma sociedade estabelecida, com casas e famílias, para viver bem, isto é, para se levar uma vida perfeita, afinal “o homem que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita viver nela porque se basta a si mesmo, não faz parte da Cidade; por conseguinte, deve ser uma besta ou um deus<sup>5</sup>”.

---

<sup>4</sup> ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 57.



Para Aristóteles<sup>6</sup> todo Estado é uma sociedade, contendo nela a esperança de um bem, seu princípio fundacional, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem. Para o filósofo grego, a cidade é a forma mais elevada de comunidade e tem como objetivo o bem mais elevado. A cidade é uma pluralidade cuja unidade deverá existir em decorrência da educação dos cidadãos, não podendo atingir a plenitude se a maioria das suas partes, ou uma parte, não desfrute da felicidade. A finalidade do Estado, portanto, não se resume apenas a viver juntos, mas sim para bem viver juntos, e é por tal motivo que se fez o Estado.

Sendo a cidade o núcleo social cuja felicidade e o bem viver são os objetivos, o homem, como parte integrante, é um animal cívico, mais social do que os outros animais que vivem juntos. A natureza concedeu ao homem apenas o dom da palavra, que não deve ser confundido com os sons da voz. Com isto, conclui-se que a sociabilidade humana é um pressuposto de sua natureza, sua associação visa o bem geral e a felicidade em última instância<sup>7</sup>.

Ao abordar as diferentes formas de governo possíveis em uma Cidade-Estado, Aristóteles refere que uma democracia é uma forma de governo onde os homens nascidos livres constituem a maioria e exercem o poder soberano; de outro lado, se caracteriza como oligarquia aquela forma de governo onde os ricos e bem-nascidos constituem a minoria e exercem o poder soberano. Assim, é característica da democracia que todas as coisas sejam decididas por todos, sendo esse o tipo de igualdade que o povo deseja.

Rousseau<sup>8</sup>, ao discorrer sobre essa sociabilidade nata do homem e a fundamentação do contrato social, diz que foi a discordância dos interesses particulares que tornou necessária a fundação das sociedades e que a harmonia desses interesses a

---

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Porto Alegre: L&PM, 2002.

possibilitou. Foi necessário então, buscar uma forma de sociedade que defendesse e protegesse “com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes”<sup>9</sup>.

A pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras, tomava noutro tempo o nome de cidade, e hoje se chama república, ou corpo político, o qual é por seus membros chamado Estado quando é passivo, soberano se ativo, poder se o comparam a seus iguais. A respeito dos associados, tomam coletivamente o nome de povo, e chamam-se em particular cidadãos, como participantes da autoridade soberana, e vassallos, como submetidos às leis do Estado<sup>10</sup>.

Essa soberania referida por Rousseau<sup>11</sup> é o exercício da vontade geral, sendo inalienável, onde soberano é apenas um ser coletivo, apenas podendo ser representado por ele mesmo. O que se transmite é a titularidade do poder, mas não a vontade. Há, ainda, diferença entre a vontade de todos – vinculada ao interesse privado, mera soma de vontades particulares - e a vontade geral – que visa e considera apenas o bem comum.

Para Rousseau<sup>12</sup> o Governo - ou suprema administração - é um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o poder soberano para sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil quanto política, e se caracteriza pelo exercício legítimo do poder executivo. Em relação ao governo democrático Rousseau<sup>13</sup> ressalva que não há governo que esteja tão a mercê das guerras civis e das agitações internas quanto o democrático ou popular, porque “não há nenhum

---

<sup>9</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 72.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 82.

outro (governo) que tenda de maneira tão forte e contínua a mudar de forma, nem que exija mais vigilância e coragem para ser mantido”.

Diferentemente da visão aristotélica e de Rousseau acerca da sociabilidade humana, Lapierre<sup>14</sup> refere que a espécie humana *“solamente puede sobrevivir en grupos sociales. Los individuos humanos no nacen instintivamente aptos para vivir así; son capaces de deseos y de comportamientos contrarios a las exigencias de la vida social”*.

Lapierre<sup>15</sup> afirma que dizer que o homem está instintivamente inclinado a viver com seus semelhantes, com observância das regras do jogo inscritas no seu patrimônio genético ancestral é diferente de afirmar que o homem está destinado, por natureza (ou por uma divindade), a viver com seus semelhantes nas relações sociais conforme a ordem universal da razão e da justiça e com prudência. Não há como deduzir uma afirmação da outra. Um ser humano somente se converte em um sujeito sociável por meio de um processo de socialização e de educação que não reprime nem extirpa por completo os impulsos antissociais. A sociabilidade humana, portanto, é um processo convencional e educacional e não inerente ao ser humano por natureza,

Em relação à legitimidade do poder político Lapierre<sup>16</sup> considera a ação coletiva a gênese do vínculo social, o poder político estabelece as regras de convivência de uma sociedade. A fundamentação da sua existência, no entanto, difere de acordo com a época e o autor. Thomas Hobbes, na obra “O Leviatã”, considerava a segurança individual a razão da existência do poder político e da origem do contrato social, possivelmente em decorrência de sua própria experiência contemporânea em meio a guerra civil e a

---

<sup>14</sup> LAPIERRE, Jean-William. **Qué es ser ciudadano?** Edição Digital. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva S. L., 2014. p. 93.

<sup>15</sup> LAPIERRE, Jean-William. **Qué es ser ciudadano?** Edição Digital. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva S. L., 2014. p. 93.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 144-145.

revolução na Inglaterra. Mas, qual será a ação coletiva que dará um sentido às leis e ao poder político no século XXI?

A pós-modernidade é um sintoma da crise de sentido nas sociedades contemporâneas, cuja manifestação se dá pela incerteza diante das formas de ação coletiva e de organização política que poderiam continuar justificando razoavelmente as regras do jogo/contrato social. Há tentativas de oferecer uma resposta: a lógica do neoliberalismo, sob o comando dos EUA, se funda na realização do crescimento econômico mundial através do livre comércio<sup>17</sup>.

Lapierre no entanto, discorda dessa premissa. Para ele, para que se torne possível a obediência às leis, sem que haja coação, não é suficiente que elas tenham um sentido para um ser humano racional, pois carece, todavia, que a autoridade de poder que as estabelece, as aplica e as sanciona, seja legítimo. O fundamento da legitimidade política seria, portanto, baseada em um mito.<sup>18</sup>

Esse mito fez com que se abandonasse o método racionalista, que se orientava desde então a uma definição mais precisa e mais moderna: a arte política é o regramento das relações sociais, nas quais se confrontam diversas e antagônicas tendências, de tal forma que os cidadãos possam continuar vivendo juntos e pacificamente em uma mesma cidade. Esse mito fez com que se compreendesse que os homens não são deuses e que não podem, por conseguinte, estabelecer uma ordem social perfeita e instituições políticas definitivas e universais, como pretendem realizar os tiranos<sup>19</sup>.

O estado de natureza referido por Rousseau está mais próximo à descrição de Hobbes que a de John Locke. Para ele, os homens seriam movidos pelo “instinto”, por um “impulso físico” e gozavam de um “direito de apetite” sem limites; sua vida é semelhante a de uma “besta estúpida e obtusa”. O que os torna

---

<sup>17</sup> Ibidem, p. 171-172.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 174-175.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 232-235.

homens, dignos desse nome, é sua entrada ao estado de sociabilidade, do contrato social. Na obra desses três filósofos, está claro que o relato da passagem do estado de natureza ao estado social – por meio do contrato social – não é uma conclusão racional, de dedução lógica, mas uma criação imaginária, fora de todo vínculo e de todo tempo determinado: funda-se em um mito<sup>20</sup>.

No entanto, afirmar que a fundamentação de legitimidade do poder político é sempre mítica, baseado em lendas e que advém do imaginário social, não implica, de modo algum, que todos os mitos sejam equivalentes do ponto de vista moral. O que a moral exige da política é que os poderes instituídos que legislam, governam e julgam sejam eficazmente justos<sup>21</sup>.

Em relação a cidadania, pode-se afirmar que o liberalismo contribuiu significativamente para a formação da ideia de uma cidadania universal, evidenciada pelo dogma de que “todas as pessoas nascem livres e iguais”. Entretanto, o ideal liberal reduziu a cidadania a um mero status legal, estabelecendo os direitos que os indivíduos possuem contra o Estado (liberdade negativa). Para o liberalismo a cooperação na sociedade tem o objetivo único de prosperidade individual, não reconhecendo a ideia de consciência pública, atividade cívica e tampouco de participação política em uma comunidade de iguais<sup>22</sup>. Assim, o “indivíduo tornou-se o pilar do liberalismo e do contratualismo, concepções que alicerçam as democracias representativas modernas<sup>23</sup>”.

A crise de legitimidade do Estado contemporâneo revela, em última instância, a crise da democracia representativa parlamentar clássica evidenciada pelo fato de que os cidadãos não se reconhecem mais nas instituições oficiais, cujo dogma do positivismo legal e

---

<sup>20</sup> Ibidem, p. 263-265.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 275-277.

<sup>22</sup> VIEIRA, Liszt. **Os Argonautas da Cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 71.

<sup>23</sup>SCHMIDT, João Pedro. **Universidades Comunitárias e Terceiro Setor**: Fundamentos comunitaristas da cooperação em políticas públicas. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2017. p. 15.

monismo jurídico se revelam absolutamente insuficientes para dar conta das demandas sociais e da resolução dos conflitos de uma sociedade plural, multicultural e segmentada por classes sociais. Vieira<sup>24</sup> refere que na América Latina, em especial, a democracia vive um momento de incerteza frente às tentações de retorno autoritário diante das profundas mudanças institucionais necessárias ao seu aprofundamento.

Na modernidade, a praça perdeu a condição de elemento central da experiência societária e o povo deixou de existir na dimensão de ágora, sendo substituído pela maioria eleitoral do sistema representativo. Os bens públicos (no sentido de coletivos) são centralizados no Estado, a fonte do direito são as leis representativas do Parlamento e a república – antes *res populi* – agora é simplesmente forma de governo. Este modelo entrou em crise com a magnitude dos conflitos coletivos, para os quais ele não tem solução, fazendo ressurgir, então, a velha feição do município romano.<sup>25</sup>

Vieira<sup>26</sup> aponta a cidadania republicana como contraponto à cidadania liberal, cuja vantagem está em enaltecer a importância da participação política e conferir papel central à inserção do indivíduo em uma comunidade política. No entanto, conceber uma comunidade política de forma compatível com a democracia moderna e o pluralismo envolve uma profunda reforma democrática do Estado. Essa reforma deve englobar, necessariamente, a existência de canais permanentes de negociação junto aos diversos órgãos estatais como ferramenta de institucionalização da participação da cidadania nas decisões governamentais, a exemplo de países que já contam com a

---

<sup>24</sup> VIEIRA, Liszt. **Os Argonautas da Cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 85.

<sup>25</sup> PILATI, José Isaac. Exercício e tutela dos direitos: proposta à construção do processo coletivo pós-moderno. **Liinc em Revista**, v. 7, n. 2, 2011, p. 707-708.

<sup>26</sup> VIEIRA, Liszt. **Os Argonautas da Cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

participação de representantes do governo e sociedade civil em conselhos para a elaboração de políticas públicas, bem como o funcionamento de câmaras setoriais de negociação, orçamento participativo no plano local, de modo a envolver sempre os atores interessados e autoridades governamentais.

Há que se enfatizar que no modelo de democracia representativa os partidos políticos se voltam para a conquista e preservação do poder, revelando uma “crescente profissionalização da política e comercialização de campanhas eleitorais”, fato que aprofunda o distanciamento entre representantes e representados. Frente a esse panorama, “são as associações, organizações e movimentos da sociedade civil que irrigam com suas reivindicações a esfera pública, contrapondo-se ao poder da mídia, do governo e do mercado”<sup>27</sup>.

Assim, o modelo de cidadania configurado pela democracia representativa formal, não contempla a integralidade das múltiplas e complexas demandas sociais da sociedade contemporânea. Seja em decorrência da crise de representatividade das instituições estatais, seja pela falta de legitimidade das ações estatais no âmbito das políticas públicas levadas a cabo por seus órgãos, há um déficit de legitimação das decisões públicas, cujo único pressuposto de validade, atualmente, é a observância dos requisitos formais do processo legislativo.

[...] a ideia de constituir a cidade contemporânea implica reconhecer que seu núcleo fundamental é a cidadania, enquanto o sujeito coletivo do social, e não meramente o cidadão, categoria individual liberal-burguesa; eis que tratar da cidade a partir da cidadania, ao menos pra nós, significa contar com a cidade como um resultado de um processo permanente de construção de

---

<sup>27</sup> VIEIRA, Liszt. **Os Argonautas da Cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 85.

momentos e de instâncias de civilização voltadas para todos os cidadãos e suas representações – reais e simbólicas.<sup>28</sup>

A realidade brasileira revela que as esferas institucionais federais e estaduais pouco têm conseguido avançar nas tarefas constitucionais e sociais, seja em decorrência dessa crise de identidade e legitimidade, seja pelo fato de terem se transformado em “megaorganismos pouco funcionais” dotadas de uma tecnoburocracia instrumental que atende apenas os interesses das elites econômicas e respectivos projetos corporativos. Desse modo, resta como alternativa o espaço da cidade, enquanto lócus de resistência e civilidade racional passível de congregar uma gestão operativa mais eficaz, com maior possibilidade de controle social imediato e de participação social. Afinal é na cidade que se criam os laços identitários e onde se verifica um senso de pertencimento mais evidente a um “núcleo orgânico de sujeitos políticos”, mesmo daqueles sujeitos excluídos<sup>29</sup>.

A relevância da cidade e do poder local como espaço público passível de aprofundamento da cidadania e da participação democrática impinge a análise dos elementos constitucionais fáticos que podem fornecer o substrato ideal para uma valorização da autonomia local e uma (re)qualificação do município enquanto ente corresponsável pela concretização dos princípios constitucionais. Para superar o caráter ainda centrípeto da federação brasileira, bem como a alta concentração de recursos por parte da União, tratar-se-á, no ponto seguinte, da descentralização e do princípio da subsidiariedade enquanto pressupostos indissociáveis para a concretização de uma cidadania participativa a partir da esfera local, com repartição de competência sob a perspectiva vertical – das

---

<sup>28</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico**: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 65-66.

<sup>29</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico**: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 69-70.



instâncias maiores para as menores, e horizontal – entre poder público local e sociedade.

### **3. Descentralização, subsidiariedade e autonomia local: o protagonismo do município no Estado contemporâneo**

Há uma tendência contemporânea de descentralização do poder e de valorização da autonomia local, paradoxalmente ao momento de ápice do processo de globalização econômica, social, cultural e financeira e de transnacionalização de mercados. Assim, *“independientemente de la forma del Estado que se haya adoptado históricamente, puede decirse que en el mundo occidental democrático, el Estado contemporáneo es un Estado descentralizado o en vías de descentralización”*<sup>30</sup>. Isto fica evidente com a edição de documentos internacionais estratégicos que versam sobre o assunto, como a Carta Europeia de Autonomia Local, e a inserção explícita do princípio da subsidiariedade tanto em sede do Tratado da União Europeia (Tratado de *Maastricht*) quanto em diversas constituições europeias como a italiana, alemã, espanhola e portuguesa.

No Brasil, ainda que a subsidiariedade não figure explicitamente no texto constitucional, a opção pelo federalismo trino, dotando o município de competências próprias, capacidade de edição de sua lei orgânica e plano diretor, bem com a assunção de diversas tarefas constitucionais em nível local, confirmam a opção do constituinte de adotar um sistema federativo descentralizado. Se há um contexto político que enseja o enfrentamento da grave crise de legitimidade que o Estado contemporâneo atravessa, especialmente no Brasil, com risco de esfacelamento das instituições estatais, há a necessidade de superar o caráter centrípeto da

---

<sup>30</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R. **La descentralización del poder en el estado democrático contemporáneo**. Córdoba, 2003. p. 08.

federação por um sistema mais descentralizado, autônomo e democrático.

A profunda centralização do poder político e econômico que caracterizava a forma de organização da sociedade brasileira acarretava um distanciamento entre as necessidades locais e o conteúdo do desenvolvimento econômico e social. Hoje, grande parte das ações que dizem respeito às necessidades do cotidiano das cidades, como a construção e gestão das escolas, a organização de redes de comércio, manutenção e criação de infraestruturas locais, a preservação do meio ambiente, gestão e planejamento urbanístico, pode ser resolvida em âmbito local, sem necessidade de intervenção das instâncias centrais de governo, exceto pela dependência financeira do ente local<sup>31</sup>.

Esse contexto favorável de valorização do espaço local deve ser vislumbrado como “parte de um processo de reconstrução da esfera pública, orientado para a democratização da gestão de políticas públicas no país, o qual tem na descentralização um de seus componentes centrais” e que, por isso, os governos locais “têm contribuído para a formatação de novos arranjos institucionais e processos de gestão em que se rompem alguns dos elementos críticos que caracterizavam as políticas sociais até os anos de 1980”<sup>32</sup>.

No entanto, essa descentralização não pode ser pensada e executada como simples transferência de atribuições, desvelando mera desconcentração administrativa – ou prefeiturização – mas, sobretudo, implica em redistribuição de competências e de poder político. A ideia de democratização do espaço público exige, sobretudo, superar também a mera descentralização de competências, a garantia de eleições periódicas e o estabelecimento de regras institucionais que garantam a independência de poderes.

---

<sup>31</sup> DOWBOR, Ladislau. **O que é poder local**. Ebook. Imperatriz: Ética, 2016. p. 26.

<sup>32</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, 2001, p. 132.

A democracia, em sua plenitude, “es mucho más que la sola elección popular de los gobernantes, que siempre tiene que ser mediante elecciones periódicas, libres y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión popular”<sup>33</sup>.

Descentralizar significa realocar o poder, a autoridade e a responsabilidade por sistemas políticos, fiscais e administrativos, que vão do centro à periferia do Estado. As definições mais comuns de descentralização distinguem suas variáveis de acordo com o grau de autonomia das instâncias menores. Essa descentralização (*lato senso*) - pode se dar, de um lado, onde o centro decisório mantém um forte controle, com poder limitado e discricionário em relação aos níveis mais baixos (desconcentração administrativa), até a progressiva diminuição do controle central com aumento da discricionariedade local, do outro lado (devolução, ou descentralização *stricto senso*). A devolução, ou descentralização *stricto senso*, está associada a uma governança mais democrática<sup>34</sup>.

*In general, democratic local governance offers both a greater range of decisions and more autonomous decision space within that range to local government actors. However, the specific contours of that democratic space will be strongly influenced by how authority is distributed at the local level*<sup>35</sup>.

A descentralização, portanto, abrange mais do que a capacitação plena da gestão local – representada pelo poder público municipal, no Brasil - devendo abranger o alargamento da “base do sistema de tomada de decisão e aproximar a função pública dos

---

<sup>33</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R. **La descentralización del poder en el estado democrático contemporáneo**. Córdoba, 2003. p. 2.

<sup>34</sup> BRINKERHOFF, D. W.; AZFAR, O. **Decentralization and Community Empowerment: Does community empowerment deepen democracy and improve service delivery?** 2006, p. 2.

<sup>35</sup> Em geral, um governo local democrático oferece uma maior variedade de decisões e um espaço de decisão mais autônomo nesse contexto para os atores do espaço local. No entanto, os contornos específicos desse espaço democrático serão fortemente influenciados pela forma como a autoridade é distribuída no nível local (Tradução livre). Ibidem, p. 3.

cidadãos, uma vez que não se constitui na simples transferência de competências, mas supõe, também, a distribuição do poder decisório entre o governo municipal e a sociedade<sup>36</sup>, ou seja, a descentralização, sob a perspectiva subsidiária, deve implicar, em uma dimensão vertical, a transferência de poder dos entes estatais maiores para os menores, e, em uma perspectiva horizontal, a ampliação da esfera de decisão no âmbito local, inserindo a sociedade como corresponsável pela gestão pública.

A descentralização territorial, tal qual a subsidiariedade, pressupõe que quanto maior for o grau de proximidade entre o cargo público responsável pela decisão e o cidadão, mais fácil será o acesso deste ao primeiro, favorecendo a participação no processo de tomada de decisões. Nos estados descentralizados há mais incentivos para participar na base do sistema, o que facilita a aparição dos movimentos de caráter territorial. Ao contrário, nos estados fortemente centralizados e com capacidade de impor decisões políticas, os atores coletivos devem recorrer ao topo do sistema político para serem ouvidos, o que dificulta sua participação<sup>37</sup>.

Nesse contexto, é essencial compreender a ideia de subsidiariedade e sua importância enquanto princípio (re)ordenador de competências. A subsidiariedade surge nos excertos da doutrina social da Igreja Católica e refletia a preocupação do Vaticano no tocante à desorganização social e da assunção, por parte do Poder estatal, de uma demanda crescente de responsabilidades, que ameaçava sua administração em virtude da ineficiência, no período marcado pela transição ao modelo do Estado de Bem-Estar Social. A ideia de subsidiariedade figura na Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, mas é afirmada mais

---

<sup>36</sup> ALMEIDA, Lindijane de Souza Bento. Gestão Pública e Democracia: Os Conselhos Gestores de Saúde da Região Metropolitana de Natal-RN. Brasília, Secretaria Geral da Presidência da República, **Revista Democracia e Participação**, v. 1, n. 1. p. 44-72, 2014. p. 59.

<sup>37</sup> PEREA, Eva Anduiza; BOSCH, Agustí. **Comportamiento político y electoral**. 2. Barcelona: Ariel, 2004. p. 55.

contundentemente na Encíclica de Pio XI *Quadragesimo Anno*<sup>38</sup> de 1931, que a eleva a “solene princípio da Filosofia Social<sup>39</sup>”. Em sua edição de número 79, a encíclica faz referência expressa à ideia de que as comunidades maiores possuem o dever de ajudar e apoiar as comunidades menores, além da valorização dos indivíduos que integram esses espaços menores<sup>40</sup>.

A subsidiariedade, além de refutar a exclusividade da administração central no atendimento do interesse público, propicia o envolvimento dos cidadãos e reforça a ideia de democracia participativa. Pode-se dizer que a subsidiariedade se funda na ideia de que “não deve se transferir a uma sociedade maior, aquilo que pode ser realizado por uma sociedade menor”. Deste modo, a comunidade maior só deverá “actuar quando, e na medida em que, havendo necessidade de tal intervenção, esta se revele mais eficaz do que a actuação da comunidade menor”, portanto, somente nessas situações “os grupos superiores só deverão executar aquelas tarefas que não possam ser eficientemente executadas pelos grupos inferiores<sup>41</sup>”.

Subsidiariedade e descentralização são institutos naturalmente inter-relacionados, visto que dão preferência às manifestações de poder das instâncias menores. A descentralização

---

<sup>38</sup> “Deixe, pois, a autoridade pública ao cuidado de associações inferiores aqueles negócios de menor importância, que a absorveriam demasiado; poderá então desempenhar mais livre, enérgica e eficazmente o que só a ela compete, porque só ela o pode fazer: dirigir, vigiar, urgir e reprimir, conforme os casos e a necessidade requeiram. Persuadam-se todos os que governam: quanto mais perfeita ordem jerárquica (sic) reinar entre as várias agremiações, segundo este princípio da função «supletiva» dos poderes públicos, tanto maior influência e autoridade terão estes, tanto mais feliz e lisonjeiro será o estado da nação”. PAPA PIO XI. **Encíclica Quadragesimo-Anno**. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_pxi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html)> Acesso em: 28 jun. 2017.

<sup>39</sup> QUADROS, Fausto de. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Européia**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 14.

<sup>40</sup> O Papa João Paulo II reconheceu, na Encíclica *Centesimus Annus*, de forma expressa, no seu número 48, a expressão ‘princípio da subsidiariedade’ QUADROS, Fausto de. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Européia**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 15.

<sup>41</sup> VILHENA, Maria do Rosário. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário**. Coimbra: Almedina, 2002. p.30.

consubstancia-se como pressuposto indissociável da subsidiariedade, cuja única exceção ocorre nos casos em que se outorga a titularidade da decisão à esfera superior por motivos de economia e de eficiência político-administrativa. Com relação à dualidade da subsidiariedade e descentralização deve-se atentar que:

Se a descentralização implicar, contudo, a manutenção de relações de supremacia entre entidades superiores e inferiores tais que não haja efectiva autonomia, como antes se frisou, então a subsidiariedade deixará de fazer sentido na medida em que sempre a entidade de grau superior poderá intervir no exercício dos poderes da entidade de grau inferior, anulando a relação de subsidiariedade em favor da relação de tutela<sup>42</sup>.

No Brasil, ainda que a subsidiariedade não conste expressamente na Constituição Federal, seu conteúdo pode ser deduzido da leitura combinada dos artigos primeiro<sup>43</sup>, 18 e 34, inciso VII<sup>44</sup>, alínea “C”<sup>45</sup>. Essa leitura implícita da subsidiariedade na ordem constitucional é claramente alinhada ao modelo federal adotado, levando em consideração que a organização descentralizada de um Estado federal figura como lócus propício à aplicação do princípio. A organização federal de um Estado fornece uma base organizacional adequada para o desenvolvimento do conteúdo e extensão do princípio da subsidiariedade. A própria capacidade de auto-organização do município, como a possibilidade

---

<sup>42</sup> MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra editora, 2003. p. 445.

<sup>43</sup> Constituição Federal, Art. 1º: [...] estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal.

<sup>44</sup> Constituição Federal, Art. 34, inciso “VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] c) autonomia municipal”.

<sup>45</sup> [...] a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

de elaboração de Lei Orgânica, é apontada como confirmação desse princípio:

Incluirá a lei orgânica de qualquer dos Municípios brasileiros regras para cooperação com associações para planejamento municipal<sup>46</sup>. Tem-se aqui a confirmação do princípio da subsidiariedade, uma vez que a proximidade da unidade menor não tem como deixar de fora a palavra e o pensamento dos que nela habitam<sup>47</sup>.

A subsidiariedade, portanto, fornece elementos para o empoderamento social e a soberania do indivíduo, de modo que aproxima as decisões do cidadão, estimula sua participação política e propicia o estabelecimento de diálogos pluralistas. A aplicação da subsidiariedade, em sua dimensão horizontal, reforça o papel das comunidades menores e do cidadão, ao passo que sua dimensão vertical assegura um campo delimitado para a atuação do Estado central, na medida em que só prevê sua atuação para garantia do necessário para a garantia dos avanços sociais e quando o poder local não puder, por seus próprios recursos e capacidades, atuar eficientemente.

A dimensão horizontal da subsidiariedade remete à verificação das hipóteses de atribuição de sentido a conceitos como o da democracia administrativa, enquanto espécie de manifestação do princípio democrático participativo. A manifestação do princípio democrático, sob este prisma, concebe a intercomunicação dos arranjos institucionais locais com a sociedade, sem superação, entretanto, do papel a ser exercido pelas instituições públicas

---

<sup>46</sup> STRECK, Lênio Luiz; CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira (Ed.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 785.

<sup>47</sup> O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), baseado nesse preceito, determina que o Plano Diretor dos municípios seja discutido e aprovado pelos poderes executivo e legislativos municipal mediante realização de audiências públicas e participação de associações representativas dos diversos segmentos sociais.

municipais, possibilitando uma articulação entre estratégias representativas e participativas.

Ao estabelecer que os poderes devam ser exercidos e praticados pelas autoridades mais próximas dos cidadãos e que “só assim não deverá ser quando a amplitude e a natureza da tarefa a desempenhar, bem como exigências de eficácia e economia justifiquem a atribuição do poder a outra entidade menos próxima dos cidadãos<sup>48</sup>”, o princípio da subsidiariedade vai ao encontro da tarefa de descentralização que se impõe à federação brasileira.

*Un poder descentralizado es aquél en el que algunas decisiones políticas, en terrenos bien determinados, son tomadas por las autoridades locales o regionales que son las responsables [...] En una federación, los países o pueblos federados delegan algunos poderes soberanos a las autoridades federales, pero conservan las competencias exclusivas en algunos terrenos en los que ellos deciden soberanamente<sup>49</sup>.*

Assim, garante-se um governo local autônomo, com margem para decidir e governar de acordo com o interesse local, podendo, com base no princípio da subsidiariedade, efetuar a descentralização em dimensão horizontal, propiciando a ampliação da democracia administrativa e fomentando a concretização de uma gestão autônoma com base participativa e compartilhada. Entretanto, para que essa autonomia seja plena, a descentralização deve perpassar o espectro político, administrativo e financeiro, considerando que a grande dificuldade de atuação do poder local está na sua dependência financeira do poder central e no aspecto centrípeto da repartição constitucional de receitas tributárias. Não há como conceber o poder local descentralizado e democrático-participativo sem autonomia financeira.

---

<sup>48</sup> MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra editora, 2003. p. 445.

<sup>49</sup> LAPIERRE, Jean-William. **Qué es ser ciudadano?** Edición Digital. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva S. L., 2014.p. 633.



O esforço pela articulação da subsidiariedade, enquanto estratégia de reordenamento de competência e qualificação do relacionamento entre cidadãos e poder público tendem a contribuir com a valorização do espaço local e a concretização de sua autonomia, inclusive na alocação de recursos compatíveis com as demandas criadas pelo acréscimo de atribuições. A democratização das decisões públicas possibilita o incremento do controle social da gestão pública, desenvolvendo um ambiente mais resistente às pretensões das oligarquias regionais.

Considerando-se que as críticas ao sistema representativo fazem voltar os olhares a novas estratégias democráticas, a democracia administrativa engendrada no espaço local mediante uma superveniente aplicação concreta do princípio da subsidiariedade, se constitui numa modalidade de participação social em que se poderia verificar a conciliação entre os espaços representativos e participativos e que, ao mesmo tempo em que é vertente da democracia participativa, se afasta de radicalismos decorrentes de ideologias utópicas. A mera participação da sociedade não tem o condão de legitimação das políticas públicas municipais por si só, não há como desconsiderar as vicissitudes que influem na formação da opinião pública.

No derradeiro ponto tratar-se-á da importância do espaço local para a gênese de uma urgente e necessária legitimação democrática para além do mero cumprimento dos requisitos legislativos formais, na formação da decisão pública. Tal qual a cidadania e a democracia tiveram origem na *Polis* grega, entende-se que o Estado contemporâneo, de modo especial o Brasil, só conseguirá superar a crise da democracia representativa e o individualismo crônico mediante alternativas democráticas que reaproximem os cidadãos do controle e da decisão dos assuntos públicos, de modo a resgatar o senso comunitário e a re-apropriação e defesa dos direitos e demandas de interesse coletivo. Para tal, o resgate da esfera pública e do espaço público de deliberação é

indispensável para a formação de um senso de cidadania corresponsável com a gestão local.

#### 4. O espaço local e a necessária (re)legitimação democrática

Bobbio<sup>50</sup> refere que a democracia pode ser entendida como a contraposição a todas as formas de governo autocrático, uma forma de governo cujas características englobariam um conjunto de regras fundamentais que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. Assim, para que uma decisão possa ser tomada por indivíduos – sejam eles apenas um, poucos, muitos ou todos – e seja aceita como decisão coletiva, seria preciso que ela fosse tomada com base em regras – escritas ou consuetudinárias – que estabeleçam quais os indivíduos estão autorizados a tomar as decisões vinculativas para todos os membros do grupo e à base de quais procedimentos<sup>51</sup>.

Bobbio ainda refere como indispensável uma terceira condição: “é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra<sup>52</sup>”. Desse modo, para a concretização dessa condição, é necessário que sejam garantidos aos que são chamados a decidir, os direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação e demais. A crise da democracia representativa e de legitimidade institucional evidencia a falta de alternativas reais, por parte dos cidadãos, fato que só pode ser superado pela reativação do espaço público de participação e pela instituição de uma nova lógica de gestão pública, voltado ao espaço local e com alargamento da base de tomada de decisão.

---

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 21.

Há de se referir que mesmo com a crise do modelo do *Welfare State* o Estado contemporâneo tem se assumido novas funções institucionais, entre as quais a indução e a regulação do desenvolvimento por meio de estratégias inovadoras e democráticas, partilhando parte de suas responsabilidades com a sociedade. Esse novo formato institucional de atuação leva o Estado a instaurar uma nova relação com a sociedade civil, baseada, fundamentalmente, nos direitos de participação política e no desenvolvimento de instrumentos que possibilitem o exercício efetivo dessa participação<sup>53</sup>.

No Brasil vige ainda um modelo liberal obtuso, consubstanciado na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional e cuja estratégia reside na estadualização do coletivo, na democracia indireta, no governo representativo e no voluntarismo estatal, caracterizando uma estrutura jurídica destinada à apropriação privada dos recursos naturais e do patrimônio coletivo. Paralelamente a esse velho direito, de cunho civilista e privatístico, consta também na Constituição as linhas gerais de um novo Brasil, que embora dotado de instrumentos e garantias constitucionais, resiste em avançar e se desenvolver, preso sob a influência da força do velho modelo, ainda profundamente encravado na cultura dos brasileiros. É precisamente esse novo Direito que representa “a República Participativa, em que o povo constitucional<sup>54</sup> tem um grande papel a desempenhar, no resgate do coletivo e do efetivo controle social<sup>55</sup>”.

---

<sup>53</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>54</sup> Pilati utiliza a expressão “povo constitucional”, cuja formulação é de Paulo Bonavides, referindo-se à importância do povo brasileiro na República Participativa, como protagonista da positivação do direito coletivo mediante o exercício dos instrumentos diretos de participação assegurados pela Constituição de 1988. PILATI, José Isaac. **Planejamento urbano: o povo constitucional e a tarefa teórica de resgate do coletivo**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 28, n. 54, 2007. p. 107.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 118.

Com a República Participativa, os direitos fundamentais desabrocham em normas de procedimento; ao lado do arbítrio individual da propriedade comum, os procedimentos das propriedades especiais e da função social; ao lado do processo administrativo autocrático, o participativo; ao lado do processo judicial tradicional, também os procedimentos de democratização da jurisdição<sup>56</sup>.

O direito de participação, portanto, é condição indispensável para que se proclamem normas entre os grupos, pois, do contrário, serão manifestações autoritárias de um líder que se opõe ao exercício democrático da maioria de decidir seu destino, visto que toda inserção social é uma condição de cidadania, já que o homem é um animal político,<sup>57</sup>a qual constitui uma ação da sociedade civil na ingerência de assuntos que estão na esfera pública, e que afetam diretamente as comunidades.

É por meio da participação política que as pessoas inseridas nas comunidades e as comunidades inseridas na sociedade mostram o seu comprometimento em prol da organização social e econômica, atuando e participando das decisões que afetam a coletividade, dentre temas que perpassam a segurança pública, os direitos pessoais e coletivos, a justiça social, o desenvolvimento econômico e demais assuntos comuns, de acordo com as tradições culturais de cada sociedade<sup>58</sup>.

Contudo, a realização da cidadania implica a reativação da esfera pública, onde os indivíduos podem agir coletivamente e se debruçar sobre deliberações comuns acerca da integralidade dos temas referentes à comunidade política. A prática da cidadania contribui para a formação da identidade política calcada em valores de solidariedade, autonomia e reconhecimento da diferença. A

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 714.

<sup>57</sup> ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p.70.

<sup>58</sup> GORCZEWSKI, Clóvis. A participação política como exigência intrínseca para o reconhecimento da cidadania. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Coord.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. p. 3019.

cidadania participativa é essencial para a promoção de uma ação política efetiva, crucial para a expansão da opinião política e falseamento de nossos julgamentos<sup>59</sup>.

Desse modo, a esfera pública figura como elemento essencial para a legitimação democrática, se encontrando inserida entre o Estado e a sociedade. Ela se consubstancia, ou ao menos deveria, como o espaço de comunicação de ideias e projetos que emanam da sociedade e são voltadas ao centro decisório das instituições estatais. A esfera pública se revela como um componente essencial da organização sociopolítica por ser justamente o espaço onde as pessoas reúnem-se como cidadãos, expressando e articulando sua visão autônoma com a finalidade de influenciar as instituições políticas da sociedade. A sociedade civil é a expressão organizada dessas visões e a relação entre ela e o Estado é a base da democracia. Sem a presença efetiva de uma sociedade civil capaz de estruturar e canalizar o debate cidadão sobre diversas ideias e interesses conflitantes, o Estado se afasta de seus objetivos<sup>60</sup>.

A esfera pública só pode desenvolver todo seu conteúdo e extensão, como espaço de deliberação entre cidadãos e centro de debates entre a sociedade e poder público, no âmbito local. Bobbio<sup>61</sup> refere que o ideal do governo local tem inspiração no princípio segundo o qual “o poder é tanto mais visível quanto mais próximo está” e que essa visibilidade “não depende apenas da apresentação em público de quem está investido do poder, mas também da proximidade espacial entre o governante e o governado”.

O caráter público do governo de um município é mais direto, e é mais direto exatamente porque é maior a visibilidade dos

---

<sup>59</sup> VIEIRA, Liszt. **Os Argonautas da Cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 72-73.

<sup>60</sup> CASTELLS, Manuel. The new public sphere: Global civil society, communication networks, and global governance. In: **The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science**, v. 616, n. 1, p. 78-93, 2008.

<sup>61</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 95.

administradores e das suas decisões. Ou, pelo menos, um dos argumentos de que sempre se serviram os defensores do governo local – o argumento da restrição e multiplicação dos centros de poder – foi a maior possibilidade oferecida ao cidadão de colocar os próprios olhos nos negócios que lhe dizem respeito e de deixar o mínimo espaço ao poder invisível<sup>62</sup>.

Cabe ressaltar que os plebiscitos, referendos, consultas populares adquirem, no plano local, a qualidade de instrumento de exercício de direito, diversamente do que se apresentam os mesmos instrumentos no âmbito da política nacional. Na esfera municipal e nas discussões do plano diretor o plebiscito e o referendo não se consubstanciam para averiguar a voz de uma maioria, mas, atuam como complemento de um processo participativo democrático nas questões locais concretas. Na esfera local, esses instrumentos participativos não sofrem das restrições da lei n. 9.709/1998<sup>63</sup>, por se tratar da “soberania popular dos munícipes, em competência estrita, e não de questões do âmbito representativo nacional<sup>64</sup>”.

Tal qual a ágora grega era o espaço de deliberação dos cidadãos sobre os assuntos da *Polis* e as Cidades-estados gregas foram o lócus da emergência do conceito de cidadania e participação política que se conhece hoje, o município romano também remonta contribuição importante para a compreensão da participação política: a autonomia local converge para o espaço de deliberação pública ideal, onde o poder central deve limitar-se às funções de regulação, segurança e tutela. Para que se desenvolva uma cidadania responsiva, é indispensável à reaproximação dos centros de poder ao espaço local.

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>63</sup> A lei 9.709/1998 regulamenta os incisos I, II e III da Constituição Federal, referente ao plebiscito, referendo e iniciativa popular, respectivamente.

<sup>64</sup> PILATI, José Isaac. Exercício e tutela dos direitos: proposta à construção do processo coletivo pós-moderno. *Liinc em Revista*, v. 7, n. 2, p. 701-719, 2011. p. 715

Havia uma cidadania municipal, na qual Roma não intervinha, na paz. Essa é a dimensão que renasce, hodiernamente, com a República Participativa e o Plano Diretor do Município, na crise. A lição da experiência romana ao constitucionalismo brasileiro, portanto, **é de que não há participação sem autonomia local**. Mas, a comunidade local e suas autoridades não podem extrapolar o âmbito de sua esfera federativa; e as autoridades federativas devem integrar a deliberação coletiva municipal<sup>65</sup>.

É necessário, portanto, que se repense a democracia a partir do espaço local, cujas decisões públicas estão mais aptas a ser legitimadas pela deliberação coletiva e não apenas pelo cumprimento das formalidades do processo legislativo oficial. O plano diretor, a Lei Orgânica municipal, as leis orçamentárias anuais, os planos plurianuais, são exemplos de atos legislativos que contemplam a obrigatoriedade da participação coletiva. No entanto, como já foi ressaltado, é necessário que haja alternativas reais para se decidir, e, para tanto, a autonomia municipal – incluindo principalmente sua autonomia financeira – é pressuposto indispensável para que se possibilite o incremento gradual de um espaço público permeado pela coletividade e apto a fomentar uma gestão pública compartilhada. É na cidade, e não nos Estados ou na União, que se pode conceber uma mudança de paradigma para a crise de legitimidade das instituições democráticas.

Considerando que grande parte dos instrumentos participativos já foram consagrados na Constituição Federal e em outros notáveis diplomas legais como o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e a lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), o esforço pela articulação da esfera pública local perpassa a concretização do princípio da subsidiariedade e da descentralização, garantindo a autonomia local sob os vieses político, administrativos e, sobretudo, financeiros. Só através de uma readequação do pacto federativo, e uma mudança de olhar

---

<sup>65</sup> Ibidem, p. 707.

institucional, que priorize a base decisional ao invés do centro de poder, é que será possível estimular e propiciar condições à apropriação coletiva dos assuntos públicos, aliado a uma cidadania responsiva com vistas à construção conjunta e à legitimação da decisão pública de âmbito local.

## 5. Conclusão

O problema de pesquisa do trabalho questionava a possibilidade de reaproximação dos cidadãos à participação política, com vistas à qualificação democrática e em torno de um eixo comum e coletivo, de modo a (re)legitimar a decisão pública, hoje adstrita somente ao atendimento dos requisitos formais do processo legislativo oficial. A hipótese apontava para a direção de que quanto maior o distanciamento entre o nível de decisão e a coletividade, menor seria a possibilidade de participação política dos cidadãos.

Desse modo, após realizar uma abordagem breve sobre o conceito da cidadania e a fundamentação da legitimidade do poder político ao longo do tempo, sob o olhar de autores clássicos e contemporâneos, chega-se ao fato de que foi com a democracia representativa oriunda do modelo econômico liberal, pautada por interesses individuais e com a formação de uma classe política mais orientada por interesses hegemônicos do que pelas reivindicações de uma sociedade complexa e multicultural, que se verificou um afastamento dos cidadãos do espaço público de participação, bem como uma desilusão crescente com as instituições estatais.

A seguir, analisou-se a tendência contemporânea de descentralização política e fortalecimento da autonomia local, apontando o princípio da subsidiariedade como principal indutor do reordenamento de competências e recursos. Depois de uma abordagem histórica do princípio, que já se encontra consagrado no Tratado de Maastricht, na carta Europeia de Autonomia Local e em diversas constituições europeias, demonstrou-se que a leitura implícita desse princípio se coaduna com a forma federativa adotada



no Brasil e com o princípio da descentralização previsto Constituição Federal, elevando o município a ente federativo autônomo, mas que ainda busca concretizar sua completa autonomia face às instâncias maiores de poder.

Ao fim, demonstrou-se a importância da esfera pública local enquanto lócus ideal de participação. A exemplo das Cidades-Estados gregas e o município em Roma, não há como garantir a participação dos cidadãos na esfera pública sem que se garanta a autonomia local. É necessário pensar o Estado a partir de sua base e não a partir do seu ápice. A valorização da autonomia municipal não implica, contudo, no esvaziamento das funções estatais, mas uma reordenação de tarefas, tal qual a tutela, o controle e o suporte às instâncias menores quando estas não puderem, por razões de economia e eficiência, desempenhar satisfatoriamente suas funções. Restou demonstrado que a qualificação da cidadania e a legitimação democrática das decisões públicas só podem ser pensadas a partir da esfera pública local.

A valorização do espaço local, com garantia da autonomia política, administrativa e financeira, favorece a formação de cidadania ativa no que tange a participação de cada cidadão nos assuntos que lhe são afetos, de modo a criar uma gestão pública compartilhada. Para tanto, a descentralização que se busca implementar visa as dimensões vertical, com redistribuição de competências e recursos das esferas maiores para as menores, e, horizontal, com alargamento da base de tomada de decisão entre o poder público municipal e a sociedade. Para tanto, há uma série de instrumentos participativos previstos constitucional e infraconstitucionalmente para a efetiva utilização dos poderes locais a fim de estabelecer uma nova lógica de gestão pública compartilhada.

Assim, pode-se afirmar que o espaço público local surge como ambiente privilegiado de deliberação social e vocacionado à participação pública, pois, é na cidade que a vida em comunidade se desenvolve e os laços sociais se criam. É no espaço local, também,

que o poder público está em contato mais direto com os cidadãos. Essa proximidade tem o potencial de estimular a interação entre Estado e sociedade, de modo a criar uma relação de cooperação, instigar um controle social mais efetivo e passível de criar uma cidadania responsiva, legitimando a formação da decisão pública para além dos aspectos meramente formais.

## 6. Referências

- ALMEIDA, Lindijane de Souza Bento. *Gestão Pública e Democracia: Os Conselhos Gestores de Saúde da Região Metropolitana de Natal-RN*. Brasília, Secretaria Geral da Presidência da República, **Revista Democracia e Participação**, v. 1, n. 1. p. 44-72, 2014.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. **La descentralización del poder en el estado democrático contemporáneo**. Córdoba, 2003. Disponível em: <<http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.874.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2017.
- BRINKERHOFF, D. W.; AZFAR, O. **Decentralization and Community Empowerment: Does community empowerment deepen democracy and improve service delivery?** 2006. Disponível em: <[http://pdf.usaid.gov/pdf\\_docs/PNADH325.pdf](http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNADH325.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2017.
- CASTELLS, Manuel. The new public sphere: Global civil society, communication networks, and global governance. In: **The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science**, v. 616, n. 1, p. 78-93, 2008.
- DOWBOR, Ladislau. **O que é poder local**. Ebook. Imperatriz: Ética, 2016. Disponível em: <[http://dowbor.org/blog/wp-content/uploads/2012/06/Dowbor-\\_Poder-Local-portal.pdf](http://dowbor.org/blog/wp-content/uploads/2012/06/Dowbor-_Poder-Local-portal.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2017.

FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. **Revista de Administração Pública**, v. 35, n. 1, 2001, p. 119-145.

GORCZEWSKI, Clóvis. A participação política como exigência intrínseca para o reconhecimento da cidadania. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Coord.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

LAPIERRE, Jean-William. **Qué es ser ciudadano?** Edição Digital. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva S. L., 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

PEREA, Eva Anduiza; BOSCH, Agustí. **Comportamiento político y electoral**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004.

PAPA PIO XI. **Encíclica Quadragesimo-Anno**. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html)>. Acesso em: 28 jun. 2017.

PILATI, José Isaac. Exercício e tutela dos direitos: proposta à construção do processo coletivo pós-moderno. **Liinc em Revista**, v. 7, n. 2, p. 701-719, 2011.

\_\_\_\_\_. Planejamento urbano: o povo constitucional e a tarefa teórica de resgate do coletivo. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 28, n. 54, p. 107-122, 2007.

QUADROS, Fausto de. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Européia**. Coimbra: Almedina, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Porto Alegre: L&PM, 2002.

SCHMIDT, João Pedro. **Universidades Comunitárias e Terceiro Setor:** Fundamentos comunitaristas da cooperação em políticas públicas. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira (Ed.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

VIEIRA, Liszt. **Os Argonautas da Cidadania:** a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VILHENA, Maria do Rosário. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário.** Coimbra: Almedina, 2002.